



MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO
PROFESIONAL EN EL SECTOR SALUD EN COLOMBIA

LORRAINE YOSELIN ROJAS NUÑEZ
GUSTAVO VENEGAS VELASQUEZ

DR. MARISOL PITA
ASESORA TEÓRICA Y METODOLÓGICA

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA
CENTRO DE INVESTIGACIONES
PROGRAMA DE DERECHO
SANTA MARTA,
2022



Dedicatoria

A Dios por ser nuestro gran guía y protector, por bendecirnos con la inteligencia y conocimiento necesario para avanzar en la estructuración de nuestro trabajo de grado, calve para cumplir nuestro sueño de obtener el título de Abogados. A Dios gracias por cada prueba y cada enseñanza en este largo camino.

Lorraine Yoselin Rojas Nuñez

Gustavo Venegas Velasquez

Agradecimientos

Nuestro total agradecimiento a la Universidad Cooperativa de Colombia por permitirnos cumplir un sueño de superación personal.

A la doctora Marisol Pita por contribuir con su tiempo y conocimiento a la dirección de nuestro trabajo de grado como Asesora Teórica y Metodológica.

Al doctor Nuvaez por brindarnos todo su apoyo en la culminación de cada una de las etapas del desarrollo de la investigación, haciendo posible que el día de hoy presentar nuestra monografía de grado.

Lorraine Yoselin Rojas Nuñez

Gustavo Venegas Velasquez

Tabla de Contenido

Tabla de Contenido	iv
Resumen.....	vii
Introducción	1
Tema de Investigación y Planteamiento del Problema	6
Objetivos.....	11
Metodología	12
Marco Teórico.....	13
Capítulo I. Disposiciones Normativas que Regulan el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales	18
1.1nRecomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre las Relaciones Laborales de Trabajo	20
1.2 El Contrato de Prestación de Servicios como Forma Atípica de Empleo según la Organización Internacional del Trabajo – OIT	22
1.3 Contrato Civil y Comercial de Prestación de Servicios Profesionales	26
1.4 Contrato Administrativo de Prestación de Servicios o Apoyo a la Gestión	32
Capitulo II. Formas de Contratación de los Profesionales en el Sector Salud en Colombia	38

2.1 Vinculación Laboral por Parte de Empresas Privadas y Entidades Públicas.....	45
2.2 Contrato de Prestación de Servicios de Salud.....	45
2.3 Contratación por Capitación por Evento y Caso.....	46
2.4 El Contrato Asociativo y la Intermediación Laboral	48
Capítulo III. Línea Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Referente a los Tipos Contractuales Empleados para la Prestación del Servicio de Salud	49
3.1 Implementación de la Figura de Distribución de Tarifas Porcentuales para Desvirtuar la Configuración de un Contrato de Trabajo: Sentencia del 02 de Agosto de 2014.....	49
3.2 El Contrato Realidad y la Prestación de Servicios Bajo las Reglas del Sistema de Seguridad Social -Subsistema de Salud-: Sentencia del 16 de Agosto de 2017.....	51
3.3 El Contrato Asociativo y los Pagos por Convenio Interinstitucional como Estrategia de Ocultamiento de Relaciones Laborales: Sentencia del 15 de Agosto de 2018.....	54
3.4 El Contrato de Prestación de Servicios del Trabajador Oficinal de Frente al Elemento de la Subordinación: Sentencia del 27 de Febrero de 2019.....	56
3.5 Convenio de Trabajo Asociado: Sentencia del 14 de Julio de 2020.....	58
Capítulo VI. Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado Referente a los Tipos Contractuales Empleados para la Prestación del Servicio de Salud	60
4.1 Prestación de Servicios Médicos en Favor de Entidades Públicas por Medio de la Intermediación de Cooperativas de Trabajo Asociado: Sentencia del 20 de Febrero de 2014.	61
4.2 Utilización del Contrato de Prestación de Servicios para Suplir las Necesidades Permanentes de la Administración: Sentencia del 13 de Mayo de 2015	65

4.3 Contrato de Prestación de Servicios Como Mecanismo de Simulación Contractual para Desconocer el Pago de Prestaciones Sociales: Sentencia del 26 de Julio de 2018.....	67
4.4 Contrato de Prestación de Servicios por Medio del Cual se Vulnere la Estabilidad Reforzada de la Demandante: Sentencia del 21 de Agosto de 2020.....	69
4.5 Prestación del Servicio Médico Desarrollada en Virtud del Acuerdo Asociativo: Sentencia del 10 de Septiembre de 2020	70
4.6 Relación Laboral Encubierta o Subyacente del Contrato de Prestación de Servicios: Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 09 de Septiembre de 2021	72
Conclusiones.....	77
Recomendaciones	81
Referencias Bibliograficas	82

Resumen

La investigación adelantada comprendió el análisis del marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia, considerando los escenarios en los que esta clase de contratación se ha utilizado para ocultar verdaderas relaciones laborales, con ese propósito se estructuraron como objetivos específicos, estudiar las normas que regulan el contrato de prestación de servicios profesionales, identificar las formas de contratación de los profesionales en el sector salud en Colombia, analizar los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente al tipo contractual de prestación del servicio profesional de salud en Colombia y examinar los pronunciamientos del Consejo de Estado referente a los tipos contractuales empleados para la prestación del servicio de salud. Para el cumplimiento de dichos objetivos se implementaron técnicas propias de la investigación documental encaminado al análisis de la regulación normativa que comprende la temática a abordar, estudio y análisis de doctrina y jurisprudencia, que nos permitiera conocer la forma en que regula la contratación de los profesionales de la salud y como se aplican estas disposiciones normativas en la práctica, lo que permitió constatar que actualmente tanto entidades privadas como públicas parten de lo regulado en la ley para ocultar verdaderas relaciones laborales con los profesionales de la salud por medio de contratos civiles, comerciales y administrativos de prestación de servicios, obligando a los trabajadores a demandar para lograr el reconocimiento de sus vínculos laborales y con ellos el reconocimiento del pago de las acreencias laborales adecuadas.

Palabras clave: Contrato, prestación de servicios, sector salud.

Contrato: De conformidad con lo normado en el artículo 1495 de la Ley 84 de 1873 el contrato es un acto en el que una parte se obliga con otra a dar o hacer o no hacer alguna cosa, a cambio de una contra prestación (Ley 84, 1873).

Prestación de servicios: Atendiendo a la definición consagrada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios es aquel celebrado por entidades públicas con personas naturales para el desarrollo de actividades relacionadas con la

administración, los cuales, solo pueden celebrarse cuando el personal de plata no pueda ejecutarlas o se requieran conocimientos especializados (Ley 80, 1993).

Sector salud: Según la definición de la Organización Mundial de la Salud, el sector salud es definido como ese conjunto de normas, valores, actores e instituciones que se encargan de desarrollar actividades de distribución, consumo de bienes y servicios, y producción que tienen como objetivos promover la salud de la población (OMS, 2022).

Abstrac

The research carried out included the analysis of the regulatory framework of the contract for the provision of professional services in the health sector in Colombia, considering the scenarios in which this type of contracting has been used to hide true labor relations, with that purpose they were structured as specific objectives. , to study the norms that regulate the contract for the provision of professional services, to identify the forms of hiring professionals in the health sector in Colombia, to analyze the pronouncements of the Supreme Court of Justice regarding the contractual type of provision of the professional health service in Colombia and examine the pronouncements of the Council of State regarding the contractual types used for the provision of health services. For the fulfillment of these objectives, techniques of documentary research were implemented aimed at the analysis of the normative regulation that includes the subject to be addressed, study and analysis of doctrine and jurisprudence, which would allow us to know the way in which it regulates the hiring of professionals. of health and how these regulatory provisions are applied in practice, which allowed verifying that currently both private and public entities start from what is regulated in the law to hide true labor relations with health professionals through civil, commercial contracts and administrative services for the provision of services, forcing workers to sue to achieve recognition of their labor ties and with them the recognition of the payment of adequate labor claims.

Keywords: Contract, provision of services, health sector.

Contract: In accordance with the provisions of article 1495 of Law 84 of 1873, the contract is an act in which one party agrees with another to give or do or not do something, in exchange for a consideration (Law 84, 1873).

Provision of services: In accordance with the definition enshrined in numeral 3 of article 32 of Law 80 of 1993, the contract for the provision of services is that entered into by public entities with natural persons for the development of activities related to the administration, which

can only be held when silver personnel cannot execute them or specialized knowledge is required (Law 80, 1993).

Health sector: According to the definition of the World Health Organization, the health sector is defined as that set of norms, values, actors and institutions that are in charge of developing activities of distribution, consumption of goods and services, and production that have as objectives to promote the health of the population (WHO, 2022).

Introducción

La presente investigación jurídica comprende el análisis del marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia, regulado en la Ley 84 de 1873 Código Civil, y en la Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, dado que, recientemente ha sido empleado por empresas privadas y entidades públicas para contratar a los profesionales de la salud, con el ánimo de evitar reconocer todas las prestaciones sociales que se derivan del contrato laboral, esto, bajo la apariencia de un contrato en el que no tiene lugar el reconocimiento de ninguna de las prestaciones sociales consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo.

El contrato de prestación de servicios profesionales, fue creado con el propósito de contar con una herramienta que permitiera lograr la contratación de los servicios de un profesional de manera eventual siempre que una empresa lo requiriera, asemejándose más a un contrato de consultoría u asesoría en el que no se encuentran presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en ese sentido, pese a ser un contrato de tipo civil innominado que se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 84 de 1873 Código Civil, aplicable a las obligaciones en general y a los contratos, concretamente el contrato de prestación de servicios aparece nominado como tal en Colombia, en el año 1993 con la promulgación de la Ley 80 de 1993, definido en el numeral 3 del artículo 32 como aquel contrato celebrado por las entidades estatales para la ejecución de actividades relacionadas con la administración que no puedan desarrollarse con el personal de planta o en el evento que se requieran conocimientos especializados, razón por la cual, prevé la norma que no constituye una relación laboral con la administración, significando que no hay cabida para el pago de prestaciones sociales (Ley 80, 1993).

En ese orden de ideas, en el caso de la implementación del contrato de prestación de servicios con los profesionales de la salud, se tiene que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 por la cual se creó el nuevo régimen de seguridad social integral, la actividad médica fue objeto de una gran transformación, toda vez, que tal y como lo sustenta la Corte Constitucional

en la Sentencia C-106 de 1997, antes de la Ley 100 de 1993, la relación médico-paciente era de naturaleza privada, es decir, el paciente buscaba y contrataba directamente la prestación del servicio del médico, y ante el nuevo régimen, el paciente-afiliado recibe la atención del profesional de salud vinculado a una Institución Prestadora de Salud – IPS, contratante o empleador del galeno, aspecto sobre el cual, en 1997 precisó la Corte Constitucional que el nuevo régimen demandaba la necesidad de garantizar a los profesionales de la salud su derecho al trabajo recibiendo una contraprestación digna y justa y que además ameritaba la protección de estos profesionales de los terceros a cargo de la intermediación de la prestación del servicio de salud que pretendieran explotarlo laboralmente, aspecto sobre el cual, además la Corte fue insistente al expresar que este nuevo modelo no podía ser óbice para disminuir los emolumentos de la prestación del servicio de la medicina a cargo de entidades privadas o públicas (Corte Constitucional. Sentencia C-106 , 1997).

En consecuencia, cabe destacar que si bien por medio de la Ley 100 de 1993 se crea el sistema de seguridad social integral, fundado en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, organizándose el subsistema de salud integrado por los organismos del Estado correspondientes y además por las entidades promotoras de salud, tras casi veintiocho (28) años de implementación de la misma, se considera que en la práctica se consolidaron las situaciones cuestionadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-106 de 1997, dado que, actualmente los profesionales médicos y en general todos los profesionales de la salud, están siendo explotados por las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud y por todas aquellas entidades que hacen parte del sistema de salud, al ser mal contratados y mal remunerados por la prestación de sus servicios, situación que de manera generalizada se presenta con la indebida utilización de los contratos civiles, comerciales y administrativos de prestación de servicios, por medio de los cuales se contrata al personal para cumplir funciones relacionadas de manera directa con el objeto social de las entidades o para la ejecución de funciones propias de la administración pública, desconociendo los derechos laborales de los trabajadores.

De esta forma, lo han manifestado reiteradamente los médicos del país, como por ejemplo el Dr. Jaime Arias presidente de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – Acemi, quien al ser entrevistado en el medio Opinion&Salud (2020) afirmó que la realidad en el sistema de seguridad social en salud Colombiano apunta que las EPS no les pagan a las IPS y

estas a su vez, no tienen recursos para pagarles a los trabajadores, razón por la cual, es costumbre escuchar que a los profesionales de la medicina se les adeudan salarios, como reflejo de esta situación, expresó que lo mismo sucedía a nivel nacional con la Corporación Nuestra IPS que condujo a los trabajadores a una asamblea permanente o “paro médico” porque no les pagan su salario o se los pagan por porcentajes desde el 10%, a raíz de los atrasos en los pagos de Cafesalud, de igual manera afirmó que la Ley 100 de 1993 ha permitido “fórmulas de contratación” como el pago por resultados, por capitación, los pagos mixtos, por prestación de servicios, disminuyendo así la vinculación formal que da mayores garantías a los empleados.

En ese escenario, en cumplimiento de los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, al momento de revisar los fallos proferidos en curso de acciones de tutela relacionados con los derechos constitucionales, ha defendido el derecho al trabajo de los médicos en condiciones dignas y justas, como se observa en la Sentencia T-161 de 1998, oportunidad en que la Corte precisa que la salud es un servicio público que tiene incidencia en el derecho a la vida, de forma que, exige los más altos niveles de eficiencia por parte de las personas encargadas de la prestación de dicho servicio y comprende un conjunto de factores de los que depende la calidad del servicio de salud, de manera que dentro de ese conjunto de factores, enuncia la Corte Constitucional que indudablemente se encuentra la remuneración y condiciones laborales de los médicos, puesto que, en manos de ellos está la vida y la integridad de los pacientes a su cargo.

En tal sentido, mientras se está a la espera de que el Congreso de la República promulgue una ley que contrarreste esta reiterada vulneración de derechos laborales, los profesionales de la salud, cansados y agotados de todo el maltrato que por largos períodos han de soportar, por fortuna han encontrado respaldo de los jueces del país, en curso de procesos ordinarios laborales por medio de los cuales, se busca, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (1991). De igual forma, gracias a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se ha trazado toda una línea jurisprudencial que sirve de respaldo a las manifestaciones de los profesionales de la salud en contra de los contratos irregulares que rigen sus relaciones laborales. Es así que identificamos

como una de las más importantes, la Sentencia C-614/09, oportunidad en la que el alto tribunal aclaró lo siguiente:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. (Corte Constitucional, 2009) (Negrilla y subrayado propio)

En ese entendido, es claro que no se pueden celebrar contratos de prestación de servicios para contratar el desarrollo de funciones permanentes y que hacen parte del funcionamiento integral de la entidad, luego entonces, no es sencillo comprender porque la gran mayoría de Empresas Sociales del Estado – ESE incumplen lo dispuesto en el artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968 y desconocen un precedente de la Corte Constitucional, tal es el caso analizado en la Sentencia No.00081-01 del Consejo de Estado en la que se condenó al Hospital San Juan Bautista E.S.E. del Municipio de Chaparral el reconocimiento de una relación laboral desde el 1 de abril de 1996 hasta el 3 de octubre de 2007 con un Médico Especialista en Cirugía General, relación laboral que fue ocultada y/o simulada por medio de contratos de prestación de servicios. Al respecto el Consejo de Estado puntualizó:

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 por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la especialidad de que se revisten los servicios Médicos, 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 manera 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. (Consejo de Estado, 2011) (Negrilla y subrayado propio)

Por consiguiente, la finalidad de la investigación que se propone adelantar, es contribuir al mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores de la salud, por esta razón se planteó como objetivo general analizar el marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia, con ese propósito, se trazaron como objetivos específicos el estudio de las normas que regulan el contrato de prestación de servicios profesionales, identificar las formas de contratación de los profesionales en el sector salud en Colombia y analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado referente a los tipos contractuales en la prestación del servicio profesional de salud en Colombia. Para ello, se adelantó una investigación documental con enfoque cualitativo, se implementaron técnicas propias de la investigación documental encaminado al análisis de la regulación normativa de la temática, estudio y análisis de doctrina y jurisprudencia, que nos permitiera conocer la forma en que se regula la contratación de los profesionales de la salud, así mismo, fue posible analizar la indebida adecuación de las disposiciones normativas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo en los tipos de contratación que rigen las relaciones laborales de los profesionales de la salud en Colombia.

Tema de Investigación y Planteamiento del Problema

En la presente investigación jurídica se aborda el análisis del marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia, en razón a que, al encontrarnos tratando de adaptarnos a la nueva forma de vida y orden social que nos impuso la pandemia de Covid-19, hemos logrado identificar que las consecuencias de la misma, no solo comprometieron nuestra salud física, emocional, y la forma de relacionarnos, sino que además, ha dejado en evidencia la precaria situación en que se encuentran los profesionales de la salud, médicos, enfermeras, fisioterapeutas, paramédicos, y camilleros, entre otros, al verse obligados por empresas privadas y entidades públicas, a la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales regulados por la normatividad civil, comercial y administrativa, a través de los cuales, se busca el ocultamiento de relaciones laborales.

