

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANAS Y JURÍDICAS**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL**

**KELLY JOHANA MENDOZA TOVAR<sup>1</sup>**

**LINDEISY ISABEL ALGARIN TRUYOL<sup>2</sup>**

**SANDRA CORREA ESTUPIÑAN<sup>3</sup>**

**Director del proyecto: Florentino Rico Calvano<sup>4</sup>**

# **LA REALIDAD DE LOS CONTRATOS DE LAS ENFERMERAS (OS) EN LOS SERVICIOS DE SALUD EN LAS IPS**

En el presente trabajo, el grupo aborda el análisis de las leyes que regulan el ejercicio de la enfermería en Colombia, particularmente de quienes ejercen el oficio en instituciones que cobraron vida con la entrada en vigencia de la denominada Ley de Seguridad Social, matriz de la que derivan las normas que aplican en materia de contratación de talento humano en las distintas instituciones. Para efectos de este trabajo, se analiza particularmente el caso de la contratación laboral en las IPS,

---

<sup>1</sup> Abogada y estudiante de la especialización en Derecho laboral, kellyjo2121@hotmail.com – 3043346091 - Carrera 22D No. 65B - 89 (Barranquilla).

<sup>2</sup> Abogada y estudiante de la especialización en Derecho laboral, lindyalgarin@hotmail.com – 3017055198 - Calle 8 No. 9 – 96 (Palmar de Varela)

<sup>3</sup> Abogada y estudiante de la especialización en Derecho laboral, sandracorrea0430@hotmail.com - 3123556118 – Calle 73 No. 24B – 44 (Barranquilla).

<sup>4</sup> PhD y magíster en educación. Universidad Simón Bolívar. Economista de la Universidad de Cartagena. Experto en Política fiscal y tributaria EIAP-FGV.(Río de Janeiro Brasil) y CITAF (Buenos Aires, Argentina), Gestión Gerencial y Formulación y evaluación de Proyecto, director del Grupo de Investigación “Democracia y Modernización del Estado Colombiano Categoría A1.. Docente – Investigador Senior. Carrera 54 No 74-21. 315 751 2379. florentinorico@unisimonbolivar.edu.co. Barranquilla – Atlántico- Colombia.

# **LA REALIDAD DE LOS CONTRATOS DE LAS ENFERMERAS (OS) EN LOS SERVICIOS DE SALUD EN LAS IPS**

## **RESUMEN**

En Colombia existen distintas organizaciones cuya estructura contractual, en lo laboral, es sumamente flexible, lo cual les permite el diseño de contratos laborales que, en la balanza de la normatividad que aplica en el país, señalan abiertamente la ventaja para el empleador, en detrimento de los derechos del trabajador. El gremio de trabajadores del sector salud es una colectividad ideal para este tipo de contratos, cuya apariencia es de legalidad y sujeción a las normas, pero cuyo contenido entraña, gracias a interpretación sesgada de los textos, desventajas abiertas y claras para los trabajadores de la salud. En el presente trabajo se aborda el análisis de las normas en cuyo seno habitan las estrategias que permiten a los empleadores del sector salud acceder a mano de obra calificada, bajo nombres y etiquetas cuyo fin no es otro que eliminar el derecho inherente a la figura del Contrato de Trabajo, concebido desde la seguridad de la Constitución y la Ley Laboral en Colombia. Con un análisis basado en la exploración bibliográfica de la ley y la jurisprudencia, se logra establecer cómo, si bien las etiquetas contractuales disminuyen o desconocen los derechos de los trabajadores, las obligaciones que pesan sobre ellos son las mismas que aplican para el contrato convencional, así el texto del documento contractual enuncie otras condiciones, para efectos de la firma, vigencia y finiquitación de contratos como los de “prestación de servicios”, una de las tantas formas que aplican en el país, en el campo laboral, en detrimento de los elementales derechos y principios de justicia consagrados en Constitución y la Ley.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato de Trabajo, Trabajadores de la Salud, Derechos

Laborales, Prestación de Servicios, Legislación Laboral Colombiana.

# **THE REALITY OF NURSING CONTRACTS (OS) IN HEALTH SERVICES IN IPS**

## **ABSTRACT**

In Colombia there are different organizations whose contractual structure, in labor matters, is extremely flexible, which allows them to design employment contracts that, in the balance of the regulations that apply in the country, openly point out the advantage for the employer, to the detriment of worker rights. The union of workers in the health sector is an ideal collective for this type of contracts, whose appearance is of legality and subject to the norms, but whose content entails, thanks to a biased interpretation of the texts, open and clear disadvantages for the workers of the Health. In the present work, the analysis of the norms in which the strategies of the employers of the health sector access qualified labor force, under names and labels whose purpose is none other than to eliminate the right inherent in the figure of the Labor Contract, conceived from the security of the Constitution and the Labor Law in Colombia. With an analysis based on the bibliographic exploration of the law and jurisprudence, it is possible to establish how, although the contractual labels diminish or ignore the rights of the workers, the obligations that weigh on them are the same that apply to the conventional contract, Thus, the text of the contractual document states other conditions, for the purposes of signing, validity and termination of contracts such as “provision of services”, one of the many forms that apply in the country, in the labor field, to the detriment of elementary rights and principles of justice enshrined in the Constitution and the Law.