En ese orden de ideas, al iniciar con la investigación, se consideró la urgencia de abordar esta problemática, la cual, se torna más preocupante cuando es notorio, que no nos referimos a un problema reciente, contrario a ello, esta situación en todo momento ha sido informada por los profesionales de la salud a las autoridades públicas y a los órganos de control, tal como se corrobora con la denuncia pública realizada en 2012 por la Asociación Médica Sindical de Colombia – ASMEDAS seccional Antioquia (ASMEDAS, 2012) referente a que la contratación de doscientos (200) médicos era irregular puesto que se desarrollaba bajo la modalidad de prestación de servicios y en la práctica cumplía con todos los requisitos de un contrato laboral. Al respecto el Director de ASMEDAS German Reyes expresó “Disfrazan la relación laboral, hay un contrato realidad, están violando el artículo 53 de la Constitución Política, desnaturaliza la carrera administrativa y fuera de que elude la relación laboral hacen un fraude porque evaden parafiscales, evaden vacaciones” (ASMEDAS, 2012).

Aunado a ello, incluso en los primeros años de egresados, los médicos inician su vida laboral en medio de difíciles condiciones en el año rural, conocido en la legislación como Servicio Social Obligatorio (SSO), creado por medio de la Ley 50 de 1981 y reglamentado por la Resolución 1058 de 2010 Ministerio de Salud y Protección Social, dado que, según lo expresado por el Doctor Jorge Campillo Pardo en artículo publicado por la Universidad del Rosario titulado “El año rural: Realidad agridulce para los médicos recién graduados. Un relato de quien lo vivió”

(Pardo, 2015) esta práctica, tiene lugar en medio de difíciles condiciones con más de 48 horas de trabajo continuo, sin una remuneración proporcional a las horas de turno, sin descanso y además expuestos a la molestia generalizada de los ciudadanos por la falta de medicamentos y la negación de autorizaciones por parte de las EPS. Es por ello que en esta oportunidad el doctor Pardo hizo un llamado al Ministerio de Protección Social y a las secretarías de salud departamentales para que regularan de una forma estricta y justa la labor de esos servidores que, día a día y año tras año, entregan todo de sí por la salud y el bienestar de los habitantes de un municipio.

En el mismo sentido, los médicos generales de la Asociación Colombiana Médica Estudiantil – ACOME (2017) exigieron un rural digno y denunciaron la crítica situación que viven dentro del sistema de salud colombiano, contratación ilegal, exposición a extenuantes horas de trabajo sin reconocimiento del pago de horas extra, entre otros aspectos. Siendo estos tan solo ejemplos de todos los intentos liderados por los profesionales de la salud para buscar apoyo de las autoridades competentes.

En ese contexto, durante los últimos años, esta se convirtió en una problemática sin resolver y de cotidianidad para los trabajadores de la salud, quienes con resignación han seguido prestando sus servicios con la esperanza de que sus denuncias en algún momento sean atendidas. Tal como se corroboró por medio de las publicaciones realizadas por la Revista Semana, la primera de ellas, entrevista del 17 de mayo de 2019 con el doctor Carlos Rodríguez, médico especialista en cirugía de tórax, titulada “Médicos Colombianos denuncian sus precarias condiciones de trabajo” entrevista en la que según lo expresado por el médico (Rodríguez, 2019) los profesionales de la salud están siendo mal valorados y mal tratados por las empresas prestadoras de salud EPS, toda vez, que son vinculados por lo que denomina “contratos leoninos” para referirse a los contratos de prestación de servicios, celebrados por algunos meses o un año y que deben ser renovados constantemente a través de intermediarios, en la mayoría de los casos, por cooperativas. Sumado a esto, expresa el doctor Rodríguez, que inicialmente recibía su pago cada mes luego de presentar la respectiva cuenta de cobro, situación que cambió con el paso de los años, cuando empezaron a cancelarle a los dos meses, tres meses, hasta que llegó el momento en el que se adeudaban más de tres meses de trabajo, situación en la que acudían al

trabajador para “llegar a un acuerdo” expresando al profesional que no contaban con los recursos para pagar los salarios adeudados, por lo que ofrecían un valor para transar al trabajador.

Por otra parte, teniendo presente la crítica situación de los profesionales encargados de la salud de los colombianos, en la segunda publicación referida de la Revista Semana, realizada el 10 de junio de 2019 al doctor Roberto Baquero Director del Colegio Médico Colombiano titulada “Suicidio de los médicos en Colombia” con gran sorpresa y preocupación, encontramos que en Colombia los médicos tienen el doble de posibilidad de suicidarse, afirmación que tiene sustento en una encuesta realizada por el Colegio Médico en la que se evidencia que la situación de los médicos en Colombia es desesperada, en palabras del doctor Baquero, de angustia porque no les pagan, no los contratan bien, tienen que trabajar más de las jornadas normales y adicionalmente se enfrentan al problema de un rural en el que abusan de ellos en la manera de contratarlos, aprovechándose de la limitante que tienen para renunciar porque de hacerlo tendrían que esperar un año más para volverse a presentar a un rural, en esa situación se pregunta el doctor, “cuando tú tienes un contrato así ¿Cómo puedes hacer la planificación de una deuda si no sabes si la próxima vez que se venza el contrato te lo van a renovar?” (Baquero, 2019).

De tal manera, es menester mencionar, como es sabido por el gremio de los profesionales en todas las áreas del conocimiento, que el contrato de prestación de servicios, ha sido la infortunada solución adoptada por las empresas privadas e incluso por las entidades públicas, que quieren ahorrar recursos a costa de la vulneración de derechos de los trabajadores, dado que, valiéndose de la simulación de prestaciones de servicios han ocultado verdaderas relaciones laborales, aprovechándose en la mayoría de los casos de la influencia que tienen sobre los contratistas y de la necesidad de los mismos de tener un ingreso mensual para el sustento de sus hogares, de modo que, en entrevista con la Revista Semana (2020) la Senadora Angélica Lozano Correa ha denominado a esta forma de contratación como la “Esclavitud moderna”, expresión de la que fácilmente se puede argüir la grave afectación de derechos laborales de las personas que por necesidad se ven en la obligación de someterse a esta clase de contratación, y es este el motivo por el cual la Senadora y el representante a la Cámara Mauricio Toro presentaron ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley No.154 de 2020 “Por medio de la cual se expide el régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento

de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público” dicho proyecto se encuentra en trámite en la comisión Séptima Constitucional Permanente y contiene en el artículo 28 del texto propuesto la figura jurídica de repetición contra el servidor público por encubrimiento de relaciones laborales (Congreso de la República, 2020).

A partir de lo anterior, consideramos que es mucho más cuestionable que esta situación se presente con los profesionales de la salud, por ser ellos quienes trabajan para atender la salud de los colombianos, es así, que en medio de la pandemia del Covid-19 esta problemática se hace más notoria, tal como se dejó en evidencia en el artículo de la Revista Semana en el que se constata que a pesar de haberlos de nominado “héroes” no cuentan con las garantías plenas para cumplir su labor. En esta oportunidad se entrevistó al doctor Sergio Isaza, presidente de la Federación Médica Colombiana a quien se le preguntó qué denominación merecía la situación en la que se encuentran los trabajadores de la salud y atendió a la pregunta respondiendo que sería la del miedo por las condiciones de desprotección en las que se encontraban, al no poder contar con el sustento para sus familias ni para cumplir con sus obligaciones, por ser maltratados con los contratos de prestación de servicios puesto que son despedidos al finalizar el término de contratación sin ser renovados sus contratos, y como si ello no fuese lo suficientemente preocupante, también se hicieron públicos videos en los que se mostraban algunos médicos cubriéndose con bolsas por la falta de elementos de bioseguridad, sobre esto, expresó el doctor Sergio Isaza que el Gobierno Nacional no podía obligar a los trabajadores de la salud al suicidio, enviándolos a luchar contra el Covid-19 sin los elementos de bioseguridad (2020).

Por consiguiente, de lo expuesto a este punto, es dable afirmar que esta problemática que posiblemente deriva en la vulneración de los derechos laborales de los profesionales de la salud en Colombia es un problema completamente identificado por todos los colombianos y en especial por las autoridades públicas competentes, por ejemplo en estudio realizado por el Ministerio de Salud y Protección Social, y la Academia Nacional de Medicina, titulado “Perfiles y competencias profesionales en salud perspectiva de las profesiones, un aporte al cuidado de la salud, las personas, familias y comunidades” se deja en evidencia con total claridad, que esta autoridad tiene pleno conocimiento de las condiciones de inestabilidad laboral que deben soportar los profesionales de la salud, documento en el que se precisa lo siguiente:

Las modalidades de vinculación laboral y el deterioro en las condiciones de trabajo, actualmente imperantes, han señalado los grupos profesionales, constituyen factores de distorsión que evidencian la ausencia de un reconocimiento adecuado del rol y de las funciones fundamentales que corresponde cumplir a los profesionales en el sistema de servicios de salud colombiano. Indican también los grupos, la frecuente existencia de sobrecarga laboral con jornadas de trabajo muy extensas y cambios y rotaciones de los sitios de trabajo que implican inestabilidad laboral.

En atención a esta situación, es notorio que son los juristas, bien sean abogados asesores, litigantes y en especial servidores públicos, los encargados de propender en todo momento por el respeto de los derechos de la ciudadanía, principalmente, cuando es en manos del personal de la salud que está el bienestar de todos y el futuro de nuestro país en medio de esta pandemia del Covid-19, es nuestro deber ser solidarios y aunar los esfuerzos necesarios para lograr que los entes territoriales y finalmente el Gobierno Nacional, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Salud y Protección Social, y puntualmente el Congreso de la República adopten las medidas ejecutivas, administrativas y legislativas pertinentes para evitar que las Empresas Sociales del Estado (ESE), Entidades promotoras de salud (EPS) e Instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) públicas y privadas sigan evadiendo sus responsabilidades laborales con los trabajadores.

En consecuencia, se planteó como pregunta problema:

¿Cuál es el marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia?

Objetivos

Objetivo general:

- Analizar el marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia.

Objetivos Específicos:

- Estudiar las normas que regulan el contrato de prestación de servicios profesionales.
- Identificar las formas de contratación de los profesionales en el sector salud en Colombia.
- Analizar los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia frente al tipo contractual de prestación del servicio profesional de salud en Colombia.
- Examinar los pronunciamientos del Consejo de Estado referente a los tipos contractuales empleados para la prestación del servicio de salud.

Metodología

La presente se trata de una investigación documental con enfoque cualitativo que se desarrolló con el objetivo de analizar el marco normativo del contrato de prestación de servicio profesional en el sector salud en Colombia. Para el cumplimiento de los objetivos trazados se implementaron técnicas propias de la investigación documental encaminado al análisis de la regulación normativa que comprende la temática a abordar, estudio y análisis de doctrina y jurisprudencia, que nos permitiera conocer la forma en que se regula la contratación de los profesionales de la salud, así mismo, fue posible analizar la indebida adecuación de las disposiciones normativas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo en los tipos de contratación que rigen las relaciones laborales de los profesionales de la salud en Colombia.

Marco Teórico

Al consultar e investigar la situación laboral de los profesionales de la salud a nivel internacional, se evidencio, que en 2012 la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, realizó la investigación titulada “Estudio comparativo de las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores de la salud en: Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú” investigación que tenía como objetivo analizar los determinantes de la situación de trabajo y salud de los trabajadores de la salud, así como generar indicadores para monitoreo y evaluación de la situación de trabajo y salud de los trabajadores de la salud, se estudiaron las modalidades de contratación, tipo de jornadas laborales (diaria, semanal, otras), salarios y otras remuneraciones, actividades de capacitación, en general y vinculadas con la problemática de riesgos del trabajo, riesgos a los que están sometidos los trabajadores en su centro de trabajo, conocimiento y percepción por parte de los trabajadores acerca de estos riesgos y lo relativo al “burnout” (OPS & OMS, 2012). Bajo ese entendido, a partir de la lectura del resumen de la investigación, tuvimos la percepción de que la situación que se presenta en Colombia también tiene lugar en Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú, tesis que fue confirmada al estudiar el contenido de la investigación.

En la investigación realizada por la OPS y la OMS (2021) inicialmente se esboza el concepto de trabajo decente, entendido este, como el trabajo productivo y seguro, con respeto por los derechos laborales, con ingresos adecuados, con protección social, con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación, materializado en toda ocupación productiva que es remunerada justamente y que se ejerce en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto a la dignidad humana.

Seguido de ello, lo que nos parece pieza fundamental para encontrar el origen del problema jurídico planteado, es que en la investigación OPS y la OMS (2021) se destina un aparte para referirse a la organización y operación del sector salud y la gestión del trabajo, en donde se expone a grandes rasgos, que en los países se han presentados procesos de reforma que en su gran mayoría han consistido en la disminución del gasto público, lo que ha ocasionado que los recursos humanos sean descuidados, se dio un avance de la precariedad, del aumento de contratos de fuerte vulnerabilidad laboral, un deterioro de las condiciones de trabajo signados por

la extensión de jornada, por el aumento en la intensidad de trabajo, por la desintegración de los equipos de salud, que configuraron un conjunto de problemas que afecta a la gestión en salud ya que dificultan el cumplimiento de los objetivos de salud de la población, por el deterioro que se produce en las prácticas, en la calidad de atención, entre otros. Puntualmente se expone los siguiente:

Ello significa que la problemática del trabajo y las condiciones en que se desarrolla, en términos de jornada, salarios, organización del trabajo, preservación de la salud de los trabajadores, y demás dimensiones que hacen al concepto de Trabajo Decente (OIT, 1999), adquieren una significación particular para este colectivo de trabajadores. La importancia que el recurso humano tiene en el sector, tanto en materia de calidad de atención, como en importancia presupuestaria, obliga a diagnosticar la situación, analizar su complejidad y avanzar en una mejora de sus condiciones de trabajo y de salud, para garantizar tanto la calidad de atención como para evitar procesos migratorios importantes que muchas veces son provocados por altas cargas de trabajo, como por riesgos laborales de diferente orden (físicos, mentales y sociales). (OPS & OMS, 2012)

Posteriormente, se exponen en el contenido del trabajo de investigación los resultados del trabajo de campo realizado en Argentina de donde se concluye que también se presentan dudas y situaciones de conflictos jurídicos a partir de la dependencia o independencia en la prestación de los servicios profesionales, se precisa que existen casos en que el médico es indudablemente dependiente y otros en los que la autonomía es igualmente manifiesta, pero entre ambos extremos existe una variada gama en la que la determinación de la vinculación es confusa. En el caso de Brasil se muestra que la expansión del multiempleo es la vía encontrada por los trabajadores para enfrentar los bajos salarios, proliferan los contratos no regulares, el contrato a tiempo parcial, el empleo por tiempo determinado, y la tercerización o subcontratación y hasta contratos verbales establecidos entre municipios y médicos o entre los municipios y agentes comunitarios de salud. Finalmente, en el caso de Perú se precisa que a pesar de diferentes esfuerzos la población no evidencia una articulación de los diferentes prestadores del sistema, ni entre los diferentes niveles de complejidad y de categoría, no obstante, éstas aún no logran

consolidarse por una serie de factores de índole políticos, financieros y técnicos, contribuyendo a la problemática de inequidad y exclusión. En ese entendido, se concluye:

En América Latina, en el sector salud se han identificado situaciones de contratación muy heterogéneas, que incluyen relaciones contractuales diversas aparentemente de carácter semiindependiente o cuasi autónomo, por la combinación de rasgos de uno y otro tipo de contratación. Sin embargo, los datos recogidos y analizados para el caso argentino tanto a través de la Encuesta Permanente de Hogares (INDEC), como de la EPS – OPS (Encuesta al Personal de Salud, realizado en el marco de la OPS-OMS, Oficina Buenos Aires, 2002), **sugieren que la forma predominante es el asalariado encubierto, desprotegido o el fraude laboral**. Ello, aunque, la auto percepción de los profesionales se acerque, en no pocos casos, a la condición de “cuenta propia”. (OPS & OMS, 2012) (Negrilla y subrayado propio)

A partir de lo anteriormente referenciado, se puntualiza que en igual sentido el sistema de salud a nivel internacional atraviesa por un complejo momento al sufrir las consecuencias de una irregular contratación laboral en el sector salud.

Por otra parte, encontramos investigaciones a nivel nacional por medio de las cuales se han hecho estudios y análisis de las formas de contratación en el sector salud por ciudades y departamentos, la primera de ellas realizada en 2009 por Jorge Hernán Florez Acosta, Sara Catalina Atehortúa Becerra y Alba Cristina Arenas Mejía, titulada “Análisis de las condiciones laborales en el sector salud a partir de la Ley 100 de 1993”, investigación financiada por la Escuela Nacional Sindical de Medellín, la cual tuvo como objetivo describir la evolución del mercado laboral del sector salud en Colombia a partir de la implementación de la Ley 100 de 1993 y hacer una aproximación a la situación actual de este mercado según la percepción de los profesionales de la salud, con base en un estudio de caso para Medellín, oportunidad en la que se logró concluir que el nuevo marco de competencia regulada impuesto por la aplicación de la Ley 100 de 1993 cambió el rol de los médicos y profesionales de la salud en el sistema, debido principalmente a la inclusión de las EPS como intermediarios en el manejo de los recursos; que después de la Ley 100 aquellos privilegiados sufrieron las consecuencias de un sistema que redujo sus remuneraciones tratando de buscar la sostenibilidad financiera, mientras que otros

vieron mejorados sus ingresos en comparación con lo que podían alcanzar; y aunado a lo anterior se encontró que la flexibilización del trabajo causada por la implementación de la Ley 50 de 1990, la proliferación de universidades de garaje y la precarización, causada sobre todo por el abuso de la subcontratación, especialmente de figuras como las cooperativas de trabajo asociado - CTA, hicieron evidente que los profesionales de la salud sufrieron un detrimento en sus condiciones de trabajo (Florez Acosta , Atehortua Becerra, & Arenas Mejia, 2009).

En igual sentido, encontramos investigación realizada en 2006 por el Ministerio de la Protección Social de Colombia, Dirección de Análisis y Política de Recursos Humanos y la Organización Panamericana de la Salud- OPS, titulada “Relaciones laborales en el sector salud. El sistema general de seguridad social en salud de Colombia: El caso de la ciudad de Cali”, en esta oportunidad la investigación se da como producto de una <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/UNIV/relaciones-laborales-sector-salud.pdf> iniciativa de OPS liderada en Colombia por el Ministerio de la Protección Social, que ha promovido la realización de estudios locales, nacionales y regionales que den cuenta de las transformaciones que han venido ocurriendo en el mundo del trabajo y sus repercusiones sobre los recursos humanos del sector salud, con el fin de obtener información que le permita apoyar el diseño de políticas tendientes a impactar positivamente, entre otros aspectos, en las condiciones de trabajo de este personal. Con ese propósito se direccionó el objetivo de la investigación a la realización de un estudio de caso exploratorio, con el fin de identificar las características de la flexibilización laboral en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas de la ciudad de Cali, específicamente en lo relacionado con formas de contratación, estrategias de remuneración e incentivos y relaciones colectivas entre los profesionales de enfermería, medicina, trabajo social, bacteriología, odontología y terapia física (2006).

Es así, que conforme a estos lineamientos, el Ministerio de la Protección Social de Colombia, Dirección de Análisis y Política de Recursos Humanos y la Organización Panamericana de la Salud- OPS lograron concluir (2006) que la flexibilización laboral entró en contradicción con la relativa protección con la que contaban los trabajadores, de esta forma, el personal “antiguo” de la salud, que permanece aún vinculado a las instituciones de salud, ha logrado mantener (muchas o algunas) las garantías laborales alcanzadas: los principios del

contrato laboral, la remuneración por tiempo, la estabilidad y la continuidad en el empleo; el personal “nuevo” se está enfrentando a los ajustes propuestos por la flexibilización laboral: disminución del salario de base y aumento del salario variable, tercerización de la relación laboral, inestabilidad en el empleo, contratación temporal y pérdida o disminución de las garantías laborales; y finalmente se encontró un creciente aumento de formas de vinculación no laborales con la figura de la contratación civil, comercial, administrativa o de prestación de servicios y, en los últimos años, un aumento del uso de la intermediación contractual a través de las cooperativas.

En ese escenario, una vez identificado el contexto de este problema jurídico a nivel internacional y nacional, en especial, una vez determinado el punto de partida para el desarrollo de la investigación, se tiene que la presente investigación, indiscutiblemente nos permitirá identificar la situación laboral en la que se encuentra el talento humano en salud, con el fin último de proponer la adopción de medidas que permitan el respeto y garantía de los derechos laborales de los trabajadores de la salud, y esto a su vez, ocasionará que sea posible una mejoría en la prestación del servicio de la salud.

Capítulo I. Disposiciones Normativas que Regulan el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales

Durante los últimos años el contrato de prestación de servicios, más allá de ser un acuerdo de voluntades en el que dos partes se comprometen recíprocamente al cumplimiento de obligaciones, contratista a la ejecución de una actividad específica y contratante al pago de los honorarios pactados, se ha convertido, tal vez, en la forma más empleada por las empresas privadas y públicas para ocultar verdaderas relaciones laborales con su personal y librarse de la carga prestacional que comprende el reconocimiento de los derechos laborales garantizados por nuestro ordenamiento jurídico a los trabajadores, desde el artículo 53 de la Constitución Política, como la igualdad de oportunidades, remuneración, proporcionalidad en la cantidad y calidad del trabajo, estabilidad en el empleo, garantía a la seguridad social, protección especial a la mujer, y a la maternidad (Pueblo de Colombia, 1991), esto sumado a los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo y que principalmente derivan en el pago de prestaciones sociales y de seguridad social.

En ese orden de ideas, es una realidad que el encubrimiento de relaciones laborales también ha tenido lugar en el escenario de la prestación del servicio de salud en Colombia con los profesionales que hacen parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, e incluso se considera que las condiciones de estos trabajadores son injustas y afectan su dignidad, razón por la cual, en el Proyecto de Ley Estatutaria No.209 de 2013 Senado "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones", se destinó el artículo 18 para asegurar el respeto a la dignidad de los profesionales y trabajadores de la salud, planteando “Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales” (Senado de la República, 2013), aparte que fue

objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014, oportunidad en que el Alto Tribunal expuso que el enunciado estaba acorde a los artículos 1, 2, 25, 53 y 54 de la Constitución, por ser Colombia un Estado social de derecho, que “tiene la obligación de garantizar el respeto por la dignidad humana; el trabajo debe gozar de especial protección; se debe garantizar la estabilidad en el empleo, un pago oportuno de la remuneración, al igual que es una obligación del Estado y los empleadores brindar formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran” (Corte Constitucional. Sentencia C-313, 2014).

Aunado a ello, refiere la Corte Constitucional que las afectaciones de los derechos laborales de los profesionales de la salud van en contra de la prestación de un servicio de salud de calidad, y al respecto cita las consideraciones de la Organización Mundial de la Salud – OMS en el informe de salud en el mundo de 2006 “Colaboremos por la salud”, en donde se expuso, que tras una evaluación sobre la crisis del personal sanitario a nivel universal, se determinaba que para conseguir un mejor desempeño, se podía recurrir a medidas como garantizar una remuneración adecuada, dado que, los mecanismos de remuneración influyen en el desempeño del trabajador, y en el caso de la salud, existen diversas formas de pagarle a los trabajadores de la salud, como el pago por tiempo con salarios o montos fijos, pago por los servicios prestados con horarios por servicios, pagos por capitación o contratos de bloque, no obstante se había demostrado que “los sistemas de pago óptimos inducen a los proveedores a dispensar un tratamiento eficaz y de alta calidad, al tiempo que promueven una asignación racional de los recursos” (Organización Mundial de la Salud, 2006, como se citó en Corte Constitucional, 2014).

En este contexto, se destina este primer capítulo al análisis de las disposiciones normativas que regulan el contrato de prestación de servicios profesionales, iniciando con las recomendaciones sobre la relación laboral de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo – OIT de 2006 y el abordaje de la categorización que ha realizado la organización de esta clase de vinculación de 2016, como una forma atípica de empleo cuando la intención de la celebración del contrato es encubrir una relación laboral, esto con la finalidad de conocer el concepto que se tiene de esta problemática a nivel internacional, para luego centrarlos en las normas que regulan la suscripción de los contratos civiles, comerciales y administrativos de prestación de servicios, con las salvedades que consigno el legislador en la norma, en virtud del

principio de primacía de la realidad sobre las formalidades reconocido en el artículo 53 de la Constitución Política.

1.1 Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre las Relaciones Laborales de Trabajo

Como resultado de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo - OIT realizada en Ginebra el 15 de junio de 2006, considerando la vulneración de derechos derivada del encubrimiento de relaciones laborales de frente a las limitaciones en la legislación en cuanto a regulación, interpretación y aplicación, la OIT emitió recomendación sobre la relación de trabajo, con miras a la protección efectiva de los trabajadores (OIT, 2006). Dentro de las mismas, se enuncian principalmente la recomendación de crear una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo y la identificación de pautas para la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

De tal manera, en lo referente a la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo la Organización Internacional del Trabajo – OIT enuncia que esta deberá:

1. Garantizar una protección efectiva a los trabajadores y en caso de ser necesario clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente;
2. El alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes.
3. Formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.
4. Incluir medidas tendientes a:
 - (a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

(b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica,

(c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

(d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén,

(e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;

(f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y

(g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias.

5. Velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo (OIT, 2006).

En esa medida, si bien la Organización Internacional del Trabajo – OIT indica con total claridad las medidas orientadas a la protección de los trabajadores que se enfrentan a una situación de encubrimiento de relación laboral, como última recomendación para la política pública de relaciones laborales de los trabajadores, precisa que esta no puede “ interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales” (OIT, 2006), de donde además se extrae, que precisamente es de la indebida utilización de estos tipos contractuales que se presenta estas formas atípicas de relaciones laborales.

Ahora bien, respecto de la existencia de una relación de trabajo la Organización Internacional del Trabajo – OIT recomienda que la misma deberá determinarse a partir de “los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza” (OIT, 2006), sumado a ello, sugiere el considerar definir en la legislación, indicios que permitan establecer la existencia del vínculo laboral como el hecho del trabajo y la remuneración. Aspectos que ya se encuentran regulados en la legislación Colombiana, en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo en el que se establece que una vez reunidos los elementos esenciales del contrato de trabajo: a) la actividad personal del trabajador, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y c) salario como retribución, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen (Decreto Ley 3743, 1959). No obstante, el ocultamiento de relaciones laborales en Colombia continúa teniendo lugar y tiene lugar a través de apartes contratos civiles, comerciales y administrativos, en ese sentido, se procede al abordarte del concepto que está manejando la Organización Internacional del Trabajo – OIT en relación a las formas atípicas de empleo.

1.2 El Contrato de Prestación de Servicios como Forma Atípica de Empleo según la Organización Internacional del Trabajo – OIT

De acuerdo con la Organización Internacional de Trabajo – OIT en su informe “Empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas” (OIT, 2016) el “empleo atípico” es un término general que agrupa distintas formas de contratos con los que se busca desviar la vinculación de la relación laboral estándar y que durante los últimos decenios han llegado a convertirse en la principal característica contemporánea de los mercados laborales en todo el mundo, posicionamiento que obedece a los cambios demográficos, la reglamentación del mercado laboral, las fluctuaciones macroeconómicas, los cambios tecnológicos, y a la mayor diversidad en las modalidades de trabajo, lo que sin duda ha hecho posible que un mayor número de personas ingresen al mercado laboral, pero también ha ocasionado que se presenten serias problemáticas en relación a las condiciones de trabajo, y la garantía de los derechos laborales.

En tal sentido, según expone la Organización Internacional de Trabajo – OIT (OIT, 2016) actualmente existen cuatro modalidades de empleo atípico: (1) empleo temporal; (2) trabajo a tiempo parcial; (3) trabajo de agencia temporal; y (4) *relaciones laborales encubiertas y dependientes*. En cuanto a esta última, es decir, las relaciones laborales encubiertas y trabajo por cuenta propia dependiente, ha dicho la OIT (OIT, 2016) que se presentan cuando se trata de dar una apariencia diferente a la realidad para intentar desconocer la protección que la ley le da al trabajador, al respecto, refiere como ejemplo, la contratación de trabajadores por medio de un tercero, los contratos civiles, comerciales o contrato cooperativo, eventos en los que se dirige y controla la actividad laboral de manera incompatible con la del trabajador independiente.

En ese contexto, expone la OIT (OIT, 2016) que las relaciones laborales encubiertas y dependientes pueden ser ambiguas en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, es decir, contratante y contratista, ya que no existe claridad al respecto en razón a las lagunas en la legislación sobre la interpretación y aplicación de la regulación normativa de estos supuestos contratos civiles, comerciales o de cooperativismo, en ese sentido, sustenta:

Un área que a veces carece de claridad legal se refiere al trabajo por cuenta propia dependiente, donde trabajadores prestan servicios para una empresa bajo un contrato civil o comercial, pero dependen en uno o unos pocos clientes para sus ingresos o recibir instrucciones directas sobre cómo el trabajo se va a llevar a cabo. Estos trabajadores normalmente no están cubiertos por las disposiciones de las leyes laborales (OIT, 2016).

Aunado a ello, indica la OIT (OIT, 2016) que en la mayoría de sistemas legales a nivel mundial, se tiene una “división binaria” entre empleo – regulación laboral y trabajo por cuenta propia – independiente, configurándose entre estas dos una especie de área gris, gracias a los cambios y desarrollos tecnológicos además de las nuevas prácticas empresariales que han conducido a desdibujar “en la práctica la distinción entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y han contribuido a un aumento del número de trabajadores dentro de esta área gris” (OIT, 2016), área gris dentro de la cual se encuentran:

(a) Relaciones de trabajo encubiertas, la situación que se produce cuando un empleador trata a un individuo como si no fuera un empleado de una manera que oculta su verdadera condición jurídica como empleado.

(b) Empleo por cuenta propia dependiente, es decir, relaciones laborales en las que los trabajadores prestan servicios para una empresa en virtud de un contrato diferente de un contrato de trabajo, pero dependen de uno o un pequeño número de clientes para sus ingresos y reciben directrices directas sobre cómo se va a realizar el trabajo. Autónomos dependientes los trabajadores normalmente no están cubiertos por las disposiciones laborales o de seguridad social. Sin embargo, algunos países han adoptado disposiciones específicas para extender algunas protecciones a ellos y, por lo tanto, a veces se considera que caen en una especie de “categoría intermedia” entre el empleo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia (OIT, 2016).

Conforme a esta realidad, respecto del empleo encubierto por medio de contratos civiles, comerciales y de cooperativismo, la OIT (OIT, 2016) precisa que en esta modalidad la característica principal es una clasificación errónea de la relación laboral, en un intento por darle una apariencia diferente a la relación laboral y en el caso de los trabajadores por cuenta propia dependientes la OIT (OIT, 2016) manifiesta que en algunos países el depender económicamente el contratante permite concluir que se está frente a una relación laboral, no obstante, “la principal prueba legal para determinar si esta relación existe se centra sobre el concepto de subordinación legal y contractual, el hecho de estar sujeto a el poder del empleador para dirigir y controlar la actividad laboral”.

En ese escenario, en su informe “Empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas” la Organización Internacional de Trabajo – OIT (OIT, 2016) enuncia que esta clase de empleo atípico implica riesgos para los trabajadores, las empresas, los mercados de trabajo y la sociedad, por lo que recomienda: a) *Eliminar los vacíos normativos*, restringiendo la utilización de modalidades atípicas para frenar los abusos, y garantizando que todos los trabajadores indistintamente de su forma de vinculación tengan acceso a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva; b) *Adopción de medidas para establecer la existencia de un empleo*, proporcionando procedimientos y mecanismos apropiados, rápidos y económicos para la

solución de las controversias que se presenten entorno a la existencia y términos de una relación laboral.

Por otra parte, la OIT trae a colación la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) (OIT, 2006) en la cual, considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, se hace a los Estados Miembros unas sugerencias de frente a la problemática que se presenta cuando se trata de determinar la existencia de un contrato de trabajo luego de que se intentara encubrir la relación de trabajo.

En primer lugar, la OIT (OIT, 2006) recomienda orientar de manera adecuada la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, dejando claro que para determinar la existencia de una relación laboral se deben analizar los hechos relativos a la ejecución del trabajo, y la remuneración, independientemente de la forma en que se arregló la prestación de servicio, ya sea de tipo contractual o de otra naturaleza.

En segundo lugar, la OIT (OIT, 2006) propone a los Estados Miembros, estudiar la posibilidad de establecer en sus legislaciones o por otros medios, indicios que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo, como los siguientes:

El hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que

se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador (OIT, 2006).

De tal forma, una vez establecidos los indicios la OIT (OIT, 2006) propone consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios.

Finalmente la OIT (OIT, 2006) recomienda crear métodos para orientar a los trabajadores y empleadores sobre la forma de determinar la existencia de una relación de trabajo, establecer medidas destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas y “promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional” (OIT, 2006).

Ahora bien, una vez claro el punto de vista, concepto y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre la indebida utilización del contrato civil de prestación de servicios como una forma atípica de empleo, pasaremos entonces a efectuar un análisis de la regulación normativa de estos contratos en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3 Contrato Civil y Comercial de Prestación de Servicios Profesionales

El contrato civil de prestación de servicios profesionales, es un tipo contractual innominado, al no encontrarse enunciado como tal en la legislación colombiana, no obstante, al surgir del concurso real de las voluntades de dos personas, de manera general es regulado por las disposiciones contenidas en libro cuarto de la Ley 84 de 1873 Código Civil, dedicado a las obligaciones en general y los contratos, en ese sentido, en virtud de la definición de contrato consagrada en el artículo 1495 del Código Civil, se encuentra una parte denominada contratista, obligada para con la otra denominada contratante, a ejercer las actividades que se requieran en función de conocimientos especializados de diversas materias y en general comprenden la prestación de todo tipo de servicios profesionales, técnicos o asistenciales en

relación a la necesidad del contratante, esto, a cambio una retribución económica a título de pago por la obligación cumplida (Ley 84, 1873).

En razón de ello, tratándose de un contrato bilateral en el que ambas partes se obligan, bajo el principio de ser el contrato ley para los contratantes, son estos, quienes por medio de las cláusulas establecidas y consignadas en el contrato, de mutuo acuerdo, deciden las condiciones en las que se ejecutara el aludido contrato, en igual sentido, pueden incluir asegurar el cumplimiento de la obligación por medio de clausula penal (Art.1592 Código Civil) o la obligación de pagar la indemnización de perjuicios por daño emergente o lucro cesante (Art.1613 Código Civil).

De tal forma, en la prestación de servicios también podría tener aplicabilidad lo normado en el capítulo IX del Código Civil respecto de los servicios inmateriales, dentro de los cuales se encuentran, según el artículo 2064 de la Ley 84 de 1873, “una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores,” (Ley 84, 1873), en donde se podría encuadrar el caso de la contratación de profesionales de la salud, particularmente de médicos para la atención y emisión de conceptos médicos.

En tal sentido, considerando que se trata de un acto jurídico en el cual una parte se compromete con otra a cumplir una obligación, a cambio del pago de honorarios, la independencia del contratista, y la temporalidad en la prestación del servicio, conforme a lo normado desde el artículo 1495 al 1500 del Código Civil se identifican las siguientes características:

1. Bilateral. Porque las partes contratantes se obligan recíprocamente, el contratista a la prestación de su servicio profesional y el contratante al pago de los honorarios pactados. (Art.1496 Código Civil).
2. Oneroso. Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes y el gravamen es el trabajo que está obligado a prestar el contratista. (Art.1497 Código Civil).
3. Principal. Porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (Art.1499 Código Civil).

4. Consensual. Al no exigirse del mismo alguna formalidad especial; el contrato se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades (Art.1500 Código Civil).

Aunado a ello, en lo concerniente a las características y elementos de este contrato, en la Sentencia C-154 de 1997 la Corte Constitucional preciso que:

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.
- d. No es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general. (Corte Constitucional, Sentencia C-154, 1997)

De otra parte, en cuando al contrato de prestación de servicios de tipo comercial, el Código de Comercio se regula desde el artículo 968 al 980 el contrato de suministro el cual consiste en que “una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”, así mismo el artículo 1317 se refiere al contrato de agencia comercial, en el cual:

Un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente. (Decreto 410, 1971)

Por consiguiente, pese a ser contratos de tipo civil y comercial, se tiene que en pro de garantizar el derecho fundamental al trabajo y del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades reconocido en el artículo 53 de la Constitución Política, el legislador consagró una serie de apartes normativos en el Código Sustantivo del Trabajo y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social que se refieren al contrato de prestación de servicios y regula algunos aspectos, por ejemplo, en el artículo 23 del Decreto No.2663 de 1950 en el que se enuncian los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, actividad personal del trabajador, continua subordinación o dependencia, y salario como retribución del servicio, se deja en claro que “Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen” (Decreto No.2663, 1950), adicionalmente, en lo concerniente al pago de honorarios, consagra el numeral 6 del artículo 2 del Decreto-Ley 2158 de 1948 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social además de conocer de los conflictos que se originen en el contrato de trabajo también conoce de “Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive” (Decreto-Ley 2158, 1948).

Sumado a ello, en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, presunción que intentó ser desdibujada cuando por medio de la Ley 50 de 1990 se adicionó un inciso para establecer lo siguiente:

No obstante, quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada (Ley 50, 1990).

Sin embargo, tras ser demandado este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-665 de 1998, en razón a que esta presunción implicaba trasladar la carga de la prueba al trabajador de forma que expuso la Corte:

El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción. Esto, desde luego, no significa que desaparezcan las posibilidades de contratos civiles o comerciales, o con profesionales liberales, desde luego, mientras no constituyan apenas una fórmula usada por quien en realidad es patrono y no contratante para burlar los derechos reconocidos en la Constitución y la ley a los trabajadores (Sentencia C-665, 1998).

Dicho en otros términos le corresponde al empleador probar que se está frente a un contrato civil o comercial, puesto que no descarta la Corte Constitucional que realmente en todos los casos se encuentren ausentes los elementos esenciales del contrato de trabajo, opuestos o más bien contrarios a los elementos del contrato de prestación de servicios.

Por último, si bien esta clase de contratación no es regida por las disposiciones vigentes en materia de derecho laboral, es menester traer a colación que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo prevé:

Son **contratistas independientes** y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las **personas naturales** o jurídicas **que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva**. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista

las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. (Decreto No.2663, 1950)

Aparte normativo de donde se extrae, que en el contrato de prestación de servicios, a diferencia del contrato laboral, el contratista se obliga a la prestación de un servicio en beneficio de un tercero, para la elaboración de una obra, el desarrollo de actividades o la asesoría en cualquier tipo de profesión, a cambio del pago de un precio determinado, asumiendo los riesgos que el servicio comprenda, empleando sus propios medios y recursos, teniendo toda la autonomía. Sin embargo, para estos casos el Código Sustantivo del Trabajo prevé que si se llegare a configurar una situación de contrato realidad en el que, quien se denominaba contratista resultare sienta un trabajador, en razón de tratarse de la prestación de un servicio propio de las actividades normales de la empresa o negocio, este beneficiario pasa a ser solidariamente responsable por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho el trabajador. Siendo este un mecanismo para determinar la existencia de una relación laboral encubierta y para proteger los derechos laborales del trabajador.

En cuanto a la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral, consagra el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019 plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, que los trabajadores independientes que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA) (Ley 1955, 2019). En igual sentido en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1562 de 2012 son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo, siendo el pago de esta afiliación será por cuenta del contratante (Ley 1562, 2012).

A partir de lo anterior, se concluye en relación al contrato civil y comercial de prestación de servicios, que la regulación normativa es completamente clara en relación a los términos en los que estos contratos deben celebrarse, en igual sentido lo regulado en el Código Sustantivo del Trabajo y en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social proporciona al ordenamiento jurídico colombiano, los preceptos normativos necesarios para que los contratistas

demanden la declaración de existencia de una relación laboral y exijan el reconocimiento de las prestaciones dejadas de cancelar por parte del empleador.

1.4 Contrato Administrativo de Prestación de Servicios o Apoyo a la Gestión

Tratándose de contratos administrativos de prestación de servicios, la regulación normativa en Colombia en estos casos, es completamente clara al reiterar que estos pueden ser empleados para la prestación de servicios de carácter transitorio, dado que, para el desempeño de actividades de carácter permanente y propias de las entidades públicas existen los respectivos empleos públicos, es así como lo consagra el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”. (Negrilla y subrayado propio) (Decreto 2400, 1968)

En igual sentido al encontrarse el contrato de prestación de servicios regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley que “tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” (Ley 80, 1993), se consagra:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas **actividades no puedan realizarse con personal de planta** o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (Negrilla y subrayado propio) (Ley 80, 1993).

Apartes normativos de los que se concluye que en materia de contratación y de relaciones laborales en la administración pública, el ordenamiento jurídico colombiano, prohíbe taxativamente la celebración de contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, esto, de conformidad a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80, 1993), en el que:

1. Se define como contratos de prestación de servicios aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad;
2. Se consigna expresamente que estos contratos solo pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o cuando sean requeridos conocimientos especializados; y
3. Se precisa que deben celebrarse por el término estrictamente indispensable. Escenario contractual, en el cual, no podría configurarse una relación laboral y por ende de la misma no podría irrogarse el reconocimiento de prestaciones sociales ni de cualquier otro derecho laboral, al no encontrarse inmersos los elementos esenciales de un contrato de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Aunado a ello, según el artículo 51 de la referida norma “el servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en los términos de la Constitución y de la ley” (Ley 80, 1993).

En concordancia, en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, en el cual se establece:

La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...) 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los siguientes casos: (...) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

Así mismo, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”, dispone:

Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. (Decreto 1082, 2015)

En consecuencia, puede concluirse que el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en el Estatuto de Contratación Estatal y las normas que lo complementan, como una

forma de contratación directa entre la entidad pública y el contratista para desarrollar actividades orientadas al cumplimiento de las funciones Estatales que no puedan ser ejecutadas por los empleados públicos al requerir conocimientos especializados, no obstante, la regulación normativa y también la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que bajo ninguna circunstancia, los contratistas obtienen la calidad de empleados públicos, principalmente porque su contratación no genera vinculación laboral alguna con el contratante, dado que la ejecución y desarrollo de actividades se limita al cumplimiento del objeto contractual. Al respecto en Sentencia C-154 de 1997 con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional preceptuó:

El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. (Corte Constitucional. Sentencia C-154 , 1997)

De tal forma, es notorio que el aspecto o característica de este contrato, en el que más se hace énfasis, es en el hecho, de que la actividad contratada no puede ser propia de la entidad, y sobre este particular en Sentencia C-614 de 2009 la Corte Constitucional, expone:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que **no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal**, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido

como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera 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. (Negrilla y subrayado fuera de texto) (Corte Constitucional, Sentencia C-614)

No obstante, ha quedado demostrado en las sentencias del Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, los reiterados casos, en que, la realidad fáctica y jurídica desnaturaliza los lineamientos del contrato de prestación de servicios, para revelar en esencia, verdaderas relaciones laborales entre entidades públicas y administrados, actuación con la que se desconoce lo consignado en el inciso 5° del artículo 53 de la Constitución Política, conforme al cual, los contratos, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. De ahí que, en la Sentencia C-171 de 2012 la Corte sustentara:

La jurisprudencia de esta Corte ha afirmado categóricamente que **la protección del derecho al trabajo y la relación laboral**, la especial protección de la vinculación laboral con el Estado y los derechos de los servidores públicos, **así como la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la forma, obliga tanto a los particulares o empleadores del sector privado, como a todas las autoridades públicas** o empleadores del sector público, a respetar las prohibiciones legales dirigidas **a impedir que los contratos estatales de prestación de servicios sean utilizadas como formas de intermediación laboral, de deslaborización, o de tercerización** como regla general, de manera que **deben ser obligados a responder jurídica y socialmente por la burla de la relación laboral**. (Corte Constitucional, Sentencia C-171, 2012)

En los mismos términos, en 2016 el Consejo de Estado determinara la necesidad de proferir la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16, en relación los litigios por el tema de contrato realidad, dado que, en palabras del alto tribunal, comprenden cuestionen es que

ameritaban ser estudiadas, “en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, P.00260-01, 2016).

Análogamente, se desconocen las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, en virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en especial, se incumple con los fines de la contratación estatal enunciados en el artículo 3 de la citada ley, según el cual “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Ley 80, 1993, Art.3).

Por consiguiente, al tratarse de un contrato estatal, está vulneración de derechos, nos conduce a referirnos a la responsabilidad contractual de las entidades públicas, regulada en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, en el que se dispone expresamente lo siguiente: “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista” (Ley 80, 1993, Art.50). disposición normativa, que acorde a lo expuesto por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-333 de 1996 se armoniza con el artículo 90 de la Constitución Política en el que se consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-333 de 1996).

Por tanto, es evidente entonces, que el encubrimiento de relaciones laborales en el sector público, permite la configuración de una serie de situaciones que no solo ponen en entredicho el actuar de entidades públicas, sino que además permite que se configuren conflictos jurídicos que luego deben ser resueltos en instancias judiciales, sumado a esto, obliga a las entidades públicas a incurrir en gastos no previstos con el pago de las condenas, lo que podría llegar a afectar el presupuesto de las mismas.

De allí, que se enunciara en la Ley 1952 de 2019 como falta relacionada con la administración pública el celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Capítulo II. Formas de Contratación de los Profesionales en el Sector Salud en Colombia

Por disposición expresa de la Constitución Política en su 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” (Pueblo de Colombia, 1991), en consonancia con la norma superior, el artículo 11 del Código Sustantivo del Trabajo dispone “Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la Ley” (Decreto No.2663, 1950).

En el caso puntual de los profesionales y trabajadores de la salud, conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 “Los trabajadores, y en general el talento humano en salud, estarán amparados por condiciones laborales justas y dignas, con estabilidad y facilidades para incrementar sus conocimientos, de acuerdo con las necesidades institucionales” (Ley 1751, 2015). En el mismo orden normativo, en cuanto al personal médico, reza el artículo 1

de la Ley 23 de 1981 que tienen derecho a recibir la remuneración correspondiente por el trabajo realizado, puesto que constituye su medio normal de subsistencia, de tal forma, especifica la norma que “el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiará a él y a quien lo reciba, nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente” (Ley 23, 1981).

En ese contexto, lo regulado en el ordenamiento jurídico se armoniza con las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo conforme a las cuales se alienta a los países a proteger los derechos laborales de los trabajadores y además a implementar programas más sólidos de salud y seguridad en el trabajo, dado que, según lo sustentado por la OIT “Los trabajadores de la salud, al igual que todos los demás trabajadores, deben disfrutar de su derecho a un trabajo decente, a entornos laborales seguros y a la protección social, ausencia por enfermedad y enfermedades y lesiones profesional” (OIT, 2022), en ese sentido, específicamente sobre la contratación de los trabajadores de la salud, al dar la OIT recomendaciones sobre formas de protección al personal de la salud durante la crisis del Covid-19, se enuncio como recomendación número 4, proteger a las personas vinculadas con contratos de corta duración, supervisando la seguridad y salud en el trabajo, las condiciones contractuales, la protección social, remuneración y lo referente a las horas de trabajo (OIT, 2020).

Sin embargo, pese a que lo normado en la Constitución Política de Colombia y en el Código Sustantivo del trabajo, sobre el derecho al trabajo en condiciones dignas para los trabajadores de salud, y además considerando las observaciones y recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo – OIT, como expone la Corte Constitucional en la Sentencia C-313 de 2014 las afectaciones de los derechos laborales de los profesionales de la salud en Colombia van en contra de la prestación de un servicio de salud de calidad, escenario en el que se resaltan las formas de contratación que lleva implícito las formas de remuneración de sus servicios, al respecto se citan las consideraciones de la Organización Mundial de la Salud – OMS en el informe de salud en el mundo de 2006 “Colaboremos por la salud”, oportunidad en la que se expone:

La forma de pagar a las personas influye mucho en el servicio que estas dispensan. A los trabajadores sanitarios y a **los establecimientos en los que trabajan se los puede remunerar de muy diversas formas.** En unos y otros, el pago puede basarse en el tiempo (salarios o presupuestos fijos), en los servicios prestados (honorarios por

servicios) o en la población atendida (pagos por capitación o contratos en bloque). Tanto los mecanismos de remuneración basados en los establecimientos como los individuales pueden influir en el desempeño de los trabajadores. La experiencia demuestra que los salarios y los presupuestos fijos inducen a los proveedores a reducir el número de pacientes atendidos y de servicios prestados, mientras que los honorarios por servicios animan a conceder incentivos para que los proveedores atiendan a más pacientes, ofrezcan más servicios y dispensen éstos a mayor precio. Cada mecanismo de pago tiene también sus propias implicaciones administrativas, desde sencillas hasta más complejas. **Los sistemas de pago óptimos inducen a los proveedores a dispensar un tratamiento eficaz y de alta calidad, al tiempo que promueven una asignación racional de los recursos.** (Negrilla y subrayado propio) (Organización Mundial de la Salud, 2006, como se citó en Corte Constitucional, 2014).

A este respecto, sobre las formas de contratación de los profesionales en el sector salud en Colombia y las implicaciones de las irregularidades en la contratación y por ende formas de pago, partiendo de lo normado en el artículo 1 de la Ley 23 de 1981 sobre los beneficiarios del trabajo o servicio médico, es pertinente citar las consideraciones de la Corte Constitucional en Sentencia C-106 de 1997 en la cual, se resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral séptimo (parcial) del artículo 1o de la Ley 23 de 1981, toda vez, que en esta oportunidad el alto tribunal precisa, que con el nuevo régimen de seguridad social regulado por la Ley 100 de 1993 la actividad medica había sufrido una importante transformación, toda vez, que anteriormente la relación médico-paciente en una mayor proporción era de carácter privado, y que ante el nuevo régimen, el afiliado recibía la atención por parte del médico vinculado a una Institución Prestadora de Salud - IPS, institución que se encarga de pagar al galeno los conceptos debidos por concepto de salario u honorarios según sea el caso, al respecto la Corte Constitucional sustenta lo siguiente:

Frente a un régimen como el contemplado en la Ley 100 de 1993, se hace imperioso garantizar no sólo el derecho del médico a recibir una contraprestación digna y justa como resultado de la actividad profesional, sino la protección de este frente a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente. Con la creación de las EPS e IPS, dichas instituciones contratan directamente con los médicos, con el objeto de garantizar la

prestación de los servicios de salud a sus afiliados, con la consiguiente retribución de aquellos emolumentos provenientes de su actividad profesional. (...) Así, el nuevo modelo de seguridad social no puede ser óbice para disminuir o compensar de manera irrisoria los emolumentos derivados de la prestación del servicio de la medicina que corresponde cubrir a las entidades prestadoras de salud en desarrollo del servicio público de seguridad social prestado por entidades públicas o privadas. (Corte Constitucional. Sentencia C-106 , 1997),

En esa medida, se observa que la Corte Constitucional es enfática al afirmar que si bien la expedición de la Ley 100 de 1993 trajo consigo la creación de un nuevo Sistema de seguridad Social en Salud, esto no podía ser la excusa para fijar tarifas por concepto de pago de los servicios profesionales de los médicos, que no estuvieren a la altura de las condiciones dignas y justas y de la delicada labor médica. En especial es de vital importancia que la Corte reconoce y protege el derecho de los profesionales médicos a que se les respete su derecho fundamental del trabajo en condiciones dignas y justas, sin que el mismo pueda llegar a ser explotado por las EPS e IPS a cargo de la prestación del servicio de salud (Corte Constitucional, Sentencia C-106, 1997).

En consecuencia, cabe destacar que si bien por medio de la Ley 100 de 1993 se crea el sistema de seguridad social integral, fundado en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, organizándose el subsistema de salud integrado por los organismos del Estado correspondientes y además por las entidades promotoras de salud, tras casi veintiocho (28) años de implementación de la misma, es notorio que en la práctica se consolidaron las situaciones cuestionadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-106 de 1997, dado que los profesionales médicos y en general todos los profesionales de la salud, actualmente están siendo explotados por las Empresas Sociales del Estado y por las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud y por todas aquellas entidades que hacen parte del sistema de salud, al ser mal contratados y mal remunerados por la prestación de sus servicios.

De esta forma, lo han manifestado reiteradamente los médicos del país, como por ejemplo el Dr. Jaime Arias presidente de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – Acemi, quien al ser entrevistado en el medio Opinion&Salud (2020) afirmó que la realidad en el sistema de seguridad social en salud Colombiano apunta que las EPS no les pagan a las IPS y estas

a su vez, no tienen recursos para pagarles a los trabajadores, razón por la cual, es costumbre escuchar que a los profesionales de la medicina se les adeudan salarios, como reflejo de esta situación, expresó que lo mismo sucedía a nivel nacional con la Corporación Nuestra IPS que condujo a los trabajadores a una asamblea permanente o “paro médico” porque no les pagan su salario o se los pagan por porcentajes desde el 10%, a raíz de los atrasos en los pagos de Cafesalud, de igual manera afirmó que la Ley 100 de 1993 ha permitido “fórmulas de contratación” como el pago por resultados, por capitación, los pagos mixtos, por prestación de servicios, disminuyendo así la vinculación formal que da mayores garantías a los empleados.

En ese escenario, en cumplimiento de los artículos 1, 25 y 53 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, al momento de revisar los fallos proferidos en curso de acciones de tutela relacionados con los derechos constitucionales, ha defendido el derecho al trabajo de los médicos en condiciones dignas y justas, como se observa en la Sentencia T-161 de 1998, oportunidad en que la Corte precisa que la salud es un servicio público que tiene incidencia en el derecho a la vida, de forma que, exige los más altos niveles de eficiencia por parte de las personas encargadas de la prestación de dicho servicio y comprende un conjunto de factores de los que depende la calidad del servicio de salud, de manera que dentro de ese conjunto de factores, se encuentra la remuneración y condiciones laborales de los médicos, puesto que, en manos de ellos está la vida y la integridad de los pacientes a su cargo.

En razón de ello, explica la Corte Constitucional que las clínicas, hospitales, EPS y empresas de medicina prepagada, están en la obligación de contratar a profesionales facultados y especializados para la eficiente atención de los pacientes, lo que a su vez exige para estos, una adecuada remuneración por el servicio prestado (Corte Constitucional, 1998). Así mismo, argumenta la Corte:

Según el artículo 25 de la Constitución, el trabajo en condiciones dignas y justas es un derecho fundamental cuyo ejercicio debe ser protegido "en todas sus modalidades", lo cual significa que la garantía constitucional cubre a todas las profesiones y oficios y tanto a los empleados públicos y privados en sus distintos niveles como a los trabajadores independientes y, claro está, a quienes desempeñan actividades propias de

las llamadas profesiones liberales. Los médicos no están excluidos del trato digno que merece todo trabajador y todo profesional en lo concerniente a sus emolumentos. No se olvide que el artículo 53 de la Constitución desarrolla el concepto de la dignidad y justicia de las condiciones de trabajo, en el aspecto de la remuneración, destacando que ésta debe ser proporcional a la cantidad y calidad de la actividad desplegada por el trabajador. (Corte Constitucional, Sentencia T-161 , 1998)

Dentro de ese orden de ideas, las condiciones laborales en que se encuentren los médicos, no solo comprenden el interés particular de los mismos a que se les respeten sus derechos laborales, sino que además, deriva en el interés general de la ciudadanía a recibir una atención en salud eficiente. Aspecto que debe ser tenido en cuenta por las empresas prestadoras del servicio de salud al momento de contratar al personal a través del cual trabajarán para garantizar la eficiencia en la prestación de sus servicios. En especial, es un asunto que debe ser tenido en cuenta por el Gobierno Nacional, por el Ministerio de Salud y Protección Social, así como por el Ministerio de Trabajo, en cumplimiento de fin esencial del Estado previsto en el artículo 2° constitucional, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En ese contexto, las condiciones en que se desarrolla la prestación del servicio de salud no solo afectan los derechos laborales de los médicos, contrario a ello, también afecta de manera directa la eficiencia del servicio proporcionado a los colombianos. Razón por la cual, es necesario identificar las formas de contratación de los profesionales en el sector salud, a fin de constatar las graves afectaciones que los profesionales han tenido que padecer desde la implementación del nuevo sistema de salud regulado por la Ley 100 de 1993.

Con ese propósito, se identifica el proyecto periodístico titulado “Siete investigaciones sobre las dolencias de la salud en Colombia” realizado por el Consejo de Redacción – CDR, en el cual se entrevistó al doctor Jorge Enrique Enciso Presidente de la Federación de Sindicatos Médicos y a la doctora Lina Triana Presidenta de la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas – ACSC, quienes manifestaron que al encontrarse el personal de la salud en primera línea ante la pandemia del Covid-19 empezaron a cuestionarse con mayor inquietud sobre los

tipos de contratación que regían el ejercicio de su profesión, sobre este particular la doctora Lina Triana manifestó:

No es diferente el sector privado que el sector público, en los dos sectores se está trabajando la contratación por prestación de servicios o por el evento trabajado que se llama OPS. Eso quiere decir que los trabajadores de la salud no tienen derecho a vacaciones, no tienen derecho a enfermarse, no tienen derecho a unas cesantías, a una pensión, porque a usted solamente le pagan por lo que usted hace, a usted lo contratan por los servicios que da, pero no lo contratan bajo el Código Sustantivo del Trabajo para que usted tenga sus derechos como empleado. Cuando usted está dentro del sistema de salud, está subordinado y el medico está subordinado muchas veces, primero por el sindicato, después está subordinado por el hospital o la clínica y a su vez está subordinado por el Gobierno Nacional, tiene una cadena de subordinación. Nosotros queremos lo que quiere cualquier trabajador, queremos tener derecho a tener unos contratos dignos y justos (CDR, 2020).

Por otra parte, el doctor Jorge Enrique Enciso fue enfático al expresar:

Solo un 20% del talento humano en salud estamos contratados de forma directa cuando la ley dice que todo el talento humano en salud es un personal misional y debería ser contratados de forma directa (...) Si nosotros estamos contratados por OPS y fallecemos nuestras familias quedan totalmente al descubierto, eso son los héroes para este país, a los que se puede pisotear (CDR, 2020).

En ese escenario, se evidencia en un webinar sobre las formas de contratación laboral en profesionales de la salud, realizado el 07 de julio de 2020 por la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, liderado por la Doctora Lina Triana y precedido por los panelistas Doctor Julio Guzmán asesor jurídico de la asociación y el doctor Cristian Uribe abogado laboralista, que en atención al ocultamiento de las relaciones laborales que se presenta con todas las formas de contratación en el sector salud, la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas presentó ante el Ministerio de Salud y Protección Social una propuesta para definir una aproximación al régimen contractual para la vinculación del talento humano de salud en Colombia, oportunidad

en la que se esbozaron los resultados de una encuesta realizada a 2388 integrantes de la asociación, en la que se preguntó a los profesionales de la salud el tipo de vinculación que regulaba la ejecución de sus actividades laborales y si estaban interesados en contar con un contrato laboral, encontrando que el 56.4% estaban contratados por medio de contratos de prestación de servicios, el 21.4% por medio de contrato laboral, el 12.5% pago por eventos y el 9.7% tercerizado por medio de sindicatos o cooperativas, aunado a ello, el 89.9% se encuentran en disposición de celebrar contratos laborales (2020), de tal manera se procederá a referirse a los mismos.

2.1 Vinculación Laboral por Parte de Empresas Privadas y Entidades Públicas

Dentro de las formas de contratación de los profesionales de la salud en Colombia, principalmente se tiene el contrato individual de trabajo regulado en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, definido como “aquel por el cual 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” (Decreto No.2663, 1950) de forma tal, que son elementos esenciales del contrato, los enunciados en el artículo 23 de la referida norma como la actividad personal de trabajador, la subordinación o dependencia respecto del empleador, y salario como retribución del pago, forma de contratación, que proporciona al trabajador una serie de derechos laborales que tienen como finalidad protegerlo y beneficiarlo durante el desarrollo del respectivo contrato.

En el caso de las entidades públicas, dispone el artículo 1 de la Ley 909 de 2004 que de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales, escenario en el cual, los profesionales de la salud podrían contar con su vinculación formal a una entidad del Estado siendo titulares de todos sus derechos laborales.

2.2 Contrato de Prestación de Servicios de Salud

En virtud de lo establecido en el artículo 170 de la Ley 100 de 1993 las entidades promotoras de salud están facultadas para contratar directamente con los profesionales la prestación del servicio de salud y concertar el pago por capitación o presupuestos fijos globales, textualmente refiere la norma:

Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o **contratarán los servicios de salud** con instituciones prestadoras **y los profesionales**. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. (Ley 100, 1993)

Aunado a ello, se ratifica en el Decreto 2474 de 2008 que las entidades estatales que requieran la prestación de servicios de salud se celebrarán por parte de la entidad tomando como única consideración las condiciones del mercado, y las *personas naturales* o jurídicas que presten dichos servicios deben estar inscritas en el registro especial nacional del Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, de conformidad con la Ley 10 de 1990.

Por consiguiente, se tiene que las entidades promotoras de salud pueden contratar de manera directa con los profesionales, por medio de contratos de prestación de servicios de salud y acordar distintas formas de pago, esto debido a que los trabajadores independientes de la salud son catalogados como prestadores del servicio de salud. Tal como se estipula en el artículo 193 de la Ley 100 de 1993:

Las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud podrán establecer modalidades de contratación por capitación con grupos de práctica profesional o con profesionales individuales con el fin de incentivar la eficiencia y la calidad de la prestación de servicios de salud. (Ley 100, 1993)

2.3 Contratación por Capitación por Evento y Caso

En cuanto al contrato por capitación y por evento, reitera el Decreto 4747 de 2007 “Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de

salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo”, que se consideran prestadores del servicio de salud:

Las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, **se incluyen los profesionales independientes de salud** y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados. (Decreto 4747, 2007)

Por tanto, los grupos de profesionales de salud y los profesionales independientes al ser prestadores del servicio de salud pueden ser contratados por vinculaciones en las que se acuerden pagos por cualquiera de los mecanismos enunciados en el artículo 4 del Decreto 4747 de 2007, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

- a. Pago por capitación: Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.
- b. Pago por evento: Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o suministrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente.
- c. Pago por caso, conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico: Mecanismo mediante el cual se pagan conjuntos de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, prestados o suministrados a un paciente, ligados a un evento en salud, diagnóstico o grupo relacionado por diagnóstico. (Decreto 4747, 2007)

En ese orden de ideas, a *prima facie* no se concibe de qué forma se podría configurar un contrato realidad en estas formas de contratación con implementación de tan particulares mecanismos de pago, sin embargo, como ya se anotó en las denuncias públicas realizadas por los médicos se evidencia que el contrato y pago por capitación ha sido una de las formas que han encontrado los empleadores para ocultar relaciones laborales con los profesionales de la salud.

En consecuencia se dedican los siguientes capítulos a identificar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuales son las formas de contratación que más se emplean en el sector privado para el ocultamiento de relaciones laborales con los profesionales de salud, así como se analizara en la jurisprudencia del Consejo de Estado las consideraciones de este alto tribunal en el estudio de los casos en los que se ha declarado la existencia de una vinculación laboral con entidades públicas.

2.4 El Contrato Asociativo y la Intermediación Laboral

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 79 de 1988, se entiende por acuerdo cooperativo, aquel “contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro” (Ley 79, 1988), persona jurídica en la cual el ingreso de sus asociados es voluntario y su número de asociados es variable e ilimitado. Así mismo en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015 se encuentra la definición de cooperativas de trabajo asociado, entendidas como:

Organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. (Decreto 1072, 2015)

En tal sentido, esta clase de cooperativas, en ocasión a ser sin ánimo de lucro, tienen como propósito proveer trabajo a los asociados y es por medio de ese trabajo que estos se lucran, permitiendo que se creen escenarios de intermediación laboral entre las EPS y las cooperativas

de trabajo asociado, figura jurídica que también se ha empleado para ocultar verdaderas relaciones laborales con los profesionales de la salud.

Capítulo III. Línea Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Referente a los Tipos Contractuales Empleados para la Prestación del Servicio de Salud

3.1 Implementación de la Figura de Distribución de Tarifas Porcentuales para Desvirtuar la Configuración de un Contrato de Trabajo: Sentencia del 02 de agosto de 2014

En sentencia del 02 de agosto de 2014, en curso de un proceso laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decide el recurso de casación interpuesto por

el señor Wilson Antonio Perez Villalba, contra sentencia proferida en segunda instancia en la que se negaron las pretensiones del demandante, tendientes a que se declarara que entre este y la sociedad Somedica Limitada había existido un contrato de trabajo. Acorde a lo analizado, el demandante alegaba que entre este y la sociedad Somedica Limitada existió un contrato verbal de trabajo, en el que ejercía el cargo de médico de planta, ejecutando las actividades asignadas de manera personal como la asistencia a turnos en el área de urgencias, la observación y acompañamiento en procedimientos médicos en el horario asignado por la demandada de 12 horas de lunes a viernes dos veces a la semana y de 48 horas una vez al mes en fin de semana sábado y domingo, siempre acatando las instrucciones recibidas por el empleador, que en razón de ello devengaba un salario. Así mismo, indica el actor que a partir del 27 de febrero de 1997 se vio en la obligación de suscribir con la empresa un contrato de prestación de servicios profesionales de adhesión que le fue impuesto, por medio del cual la empresa pretendía desvirtuar la relación laboral existente desde el 1° de junio de 1990. Relación laboral que acorde a lo indicado por el demandante, fue terminada por la sociedad Somedica Limitada sin justa causa a partir del 1° de marzo de 1999.

En ese contexto, las afirmaciones del señor Wilson Antonio Perez Villalba fueron contrariadas por la demandada, quien al contestar la demanda alegó que nunca existió un contrato verbal de trabajo y que el demandante no devengaba salarios, sino que en realidad lo pactado había obedecido a la distribución de tarifas por porcentajes, por consulta externa 40% y 60% por ayudantías (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.22259, 2004).

En otras palabras la sociedad Somedica Limitada negó la existencia de una relación laboral, afirmando que lo acordado con el medio general había sido la distribución de tarifas por porcentajes, forma de contratación que no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que en relación a la prestación de servicios de urgencia el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 solo se refiere a que este tipo de atención debe ser brindado por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud y que el costo de los mismos será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado el paciente, siendo que en estos casos las tarifas y procedimientos de cobro son definidos por el Gobierno Nacional (Congreso de la República, 1993), de donde se evidencia en este caso, la notoria intención de desdibujar una relación laboral con el demandante.

De allí, que en este caso, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolviera que los elementos esenciales del contrato de trabajo, actividad personal, subordinación o dependencia, y la retribución recibida, se encontraban plenamente demostrados en el proceso. De tal suerte que en la aludida sentencia la Corte considerara pertinente la aplicación del principio de primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, a partir del cual, según explica la Corte, se le da relevancia a las circunstancias que comprenden la relación jurídica sobre lo consignado en los documentos contractuales o cualquier otro que haya sido empleado por la partes, encontrándose el juzgador en la obligación frente a cada caso en concreto, de analizar las situaciones objetivas presentadas durante la relación auscultando cada una de las circunstancias que comprende la actividad ejecutadas para identificar si se trata de un contrato real, a partir de ello, sustenta la Corte:

Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que **la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva**, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.22259, 2004).

Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que deja en evidencia lo reiterativo que se presenta la indebida adecuación de las relaciones contractuales y laborales por parte de los empleadores, siempre tiende a ocultar las relaciones laborales con sus trabajadores.

3.2 El Contrato Realidad y la Prestación de Servicios Bajo las Reglas del Sistema de Seguridad Social -Subsistema de Salud-: Sentencia del 16 de agosto de 2017

En el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de agosto de 2017, la Sala estudia el recurso de casación interpuesto por el señor Hugo Evelio Martínez Martínez, en desarrollo de un proceso laboral que promovió contra la Eps Saludcoop en el que se pretendía la declaración de un contrato realidad, dado que, acorde a las aseveraciones del demandante, si bien se encontraba, prestando sus servicios como médico especialista en

Ginecoobstetricia por medio de contratos de prestación de servicios, dicha actividad se ejecutó bajo continua subordinación y dependencia. Al respecto, en la contestación de la demanda la Eps Saludcoop expresó que no era cierto lo afirmado por el demandante, puesto que los contratos tuvieron lugar con plena independencia y autonomía.

Ante este escenario, la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo hace un análisis completo del caso y se refiere al contrato de prestación de servicios bajo las reglas del sistema de seguridad social -subsistema de salud-, al respecto inicialmente precisa que el elemento que diferencia el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, es la subordinación del trabajador respecto del empleador en virtud del artículo 1 de la Ley 6 de 1945 y del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera que en el caso del contrato de prestación de servicios, si bien en el contratista puede dar cumplimiento de las actividades convenidas de manera independiente y autónoma, es viable que la ejecución del mismo tenga lugar la fijación de un horario, y el requerimiento de informes, sin que se convierta en subordinación del contrato de trabajo, aunado a ello, refiere la Corte que las actividades también pueden desarrollarse en las instalaciones del contratante, eventos, en los que corresponderá al juez determinar si se encuentran presentes los elementos configurativos de la subordinación, precisiones que adquieren una mayor relevancia en el caso objeto de análisis, en razón de tratarse de una controversia generada entre un profesional médico y una entidad prestadora de servicios de salud, ambos sometidos a las reglas del sistema de seguridad social en salud previstas en la Ley 100 de 1993, sobre este aspecto la Corte hizo énfasis en lo siguiente:

(...) el subsistema de salud se rige por un conjunto de principios, normas y procedimientos a los cuales deben someterse todos los actores del sistema, incluidos los profesionales de la salud. (...) las instituciones aseguradoras o prestadoras de servicios de salud deben cumplir con la normativa que las regula, por lo cual frecuentemente se ven compelidas a trasladar algunas de las obligaciones en quienes prestan el servicio de manera directa al paciente, como es el caso de los médicos. Esas circunstancias, en ocasiones, puede dar a entender que el contratista de prestación de servicios está subordinado a la empresa contratante; de ahí que, se reitera, **el juez está en la obligación de determinar si la imposición y correlativo**

cumplimiento de las funciones que debe desempeñar el demandante, son derivadas del sistema de salud o, por el contrario, son las propias del contrato de trabajo.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.48531, 2017) (Negrilla y subrayados propios)

Como consecuencia, procede la Corte Suprema a efectuar la valoración probatoria correspondiente y concluye que si bien el demandante estaba sometido a las reglas propias del Sistema Integral de Seguridad Social -subsistema de salud-, y que las directrices que recibía de la demanda eran consecuencia de ello, por lo que de las mismas no se podía alegar la subordinación del contrato de trabajo. Teniendo en cuenta la celebración de un *Otrosí* en el que se establecía el concepto de disponibilidad conforme al cual el contratante aun en días de descanso debía atender el llamado del contratante, a partir de este acuerdo de voluntades y en especial de esta cláusula, evidencio la Corte la subordinación jurídica que tuvo lugar en la presunta ejecución del contrato de prestación de servicios. Aspecto que motivó a la Sala de Casación Laboral a declarar la existencia de un contrato laboral, argumentando lo siguiente:

(..) si bien el contrato que suscribieron las partes contiene **cláusulas que obligaban al accionante a cumplir con los requerimientos legales, reglamentarios y administrativos derivados del Plan Obligatorio de Salud** cuya prestación asistencial desarrollaba y que, en principio, desvirtuaría la subordinación jurídica característica del contrato de trabajo, **no ocurre lo mismo con la obligación que se le impuso frente a la denominada *disponibilidad* laboral** para trabajar en las funciones propias del *cargo* durante los días de descanso, porque ello *per se* la lleva implícita, al punto de poner en evidencia que **el convenio que suscribieron disfrazó un verdadero contrato de trabajo** en el que, sin duda, se configuraron los tres elementos que lo caracterizan: prestación del servicio, pago y subordinación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.48531, 2017) (Negrilla y subrayados propios)

Dicho en otros términos, en la celebración de contratos de prestación de servicios entre entidades prestadoras del servicio de salud y profesionales médicos, es posible que se desvirtúe la subordinación jurídica que caracteriza los contratos laborales si en desarrollo del mismo al contratista le son asignadas funciones que se relacionen con los reglamentos

administrativos del Plan Obligatorio de Salud, como los contemplados en la Ley 100 de 1993, la Resolución 0561 de 1994, el Decreto 806 de 1.994, el Decreto 1406 de 1.999 y el Decreto 47 de 2000.

No obstante, sigue correspondiendo al juez laboral la obligación de analizar las circunstancias fácticas de cada caso para determinar si dichas actividades o instrucciones se derivan de la operación y/o funcionamiento del sistema de salud o por el contrario son propias del contrato de trabajo como ocurrió en el caso objeto de pronunciamiento en la citada sentencia.

3.3 El Contrato Asociativo y los Pagos por Convenio Interinstitucional como Estrategia de Ocultamiento de Relaciones Laborales: Sentencia del 15 de agosto de 2018

Al continuar con el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se identifica el contrato asociativo y los pagos por convenio interinstitucional como otra de las estrategias empleadas para el encubrimiento de relaciones laborales con profesionales de la medicina, tal es el caso del proceso objeto de estudio en la Sentencia del 15 de agosto de 2018 en la que se decide un recurso de casación interpuesto por la parte demandada en proceso ordinario laboral, contra la sentencia proferida en segunda instancia, por medio de la cual se declaró que entre Nelly María Vives Camargo E Inversiones Layne S. en C y el señor Hayle Enrique Suárez Sánchez existió una verdadera relación laboral, condenando a los demandados al pago de salarios, y prestaciones sociales además de indemnización moratoria. Acorde a lo sustentado por el demandante, existió entre este y Nelly María Vives Camargo E Inversiones Layne S. en C un contrato de trabajo verbal a término indefinido, el cual terminó por culpa del empleador al provocar con sus acciones y omisiones un despido indirecto. Por su parte, al contestar la demanda, Inversiones Layne S. en C. se opuso a de las pretensiones, negó todos los hechos y argumentó que el demandante estuvo vinculado en calidad de *asociado* a la Cooperativa Alianza Solidaria en el cargo de médico, prestando sus servicios profesionales.

Al respeto, al momento se hacer el análisis de los cargos formulados por la demandada, los cuales se basaron en el desconocimiento de la regulación normativa de derecho cooperativo, la Corte Suprema de Justicia respalda las consideraciones del juez de segunda instancia, quien al

efectuar la respectiva valoración probatoria resaltó que el contrato celebrado no daba cuenta de autonomía o independencia del demandante en calidad de supuesto asociado de la cooperativa y que en el mismo tampoco se expresaban los derechos del actor como gestor de la cooperativa, contrario a ello era evidente la imposición de funciones como médico biogenético. Razón por la cual, estimó la Corte que alegar la existencia del contrato asociativo, los pagos por convenio interinstitucional y la afiliación del actor al sistema de seguridad social como trabajador asociado, no eran procedentes para reprochar que el Tribunal no hubiese dado aplicación a las normas acusadas que regulan el régimen cooperativo, puesto que el vínculo realmente fue de naturaleza laboral, al respecto sustentó lo siguiente:

Debe advertirse que los hechos en que los censores fundan su reproche resultan equivocados, pues como se vió al resolver el segundo cargo, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el juez de segundo grado **desestimó la existencia de una relación de trabajador asociado**, pues encontró acreditado un verdadero **vínculo de naturaleza laboral subordinado**. (...) Siendo ello así, contrario a lo afirmado por los recurrentes, los hechos que encontró probados el juez de segundo grado impiden la aplicación de **las normas acusadas, propias del sector cooperativo, pues no son las que gobiernan este asunto** y en ese orden no podría considerarse la existencia del yerro endilgado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.54373, 2018) (Negrilla y subrayados propios)

En ese entendido, los demandados argumentaron que uno de los errores de hecho en los que incurrió el Tribunal fue “No dar por demostrado estándolo que de ese contrato de compromiso contractual asociativo existió autonomía y discreción del demandante en su condición de asociado y gestor de la precooperativa” siendo que en el proceso había quedado plenamente demostrado que este contrato se trataba de un instrumento de la demanda para apartarse de sus obligaciones laborales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.54373, 2018).

Por consiguiente, una vez más la Corte Suprema de Justicia en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades devela la verdadera esencia de un contrato laboral

que trato de ser disimulado bajo la apariencia de otro tipo contractual, en este caso, un contrato asociativo aparentemente regido por la legislación cooperativa.

3.4 El Contrato de Prestación de Servicios del Trabajador Oficial de Frente al Elemento de la Subordinación: Sentencia del 27 de febrero de 2019

En razón de ser el contrato de prestación de servicios el tipo contractual más empleado para el desconocimiento de obligaciones laborales, se identifica que en Sentencia del 27 de Febrero de 2019, al resolver un recurso de casación presentado por el señor Fredy Enrique Neira Safi contra la sentencia proferida por el juez de segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral adelantado en contra el Instituto de Seguros Sociales, la Corte Suprema de Justicia expone unas consideraciones sumamente importantes, en relación a la ejecución de este tipo de contratos entre entidades prestadoras del servicio de salud y profesionales médicos, que contraria un tanto lo expuesto en Sentencia del 6 de agosto de 2017 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se aseveró, que en el caso del contrato de prestación de servicios bajo las reglas del sistema de seguridad social -subsistema de salud-, es viable que la ejecución del mismo tenga lugar la fijación de un horario, y el requerimiento de informes, sin que se convierta en subordinación del contrato de trabajo, razón por la cual, se considera necesario el análisis del presente caso.

En esa oportunidad, el señor Fredy Enrique Neira Safi presento demanda en la que pretendía la declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre el 1° de agosto de 1996 y el 30 de junio de 2003, el cual que tuvo lugar bajo la apariencia de una relación civil, tras la suscripción de 19 contratos de prestación de servicios, en el que desempeñó el cargo de médico especialista pediatra neonatólogo, que debía cumplir con las órdenes de su jefe inmediato, encontrándose subordinado y cumpliendo estrictos turnos de trabajo asignados por el coordinador médico, en la *mañana* de 7:00 a.m. a 1:00 p.m.; en la *tarde* de 1:00 p.m. a 7:00 p.m.; de *corrido* de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. y en las *noches* de 7:00 p.m., a 7:00 a.m., además de laborar horas extras. Por su parte, el demandado, Instituto de Seguros Sociales, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del demandado y argumentando que el señor Fredy Enrique Neira Safi laboró en calidad de contratista y de manera autónoma, en los términos de la Ley 80 de 1993, descartando la imposición de un horario de trabajo o de una relación de subordinación,

pues según el demandando la labor se ejercía de acuerdo a su disponibilidad. Asimismo, explicó que todos los contratos se legalizaron de conformidad con la ley de contratación de la administración pública. En primera instancia se accedió a las pretensiones del demandante, mientras que en segunda instancia se revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, se inhibió de resolver de fondo las pretensiones invocadas por el demandante. De tal modo, el demandante interpuso recurso de casación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.47886, 2019).

En ese contexto, inicialmente la Corte trae a colación que en el fallo de primera instancia el juez consideró la configuración de un contrato realidad, y que en ese entendido, el demandante al presentar recurso de apelación alegó: (i) Que la imposición de un horario de trabajo fue en razón a las labores que le eran encomendadas y con el fin de lograr armonía con la atención de los usuarios y que no existió subordinación, sino una simple coordinación del trabajo; (ii) Que la jurisprudencia ha precisado que los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la empresa no significan *per se* el establecimiento de una dependencia y subordinación y (iii) Que el contratista libremente aceptó los términos en los que fue contratado y que, tanto el objeto como las jornadas de labores, fueron acordados mutuamente entre las partes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.47886, 2019).

En ese orden de ideas, aclara la Corte Suprema de Justicia que la imposición de horarios en el sector público es un indicativo de la subordinación laboral según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, motivo por el cual, no podía el demandado, desvirtuar la subordinación, con el argumento de que en los contratos de prestación de servicios, las partes pueden fijar los horarios para el cumplimiento de la labor contratada, en tal sentido, la Corte cita una sentencia del año 2015 en la que se sustentó lo siguiente:

Así las cosas, **cuando el prestador de los servicios en el sector público está sometido a horario de trabajo, se está en presencia de un elemento indicativo de la subordinación laboral**, puesto que precisamente su imposición por parte de quien se beneficia de la prestación del servicio implica un poder del mismo, que desconoce por su propia naturaleza la eventual autonomía del primero en tanto, no le permite desarrollar la labor contratada dentro de un marco de libertad que es característica de

una relación a través de un contrato de prestación de servicios. (Corte Suprema de Justicia, 2015 citada por Corte Suprema de Justicia, 2019) (Negrilla y subrayado propio)

A partir de lo anterior, se puede identificar una leve bifurcación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la identificación del elemento de la subordinación en los contratos de prestación de servicios que celebren las entidades públicas, dado que, en Sentencia del 6 de agosto de 2017 la Corte es tajante al sustentar que es permitida la imposición de un horario de trabajo, el requerimiento de informes y la realización de actividades dentro de las instalaciones del contratante, sin que de ello se derive la subordinación, mientras que en Sentencia del 27 de Febrero de 2019 la Corte es enfática al indicar que independientemente de las estipulación consagradas en el contrato de prestación de servicios, por disposición normativa del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y la presunción prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, cuando el prestador de los servicios en el sector público está sometido a horario de trabajo, se está en presencia de un elemento indicativo de la subordinación laboral.

Al respecto, se tiene que en Sentencia del 14 de octubre de 2020 la con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se reitera que es el juez quien está en la obligación de estudiar cada caso para determinar si la asignación de un horario en los contratos de prestación de servicios es propia del contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.84666, 2020).

3.5 El Convenio de Trabajo Asociado y el Contrato Realidad: Sentencia del 14 de Julio de 2020

Como otro de los tipos contractuales empleados para el ocultamiento de relaciones laborales con los profesionales de la salud, se identifica el convenio de trabajo asociado, en la Sentencia del 14 de julio de 2020. En esta oportunidad, la Corte decide el recurso de casación interpuesto por Salud Total Eps S.A, contra sentencia proferida en segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral que adelantó Álvaro José Alegüe Paternina contra la recurrente, la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum - Talentum Cta y la Cooperativa de Prestación de Servicios Médico -Cirucoop Cta en Liquidación. En tal sentido, se expone que en el caso en

mencción, el demandante alegó la existencia de una relación laboral con Salud Total Eps S.A, la cual tuvo lugar por medio de la intermediación laboral con las cooperativas en mencción, siendo beneficiaria de las actividades desarrolladas por el demandante como médico oftalmólogo, la Eps Salud Total, de quien recibía órdenes, y la asignación de horario de trabajo, relación laboral que fue finalizada por la jefe de recursos humanos de la EPS accionada, sin mediar justa causa para ello. Al respecto, las demandadas argumentaron que no existió un contrato de trabajo, en el caso de Salud Total Eps S.A afirmó que la atención en salud era asumida por los terceros Cirucoop CTA en liquidación y Talentum CTA, para quienes el demandante prestó sus servicios como asociado sin existir vínculo alguno con Salud Total EPS S.A. en cuanto a Cirucoop CTA en liquidación y Talentum CTA afirmaron que *el accionante se vinculó como trabajador asociado con la cooperativa* de forma libre y voluntaria; y que no existió relación de trabajo, además de presentar excepciones de inexistencia de la relación laboral, y aplicación del régimen de cooperativismo como exclusión del de índole laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.80346, 2020).

De tal forma, teniendo en cuenta lo alegado por las partes y el material probatorio obrante en el proceso, al Corte sostuvo que se encontraba demostrada la prestación de servicios del demandante para Salud Total EPS S.A, dado que, era esta entidad la beneficiada de las actividades realizadas por el actor, las cuales se enmarcaban en el desarrollo del objeto social de esa entidad y a partir de ello, consideró que debía dársele aplicación a la presunción legal contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual no encontró desvirtuada con el análisis del material probatorio allegado al expediente. Finalmente, la Corte, indicó lo siguiente:

En cuanto a la aquiescencia del trabajador respecto ese tipo de vinculación contractual, no implica como lo sostiene la demandada, que no proceda la declaratoria del contrato de trabajo, habida cuenta que no debe olvidarse que **el trabajador es la parte débil de la relación y que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de obtener una fuente de ingresos a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor se presentan**. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, P.80346, 2020) (Negrilla y subrayados propios)

Por ende, en este caso se evidencia que el convenio de trabajo asociado también ha sido usado por los empleadores para desconocer los derechos laborales de los profesionales de la medicina, derechos solo han sido reconocidos tras la toma de acciones judiciales y el debate jurídico que se presenta en curso de los respectivos procesos laborales, no obstante, ante los jueces también deben estar vigilantes para exigir el reconocimiento y respeto por sus derechos en las instancias que sea pertinente.

Aunado a lo anterior, resulta cuestionable, como se observa en este caso, que el silencio de los profesionales médicos durante la ejecución del contrato realidad también se ha usado en su contra, sugiriendo que comprende la aceptación de las condiciones en las que se celebran los diversos tipos de contratos por medio de los que se busca desconocer el pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales, cuando en realidad este silencio solo obedece a una de las cargas que deben soportar los profesionales de la salud para preservar sus trabajos y así garantizar el ingreso recibido, como sustenta la Corte Suprema de Justicia.

Capítulo VI. Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado Referente a los Tipos Contractuales Empleados para la Prestación del Servicio de Salud

4.1 Prestación de Servicios Médicos en Favor de Entidades Públicas por Medio de la Intermediación de Cooperativas de Trabajo Asociado: Sentencia del 20 de febrero de 2014

Al continuar con el análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado referente los tipos contractuales en la prestación del servicio médico en Colombia, se identifica que de manera preponderante se emplea el contrato de prestación de servicios para ocultar verdaderas relaciones laborales, tal como sucede en el caso objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, en Sentencia del 20 de febrero de 2014 con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve.

En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo decide sobre una acción de tutela presentada por el señor Raúl Alberto Bermúdez Cuello contra el Tribunal Administrativo del Cesar, luego de que en primera y segunda instancia se negaran las pretensiones del actor, en curso una de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual, pretendía que se declarara la existencia de una relación laboral entre este y el Hospital Eduardo Arredondo Daza de Valledupar, argumentando que había sido vinculado a la demanda en virtud de un contrato de prestación de servicios con intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Salud del Cesar – Coopsalud, desempeñando funciones de médico general, desde el 1 de junio de 2004 hasta el 31 de julio de 2006, tiempo durante el que se configuraron los elementos esenciales de una relación laboral como la subordinación, el cumplimiento de un horario y la retribución por el trabajo realizado. Al respecto, el demandando, negó las pretensiones sustentado que en realidad se configuró una *relación de coordinación*, ajena a una relación laboral. Adicionalmente, en el trámite de la acción de tutela, el Hospital Eduardo Arredondo Daza de Valledupar manifestó que el actor prestó sus servicios como médico general en calidad de trabajador asociado en la Cooperativa de Trabajo Asociado de Salud del Cesar – Coopsalud, lo que significaba que no había tenido vinculación alguna con la institución hospitalaria y mucho menos se constituiría una relación de trabajo subordinado, descartando por completo la aplicación de las normas del Código Sustantivo de Trabajo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.02679, 2014)

Circunstancia que motivó al Consejo de Estado a pronunciarse sobre el contrato realidad y del principio de la realidad sobre las formalidades haciendo la siguiente precisión:

El contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de **exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.02679, 2014) (Negrilla propia)

Ante tal presupuesto, el Consejo de Estado expone que el actor debe probar los elementos esenciales de la relación laboral que alega, es decir, la *prestación personal* del servicio, la *remuneración*, y la *subordinación* o dependencia definida por la sala como “aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes”. Sumado a esto, debe demorar la *permanencia* aportando pruebas a partir de las cuales se evidencie que la labor que desempeñan en el contrato de prestación de servicios es inherente a la entidad y la *equidad* o similitud, del trabajo realizado en comparación con los demás empleados de planta. En relación a este último requisito, el de la equidad o similitud, aclara la sala que, si bien se puede declarar la existencia de la relación laboral y tenga lugar el reconocimiento de derechos económicos, no es procedente el otorgamiento de la calidad de empleado público dado que “para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.02679, 2014)

En esa misma medida, frente al elemento de la subordinación el Consejo de Estado manifiesta que para la verificación del mismo, no existe circunstancia o aspecto específico a partir del cual los jueces puedan identificar la configuración de este, por lo que se debe valorar el contexto en que tiene lugar la ejecución del contrato, para determinar hasta qué punto el contratista puede desarrollar sus actividades con independencia y libertad, o si por el contrario se ve obligado a ejecutar sus tareas en los mismos términos que los funcionarios de planta, quienes sí se encuentran bajo subordinación y dependencia. Ahora bien, tratándose de las actividades desarrolladas por un médico general la Sala asevera lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que la actividad de Médico General es una profesión que requiere de manera permanente una entidad hospitalaria para su funcionamiento y denota una permanencia y necesidad al interior de la institución por parte de la persona que labora y desempeña estas funciones, lo que permite inferir que debe cumplir un horario específico, **por lo que no se puede colegir que es una actividad que se pueda desarrollar de manera libre e independiente.** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.02679, 2014) (Negrilla propia)

Por otra parte, en cuanto a la vinculación del demandante con una cooperativa de trabajo asociado, el Consejo de Estado cita la Sentencia T – 286 de 3 de abril de 2003 de la Corte Constitucional en la que manifiesta la siguiente:

(...) los miembros de las cooperativas de trabajo asociado no ostentan una relación empleadora – empleado (...) la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que **Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco.** Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. **En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P).** (...) La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye que se de una **relación laboral entre cooperativa y cooperado** y esto sucede **cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero**, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa. (Corte Constitucional, 2003, citada por Consejo de Estado, 2014) (Negrilla y subrayado propio)

Con el mismo propósito, el Consejo de Estado cita su propia jurisprudencia en la que ha sostenido lo siguiente:

Es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador. (...) En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, **la entidad pública que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.** Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa. (Corte Constitucional, 2003, citada por Consejo de Estado, 2014) (Negrilla y subrayado propio)

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado concluye que si los integrantes de una cooperativa de trabajo asociado prestan sus servicios a favor de un tercero, bien sea una entidad pública o no, y de la misma se comprueba la existencia de una relación laboral, la cooperativa y el tercero beneficiado con la prestación del servicio serán empleadores del asociado siendo solidariamente responsables en el pago de las prestaciones adeudadas en favor del trabajador.

Atendiendo a lo referido anteriormente, el Consejo de Estado encontró probada la vulneración del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del accionante por parte del Tribunal Administrativo del Cesar por “no valorar de forma integral los medios de prueba allegados al proceso, en contexto la actividad desarrollada por el actor, a efectos de establecer si se cumplían o no el requisito de la subordinación”, de modo que ordenó emitir una nueva sentencia teniendo en cuenta las consideraciones expuestas.

En otras palabras, en Sentencia del 20 de febrero de 2014 se identifica que el Hospital Eduardo Arredondo Daza de Valledupar y la Cooperativa de Trabajo Asociado de Salud del Cesar – Coopsalud disfrazaron la relación laboral notoriamente existente con el demandante por medio de la intermediación laboral haciendo uso del contrato de prestación de servicios y argumentando que no existía subordinación dado que las órdenes dadas al médico general obedecían a una relación de coordinación para la cabal ejecución del contrato de prestación de servicios. Argumentos que uno a uno fueron desvirtuados por el Consejo de Estado, en especial,

al hacer un análisis de las condiciones en las que se da la prestación del servicio por parte de un médico general, considerando que no es razonable afirmar que estas se puedan desarrollar de manera libre e independiente, concepción con la que se están plenamente de acuerdo y que refleja la situación de muchos médicos en el país.

4.2 Utilización del Contrato de Prestación de Servicios para Suplir las Necesidades Permanentes de la Administración: Sentencia del 13 de Mayo de 2015

En Sentencia del 13 de mayo de 2015, corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra sentencia de segunda instancia proferida en curso de un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, en el cual, el médico general Antonio Jose Gomez Serrano pretendía que se declarara la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Ese Francisco de Paula Santander en Liquidación, por medio de los cuales se negó el reconocimiento de las pretensiones sociales e indemnizaciones, originadas de una relación laboral que se disfrazó bajo la apariencia contractual y jurídica de sucesivos contratos de prestación de servicios, a consideración del demandante, de esta a entidad pública abuso de esta figura para librarse de la carga prestacional correspondiente. Ante dichas aseveraciones, la Fiduciaria Popular S.A. - Fidupopular S.A, en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, contestó la demanda alegando que el demandante desarrolló sus actividades como médico ginecobstetra en forma independiente, y sin subordinación, adicionalmente, al sustentar el recurso de apelación, manifestó que los contratos celebrados “se ajustaron a los lineamientos de la Ley 80 de 1993, pues no existía personal de planta suficiente para cumplir con la labor encomendada al contratista”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00636, 2015)

En ese orden de ideas, tras analizar las pruebas aportadas al proceso, el Consejo de Estado acompañó la decisión del *A quo*, sobre la configuración de los elementos de una relación de trabajo entre el accionante y la administración, y en la que además se recordó que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y acatando la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los contratos de prestación de servicios no se pueden

utilizar para suplir necesidades permanentes de la administración. Contrario a ello, en el caso objeto de estudio el Consejo de Estado encontró probado que el demandante:

- i) Cumplía un horario de trabajo.
 - ii) Atendía a las directrices y orientaciones de la Empresa Social del Estado demandada.
 - iii) Se probó por medio de los testigos que el demandante no podía ausentarse del lugar de trabajo a menos que cambiara el turno con alguno de sus colegas, previo aval de la coordinación médica; y
 - iv) Estaba subordinado a la Coordinación de Ginecología y Obstetricia, y al jefe médico y director científico de la clínica, quienes elaboraban el horario de trabajo y la asignación de funciones a los especialistas según las necesidades del servicio.
- (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00636, 2015)

Aspectos que lograron la convicción del Consejo de Estado para afirmar que las labores desarrolladas por el demandante no fueron de carácter transitorio o esporádico, contrario a ello, se trató de una relación que se extendió en el tiempo con la celebración sucesiva de contratos de prestación de servicios durante 5 años entre el demandante y la E.SE. Francisco de Paula Santander, empleando al trabajador de modo permanente. Motivo por el cual, este alto tribunal, tras reiterar que en estos casos el contratista no es reconocido como empleado público por lo que, su derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización, ordena el pago de las prestaciones y demás conceptos, liquidándose con base en lo que devengó un médico ginecólogo de la planta de personal de la Entidad.

En conclusión, se evidencia que en el caso estudiado en Sentencia del 13 de mayo de 2015 se desvirtúa la relación contractual regulada en el numeral 3 de la Ley 80 de 1993 conforme al cual la entidad pública puede celebrar contratos de prestación de servicios con particulares, siempre y cuando las labores no puedan ser realizadas por el personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

4.3 Contrato de Prestación de Servicios Como Mecanismo de Simulación Contractual para Desconocer el Pago de Prestaciones Sociales: Sentencia del 26 de Julio de 2018

En desarrollo del análisis de la jurisprudencial del Consejo de Estado, se constata, en Sentencia del 26 de julio de 2018, con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, que por medio de la jurisprudencia, en casos de primacía de la realidad sobre las formalidades, tratándose de contratos de prestación de servicios, además de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el Consejo de Estado exige la prueba de la *vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada* para acceder al reconocimiento de los derechos económicos originados del pago de prestaciones sociales. En este caso el Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander, en calidad de parte demandada, contra la sentencia proferida en segunda instancia, en curso de un proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, en la que fue condenada a pagar a título de “reparación del daño” las prestaciones sociales dejadas de cancelar al señor Pablo Emilio Torres Garrido, luego de que se desvirtuara el vínculo contractual con el trabajador. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00799, 2018)

En este caso, según lo sustentado por el demandante, presto sus servicios como médico general en favor de la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander, por medio de contratos de prestación de servicios y que en curso de la ejecución del mismo, cumplía con las mismas actividades desarrolladas por el personal de planta de la entidad, cumpliendo con el horario establecido bajo continua subordinación. Por su parte el demandando manifestó que se celebraron seis (6) contratos de prestación de servicios sin que en los mismos se encontraran presentes elementos de un contrato de trabajo.

Ante tal escenario, el Consejo de Estado concluyó que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se configuraba una relación laboral entre las partes, dado que, se acreditaron los elementos constitutivos del vínculo, es decir: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada. Al respecto la sala precisa:

Para la Sala es claro que **la continuidad en la prestación de los servicios médicos** del señor Pablo Emilio Torres Garrido **le brindan un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios como médico general, no eran propios de un contrato de prestación de servicios sino de una relación laboral entre las partes**. La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios **no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozca el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00799, 2018) (Negrilla y subrayado propio)

Además de lo anterior, ante la complejidad de dicho escenario en el que una entidad pública acude a una de las formas de contratación estatal regulada por la Ley 80 de 1993 para desconocer derechos laborales de los trabajadores y abusar de su posición dominante como contratante, el Consejo de Estado es enfático al resaltar la gravedad de este tipo de situaciones, en los siguientes términos:

En este punto de la providencia, se advierte que **las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales**, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado, tanto, esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00799, 2018) (Negrilla y subrayado propio)

Consideraciones que son reiteradas por el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de octubre de 2018 con ponencia del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas radicación No.00100-01, en la que descarto que las labores desempeñadas por la demandante fueran catalogadas como ocasionales, temporales o transitorias, dado que, se estaba probado que el

servicio médico asistencial prestado por la demandante, era una función permanente en la entidad por más de 20 años. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00100, 2018)

4.4 Contrato de Prestación de Servicios por Medio del Cual se Vulnere la Estabilidad Reforzada de la Demandante: Sentencia del 21 de Agosto de 2020

En adelante, se identifica la Sentencia del 21 de agosto de 2020 por medio de la cual, el Consejo de Estado decide recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en segunda instancia dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Luz Elena Mantilla, ordenando a título de reparación del daño el pago de todas las prestaciones sociales luego de encontrar probados los elementos de una relación laboral. En este caso, la demandante sustentó sus pretensiones argumentando que había prestado sus servicios como médico general en la Sanidad Naval de Barranquilla por medio de sucesivos contratos de prestación de servicios, con los que se ocultó una verdadera relación laboral. Ahora bien, en el caso del demandante, negó las pretensiones y expresó que las directrices dadas correspondían a la coordinación de actividades de la contratista, cuya finalidad era la de prestar un eficiente servicio de salud. Por consiguiente, al analizar las consideraciones del Consejo de Estado se evidencia que inicialmente la Sala estudio la normatividad del contrato de prestación de servicios y se refiere a la jurisprudencia en la que también se ha abordado el tema, para precisar que el ordenamiento jurídico además de prohibir la celebración de esta clase de contratos para ejecutar funciones regladas por los reglamentos para el empleo público, sanciona a los servidores responsables de infringir esta disposición normativa, esto, en razón de que el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, también se aplica para el Estado. En esa medida, sobre los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios en el caso concreto, el Consejo de Estado afirmó lo siguiente:

Era tan abierta y conocida la subordinación que se ejercía sobre la demandante que eran abundante los memorandos impartiendo órdenes, pero no conforme con eso también eran persistentes los llamados de atención para exigir el cumplimiento de horario y los llamados de atención con la amenaza de la sanción de “anotación a la hoja

de vida”, lo que sin dudas muestra el poder disciplinario que ejercitaban los jefes inmediatos sobre los diferentes médicos, sin distinguir su forma de vinculación. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.01285, 2018) (Negrilla y subrayado propio)

De tal forma, el Consejo de Estado concluyó, ante la contundencia de las pruebas aludidas, que era necesario dar cumplimiento al artículo 53 Supremo y declarar la relación laboral existente entre las partes. Sumado a esto, en esta sentencia también se emitió pronunciamiento sobre el fuero e maternidad de la demandante y se concluye que tuvo lugar una vulneración a la estabilidad reforzada de la madre gestante o en estado de lactancia, motivo por el cual, se confirmó la decisión del A-quo en la que se ordenó el pago de la indemnización por despido en estado de embarazo por valor de 60 días de salario.

4.5 Prestación del Servicio Médico Desarrollada en Virtud del Acuerdo Asociativo: Sentencia del 10 de Septiembre de 2020

Por otra parte, de nuevo se identifica el contrato de trabajo asociado en favor de entidades públicas con la intermediación laboral por parte de cooperativas, como otro de los tipos jurídicos empleados para desconocer derechos laborales, tal es el caso analizado en la Sentencia del 10 de septiembre de 2020, en la que, le corresponde al Consejo de Estado decidir el recurso de apelación presentado por la Cooperativa de Trabajo Asociado Promedis Ltda en calidad de demanda en el proceso de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado en contra de esta y de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta por el señor José Tulio Mora Piraquive, toda vez, que en sentencia de primera instancia se accedieron a las pretensiones de demandando reconociéndose la configuración de un contrato de trabajo y ordenándose de esta forma el pago de las prestaciones sociales debidas. Según lo expuesto por el demandante, existió una relación laboral con las demandadas, inicialmente fue vinculado por intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado Promedis Ltda y posteriormente fue contratado por prestación de servicios, directamente con la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, siempre ejerciendo las funciones de médico general bajo subordinación y dependencia de sus empleadores. Al respecto, los demandados, de una parte la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, argumento que no existió la relación laboral alegada por el demandante y que su vinculación por medio de contratos de

prestación de servicios se erigió por lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1883; y por el otro, en caso de la Cooperativa de Trabajo Asociado Promedis Ltda, manifestó que en cumplimiento del contrato amparado por las leyes de cooperativismo solo se pretendía “*mejorar la prestación del servicio en salud contratando a un particular, sin que con esto hubiese mediado intermediación laboral*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00194, 2020)

Conforme a estos hechos, luego de realizar la debida valoración probatoria, en relación a los elementos esenciales el contrato, el Consejo de Estado, reiteró que el mismo se configura bajo los siguientes presupuestos:

Se constata en juicio la **continua prestación de servicios personales** remunerados, **propios de la actividad misional de la entidad contratante**, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que **desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos**. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00194, 2020) (Negrilla y subrayado propio)

De otra parte, en cuanto a las aseveraciones de los demandados relacionadas con los contratos de trabajo asociado, el Consejo de Estado precisó que pueden presentarse eventos en los que se afecta el normal desarrollo de esta clase de contratos y se convierte en relaciones laborales cuando la finalidad de los mismos es encubrir relaciones laborales, de forma tal, que sobre este aspecto, concluye la Sala:

(...) **se desnaturalizó aquel acuerdo**, incluso al punto que, tal como lo reconoció en su alzada, **en las instalaciones de la entidad de salud habían coordinadores médicos de la cooperativa con el propósito de hacer cumplir las previsiones que la institución imponía**, tales como el cumplimiento de los turnos asignados en igualdad de condiciones a los empleados de planta, contratistas y vinculados por cooperativa de trabajo asociado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.00194, 2020) (Negrilla y subrayado propio)

En consonancia con lo anterior, es notoria la recurrente disposición de las entidades a desconocer los derechos de los trabajadores, así como es evidente que en la mayoría de los casos el Consejo de Estado emite sus decisiones siempre procurando esclarecer los verdaderos vínculos laborales disimulados bajo la forma de diversos tipos contractuales.

4.6 Relación Laboral Encubierta o Subyacente del Contrato de Prestación de Servicios: Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 09 de Septiembre de 2021

Finalmente, es menester traer a colación las consideraciones esbozadas por el Consejo de Estado en relación al contrato estatal de prestación de servicios, en la Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica del 9 de septiembre de 2021 con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, oportunidad en que el Consejo de Estado se refiere a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, enuncia criterios de identificación de lo que denomina relación laboral encubierta o subyacente, y se refiere a la solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios, para finalmente establecer las reglas y efectos jurídicos de la sentencia.

Con respecto a la naturaleza jurídica del contrato estatal de prestación de servicios, características, y objeto del mismo, el Consejo de Estado precisa que este contrato es un negocio jurídico típico al encontrarse definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, considerado uno de los instrumentos de gestión pública más importantes para la administración, puesto que, permite satisfacer sus necesidades y contribuir al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, al ser un contrato que se puede celebrar por el termino estrictamente indispensable para la ejecución de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, exceptuándose las actividades permanentes, sumado a ello, también puede tener lugar para la vinculación de personas naturales o jurídicas. Escenario en el cual, el contratista tiene un alto grado de autonomía, de forma tal que sustenta el Consejo de Estado:

(...) no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». (...) En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad

contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021) (Negrilla y subrayado propio)

De otra parte, en lo atinente al objeto de los contratos estatales de prestación de servicios, recuerda el Consejo de Estado que estos contratos tiene por objeto cumplir con la ejecución de actividades de la administración o funcionamiento de la entidad, por ende las entidades públicas pueden celebrar estos contratos para atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública, y pone de ejemplo, la contratación de peritos, técnicos y obreros; y además agrega que también, de manera excepcional y temporal, pueden comprender funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

En igual sentido, respecto a los criterios de identificación de una relación laboral encubierta, se tiene que la precisión de este aspecto en la sentencia de unificación es transcendental y constituye sin lugar a duda un importante precedente en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, con esa finalidad el alto tribunal aclara, que si bien en virtud de lo normado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios no es fuente de relaciones laborales y por ende tampoco del reconocimiento de obligaciones patronales, por medio de su jurisprudencia y también de la Corte Constitucional, se ha identificado que dicha disposición normativa no tiene aplicabilidad cuando en la realidad se demuestra que se encuentran presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo, esto en aplicabilidad del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, en tal sentido enuncia los siguientes:

Especificaciones contractuales en los estudios previos. Como primer criterio de identificación de una relación laboral encubierta, el Consejo de Estado refiere, que en los estudios previos debe estar específicamente consignado el objeto del contrato y el término por el cual se celebra dicho contrato, esto con el propósito de establecer si los contratos sucesivos y continuados que se celebre con un mismo contratista guardan similitud y se integran en una misma cadena negocial de carácter continuado.

(...) los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021)

Subordinación. Seguidamente se enuncia la subordinación como criterio de identificación, al respecto indica el Consejo de Estado que es el elemento determinante para probar encontrarse en una relación laboral encubierta y se considera como indicio de la misma. Para ese efecto precisa que las siguientes son circunstancias que permiten distinguir si la subordinación fue un elemento presente en la ejecución del contrato estatal de prestación de servicios: i) El lugar de trabajo; ii) La asignación de un horario de labores valorado en función del objeto contractual; iii) La dirección y control de actividades a ejecutar, siendo necesario para ello medios probatorios que permitan evidenciar que las actividades de control, vigilancia, seguimiento, inspección, imposición se aparten de la coordinación normal con el contratista; iv) Que las actividades desarrolladas por el contratista sean las mismas delegadas a los servidores de planta. Todo lo anterior sumado a la identificación de los elementos esenciales del contrato de trabajo enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021)

Solución de continuidad: En torno a la solución de continuidad de los contratos estatales de prestación de servicios, lo primero por mencionar es que el Consejo de Estado aclara el alcance de la expresión contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “termino estrictamente indispensable” y puntualiza que esta se refiere al termino consignado en el contrato para desarrollar las funciones contratadas, a partir de la necesidad de las mismas conforme al estudio previo adelantado, periodo de tiempo en el cual se deberá dar cumplimiento al contrato y por ende el contratista debe atender a las obligaciones acordadas con la prestación de sus servicios

como profesional, esto a excepción de las prórrogas que puedan llegar a tener lugar (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021).

De tal forma, el Consejo de Estado se propone sentar un importante precedente respecto del término de solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios que se renuevan constantemente, con ese propósito menciona que no existe un consenso general sobre el periodo de tiempo que debe transcurrir entre un contrato y otro para establecer la solución de continuidad, mucho menos se tiene un fundamento normativo para ello, razón por la cual, la Sala decide “acoger un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021).

No obstante aclara, que no significa imponer una camisa de fuerza a las entidades públicas para impedirles que tengan periodos de interrupción más extensos, contrario tiene el propósito de ser un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez administrativo, aspecto que será indispensable para determinar la no solución de continuidad. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021).

Por consiguiente, el Consejo de Estado agrega que de manera complementaria, esta regla debe atender las siguientes recomendaciones:

Primera: Cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 **celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles,** siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

Segunda: En cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, **los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la**

prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiese podido generarse.

Tercera: Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.** (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, P.131716, 2021).

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado enuncia que las reglas objeto de unificación son las siguientes:

- i) Primera regla. El término en el que se celebre el contrato de prestación de servicios debe ser el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, establecido a partir de la necesidad de la prestación del servicio a favor de la administración sin posibilidad de ser permanente;
- ii) Segunda regla: Se debe tener en cuenta que el término de interrupción para la celebración de un contrato y el otro será de treinta (30) días hábiles para determinar la no solución de continuidad;
- iii) Tercera regla: Es improcedente el reconocimiento de los aportes realizados por el contratista al sistema de seguridad social en salud, aun cuando se hubiere declarado la existencia de una relación laboral.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado limita los efectos de la sentencia de

unificación con la finalidad de proteger los principios de equidad e igualdad y garantizar la seguridad jurídica, y para ello precisa que las reglas jurisprudenciales anteriormente enunciadas solo se aplicaran a los casos pendientes de solución en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, exceptuando aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, por ser inmodificables, de la misma forma manifiesta que no puede invocarse el principio de igualdad para solicitarse la inaplicación de esta sentencia.

Conclusiones

Una vez cumplidos cada uno de los objetivos definidos al inicio de la investigación y de haber abordado los aspectos fundamentales que componen el problema jurídico identificado en el ordenamiento jurídico colombiano, correspondiente a la reiterada vulneración de los derechos laborales de los profesionales de la salud, se enuncian a continuación las siguientes conclusiones:

- A partir del análisis normativo realizado, se concluye que el derecho al trabajo en Colombia, es una garantía constitucional reconocida en nuestra Carta Magna desde el preámbulo supremo, a partir del cual, el Pueblo de Colombia representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, establece, como una de las finalidades para el decreto, sanción, y promulgación del texto constitucional, el asegurar a sus integrantes el trabajo, al igual, que en el artículo 1° se establece que Colombia es un Estado social de derecho fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad y en la prevalencia del interés general (Const., 1991, Art.1). Puntualmente, el derecho fundamental al trabajo es consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política, el cual reza: “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”. (Const., 1991, Art.25). Postulados constitucionales, a partir de los cuales se puede argüir, que los profesionales de la salud tienen derecho a que se les respete su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas, en igualdad de condiciones que cualquier otro profesional, recibiendo de manera proporcional al complejo trabajo que realizan, su debida remuneración, contando siempre con que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades,

indistintamente de la denominación que se le dé a sus relaciones laborales, el Estado garantizará la protección de sus derechos y velará por su estabilidad laboral.

Dicho en otros términos, por disposición expresa de la Constitución Política, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas de los médicos en Colombia debe ser reconocido, respetado y garantizado en cualquiera de los escenarios que tenga lugar, bien sea en lo privado o lo público, en razón de comprender la prestación de un servicio público del que depende el derecho a la vida y la integridad de los pacientes del Sistema de Seguridad Social en Salud, en ese entendido, la vinculación de los profesiones médicos, debe efectuarse de conformidad a lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, es decir, por medio de contratos de trabajo, ya sean verbales o escritos, siempre cumpliendo con las exigencias descritas en la referida norma para el desarrollo de las relaciones laborales entre empresas privadas y profesionales médicos. Por otra parte, en cumplimiento de lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, concretamente, las disposiciones normativas que regulan la contratación directa, la contratación de los médicos en entidades públicas debe tener lugar por medio de contratos de prestación de servicios en los eventos y bajo las circunstancias que para ello determina la ley, es decir, cuando las actividades contratadas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, actividades que podrán ser contratadas solo durante el término estrictamente indispensable.

- Tras el análisis de la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia se concluye que los tipos contractuales empleados para la prestación del servicio de salud en Colombia, en la mayoría de los casos pretenden el ocultamiento de relaciones laborales con los profesionales médicos para librarse de la carga prestacional que comprende un contrato de trabajo, en esa medida, conforme a lo analizado en las sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se evidencia la implementación de los siguientes tipos contractuales y/o estrategias de remuneración: (i) *Distribución de tarifas porcentuales* entre la entidad prestadora del servicio de salud y el médico, en el que básicamente se paga al profesional un porcentaje previamente establecido por la entidad y que corresponde a las consultas atendidas, desconociendo el vínculo laboral existente; (ii) *Contrato de prestación de*

servicios bajo el argumento de desarrollarse de manera libre, independiente y autónoma; (iii) Contrato asociativo y pagos por convenio institucional en aparecía en virtud de las normas del cooperativismo; y el (iv) Convenio de trabajo asociado. En ese entendido, en curso de los procesos ordinarios laborales iniciados por los médicos afectados con esta clase de contratación, han sido los jueces quienes tras el estudio de las circunstancias en que se da la prestación personal del servicio, y la valoración probatoria que permite desvirtuar la autonomía, independencia, y cooperación, han declarado la existencia de relaciones laborales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

- En el caso de lo analizado en las sentencias del Consejo de Estado, se concluye, que al igual que sucede con las empresas privadas, en la mayoría de los casos, el contrato empleado por las entidades públicas para desconocer los derechos laborales de los médicos, es el contrato de prestación de servicios, algunas veces celebrado de manera directa con los profesionales y en otros casos tercerizado por cooperativas de trabajo asociado y tras la simulación de contratos asociativos. En estos casos, teniendo en cuenta los argumentos utilizados por las entidades para oponerse a la declaratoria de la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos a través de los cuales niegan el reconocimiento del pago de las prestaciones sociales adeudadas al trabajador, se evidencia, que estas entidades han intentado desconocer el elemento esencial del contrato de trabajo, de subordinación, sustentando que contrario a lo expresado por los actores, no existe subordinación alguna puesto que las directrices e indicaciones dadas a los contratistas, obedecen a la *relación de coordinación* que debe estar presente en los contratos estatales para asegurar la efectiva prestación del servicio público. Sin embargo, ha sido el Consejo de Estado el encargado de develar las verdaderas relaciones laborales entre los profesionales médicos y las entidades públicas, cuestionando en todo momento el actuar de la administración, con el que se ocasiona un daño antijurídico a los administrados por desconocer sus derechos laborales a veces por más de dos (2) años, aspecto que también ha sido cuestionado, habida cuenta, que el contrato de prestación de servicios debe celebrarse estrictamente por el tiempo necesario, porque no se ser así se estaría probada la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

Por último, considerando lo expuesto por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 09 de Septiembre de 2021 con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, se concluye que si bien, de una parte las reglas jurisprudenciales establecidas, podría beneficiar a los contratistas que pretendan en curso de sus actuaciones jurídicas la declaración de la existencia de un contrato realidad, buscando obtener el reconocimiento de los derechos laborales que les fueron desconocidos, de otra parte, pueden ser empleadas por las entidades públicas para blindar sus actuaciones en el encubrimiento de relaciones laborales. Es el caso de la segunda y tercera regla, la segunda en lo atinente al termino de treinta (30) días hábiles establecido para determinar la no solución de continuidad, inicialmente beneficiaría a los demandantes que en curso de sus procesos actualmente busquen este reconocimiento, indudablemente podría servir a las entidades públicas para que busquen estrategias tendientes a evitar la soluciones de continuidad, como lo sería la constante modificación de los objetos contractuales y la interrupción de los contratos de prestación de servicios por términos superiores a los treinta (30) días hábiles, escenario en el que solo se afectaría al trabajador, esto concretamente cuando el sustento de los contratistas solo depende de esta clase de contratos de prestación de servicios. Por otra parte, en relación a la tercera regla, conforme a la cual es improcedente el pago de los aportes a seguridad social efectuado por el contratista, se tiene que si bien es un parafiscal cuyo propósito no es el de hacer parte del pecunio de los demandantes, no se puede acolitar más el actuar irregular e irresponsable de las entidades públicas de continuar con la celebración de contratos de prestación de servicios ahorrándose el pago de los aportes a seguridad social que por ley les corresponde efectuar, en tal sentido, es cuestionable que el Consejo de Estado no delibere sobre el actuar de las entidades del Estado con el que se vulnera el derecho al trabajo en condiciones dignas de los contratistas, en caso contrario niega el reconocimiento del pago de este concepto sin tener en consideración que los contratistas con sus propios recursos ya efectuaron un pago al sistema de seguridad social en salud, luego entonces este concepto seria pagado al demandante a título de restitución.

Recomendaciones

Conforme a lo expuesto en el presente trabajo de investigación y además teniendo en cuenta que desde el año 1997 la Corte Constitucional reconoció que en marco del régimen previsto en la Ley 100 de 1993, era necesario, además de garantizar el derecho fundamental al trabajo justo y digno de los profesionales médicos, protegerlos de las personas o entidades que pretendieran obtener provecho económico y comercial de los mismos. Y asimismo, dejando claro que para la eficiente prestación del servicio público de salud, se requiere debida contratación de los profesionales de quienes depende el funcionamiento del sistema de seguridad en salud, se considera urgente que el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Salud y el Ministerio de Trabajo, adopten las medidas necesarias, tendientes a regular un régimen especial de contratación de los profesionales de la salud, en el que se tengan en cuenta las propuestas realizadas por parte de las organizaciones sindicales y la experiencia que se tiene a raíz de la jurisprudencia de las altas cortes. Es momento de que el Estado colombiano brinde la protección necesaria a los trabajadores de la salud, ante la probada explotación laboral que sufren en el ejercicio de su profesión, sumado a esto, indiscutiblemente se atenderá a la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la Organización Internacional del Trabajo referente a orientar de manera adecuada la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, estableciendo pautas claras para determinar la existencia de una relación laboral y estableciendo medidas destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

Referencias Bibliográficas

Asmedas Antioquia. (13 de septiembre de 2017). *La crítica situación de los médicos dentro del sistema de salud colombiano*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=S57pZ0QPmPU>

Asociación Colombiana de Sociedades Científicas. (07 de Julio de 2020). *Webinar - Formas de contratación laboral en profesionales de la salud*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=b0Rm-HMw-50>

Barona Llanos Abogados Consultores. (12 de abril de 2020). *Formas de Contratación Laboral en el Sector de la Salud*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=9IrYpxN5u3c>

Campillo, P. (2015). El año rural: Realidad agri dulce para los médicos recién graduados. Un relato de quien lo vivió. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Vol-1-Ed-2/Cultura/El-ano-rural-Realidad-agridulce-para-los-médicos-r/>

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Congreso de la República de Colombia. (21 de Julio de 2020). *Proyecto de ley No.125 de 2020 por el cual se dictan normas para la prestación de servicios personales del talento humano en el sector de la salud*.

Congreso de la República de Colombia. (20 de Julio de 2020). *Proyecto de Ley 154 de 2020 por medio de la cual se expide el régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales*. Disponible en: <https://www.camara.gov.co/contratistas>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Proceso 00081 (C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren; 10 de febrero de 2011). Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44228>

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.02679 (C.P Gerardo Arenas Monsalve; Febrero 20 de 2014)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.00636 (C.P Sandra Lisset Ibarra Velez; Mayo 13 de 2015)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.00799 (C.P César Palomino Cortés; Julio 26 de 2018)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.00100 (C.P Rafael Francisco Suarez Vargas; Octubre 18 de 2018)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.01285 (CP. César Palomino Cortés; Agosto 21 de 2020)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.00194 (C.P Carmelo Perdomo Cuéter, Septiembre 10 de 2020)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. P.131716 (C.P Rafael Francisco Suárez Vargas, Septiembre 09 de 2021)

Consejo de Redacción. (11 de noviembre de 2020). *Tercerización: la otra pandemia*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=X4ApXKfFUVI>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-106 de 1997 (MP. Hernando Herrera Vergara; Marzo 06 de 1997)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-161 de 1998. (MP. Jose Gregorio Hernández Galindo; Abril 29 de 1998)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-665 de 1998. (MP. Hernando Herrera Vergara; Noviembre 12 de 1998)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-614 de 2009 (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 09 de septiembre de 2009)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. P.22259 (M.P Luis Javier Osorio López; Agosto 02 de 2014)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. P.48531 (M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo; Agosto 16 de 2017)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. P.54373 (M.P Dolly Amparo Caguasango Villota; Agosto 15 de 2018)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. P.47886 (M.P Dolly Amparo Caguasango Villota; Febrero 27 de 2019)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. P.84666 (Clara Cecilia Dueñas Quevedo; Octubre 14 de 2020)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. P.80346 (M.P Martín Emilio Beltrán Quintero; Julio 14 de 2020)

Decreto 2663 de 1950 [Ministerio de Trabajo]. Código Sustantivo del Trabajo. Agosto 5 de 1950.

Decreto 1058 de 2010. Por medio de la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones. Marzo 23 de 2010.

Decreto 676 de 2020. Por el cual se incorpora una enfermedad directa a la tabla de enfermedades laborales y se dictan otras disposiciones. Mayo 19 de 2020. Ministerio de Trabajo

El Tiempo. (13 de abril de 2020). La difícil situación del personal médico en Colombia. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=6pXEki-3Wqg>

Florez Acosta , J., Atehortua Becerra, S., & Arenas Mejia, A. (2009). Las condiciones laborales de los profesionales de la salud a partir de la Ley 100 de 1993: evolución y un estudio de caso para Medellín.

Hora 13 Noticias. (11 de Mayo de 2012). Asmedas denuncia contratación ilegal de 200 médicos en Medellín. [Video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=o_ZPPJZ-4-c

Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan normas en materia de ética médica. Febrero 27 de 1981. DO.N°35.711.

Ley 50 de 1981. Por la cual se crea el servicio social obligatorio en todo el territorio nacional. Mayo 27 de 1981.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. DO.N°41.148.

Ministerio de Salud y de la Protección Social (2006). Relaciones laborales en el sector salud El Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia: El caso de la ciudad de Cali. (Trabajo de investigación Organización Panamericana de la Salud). Disponible en:<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/UNIV/relaciones-laborales-sector-salud.pdf>

Ministerio de Salud y de la Protección Social (2016). Perfiles y competencias profesionales en salud: Perspectiva de las profesiones, un aporte al cuidado de la salud, las personas, familias y comunidades.

Mi Gente Colombia. (13 de julio de 2020). *Así afecta la ley 100 al sistema de salud en Colombia*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=qSjiz4edI7Q>

Semana. (17 de mayo de 2019). Médicos Colombianos denuncian sus precarias condiciones de trabajo. [Video]. Youtube.<https://www.youtube.com/watch?v=NVSIIJgzKcYM>

Semana. (10 de junio de 2019). *Suicidio de médicos en Colombia*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=lblpcnPqtrc>

Semana. (2020). “Esclavitud moderna”: la propuesta en el Congreso para los contratistas de prestación de servicios. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/esclavitud-moderna-la-propuesta-en-el-congreso-para-los-contratistas-de-prestacion-de-servicios/202057/>

Semana. (09 de abril de 2020). *El drama del personal médico en Colombia por la pandemia de coronavirus* | *Semana Noticias* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=HhDw2lY3LMA>

Semana. (14 de abril de 2020). *Héroes que no quieren morir durante coronavirus (covid-19): los médicos* | *Al Ataque*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=gpH8ZcW1fKE>

Semana. (10 de junio de 2020). *40% de médicos en Colombia quisieran renunciar* | *Al Ataque*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=F-8XdeGDYnI>

OPS & OMS. (2012). *Estudio comparativo de las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores de la salud en: Argentina, Brasil, Costa Rica y Perú*. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ops_estudiocomparativo-condiciones-trabajosy-salud-trabajadores-salud-argbracosricaperu.pdf