**KEY WORDS:** Employment Contract, Health Workers, Labor Rights, Provision of Services, Colombian Labor Legislation.

## INTRODUCCIÓN

La enfermería es una profesión cuyo ejercicio resulta fundamental para la calidad de vida de cualquier comunidad, dado que se constituye en el principal apoyo de los profesionales médicos, en la atención de personas enfermas, independientemente de la patología que afecta a cada una de ellas.

El ejercicio de la enfermería, en Colombia, está debidamente reglado y se ciñe a los lineamientos que determinan una serie de derechos para los trabajadores en el país, incluidas las profesiones que, por sus características especiales, requieren de una reglamentación específica. No obstante, para este tipo de profesiones aplica la generalidad normativa que regula la contratación laboral, es decir, el acuerdo entre empleador y empleado, cuyo contenido determina derechos y deberes de cada una de las partes.

La contratación laboral en Colombia ha sido objeto de cambios en su contenido jurídico; en un Estado Social de Derecho, sin embargo, resulta llamativo que, mientras el legislativo se esfuerza por mejorar las condiciones de los trabajadores de todas las disciplinas en el país, el personal que trabaja en salud experimente cambios legales que afectan negativamente al empleado, por razón del contenido normativo de las nuevas leyes y reformas.

En el presente trabajo, el grupo aborda el análisis de las leyes que regulan el ejercicio de la enfermería en Colombia, particularmente de quienes ejercen el oficio en instituciones que cobraron vida con la entrada en vigencia de la denominada Ley de Seguridad Social, matriz de la que derivan las normas que aplican en materia de contratación de talento humano en las distintas instituciones. Para efectos de este trabajo, se analiza particularmente el caso de la contratación laboral en las IPS, para lo cual se fijó, como objetivo general, Analizar la naturaleza del vínculo existente entre las enfermeras (os) y las IPS para la cual prestan sus servicios y, como objetivos específicos, Identificar el marco jurisprudencial y normativo que sirve de referencia para el desarrollo de la investigación y Determinar las consecuencias de no allanarse a los preceptos legales. El Estudio es de carácter descriptivo (Paniagua, 2008), retrospectivo proyectivo y la técnica aplicada fue la

exploración normativa y jurisprudencial que aplican en Colombia, en materia de contratación de talento humano, por cuenta de las ya mencionadas IPS.

En el desarrollo del trabajo se realizó un análisis del contenido normativo y de la jurisprudencia que, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, aplican en el país, lo que permitió la emisión de un diagnóstico y conclusiones, producto de la experiencia investigativa llevada a cabo por el grupo investigador.

## **LA REALIDAD DE LOS CONTRATOS DE LAS ENFERMERAS (OS) EN LOS SERVICIOS DE SALUD EN LAS IPS**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993, por medio de la cual se cambió la estructura del sistema de salud en Colombia y, con el consecuencial surgimiento de las E.P.S. (o entidades promotoras de salud) y las I.P.S. (instituciones prestadoras de salud), surgen, dentro del universo jurídico creado, toda una serie de elementos que vienen a constituirse en la práctica, en factores determinantes del tipo de vínculo que, a partir de ese instante, existirá entre estas instituciones y los profesionales que prestan sus servicios a cada una de ellas.

Los principios que sirvieron de marco a la ley 100 de 1.993, en especial el de universalidad del servicio, trajeron como consecuencia el que las I.P.S. operantes en Colombia se vieran abocadas a realizar una mayor vinculación de personal dedicado al área de enfermería, lo que a la postre se tradujo en el incremento exponencial de escuelas y facultades en las que se preparan estos profesionales de la salud, y condujo, bajo la ley de oferta y demanda dentro del mercado laboral, a la realización de contratación de estos profesionales mediante modalidades diferentes a la laboral llamadas OPS u ORDENES DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES o CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES. Este hecho y en especial, las consecuencias que el mismo generó para los profesionales en el campo de la enfermería, son la génesis de situaciones anómalas desde el punto de vista de los derechos que deberían provenir de la vinculación existente entre el profesional en enfermería y las I.P.S, en la medida en que por esta vía se les negó el tener las condiciones, garantías y prerrogativas propias del contrato de trabajo, al negar a este tipo de vinculación tal naturaleza.

Frente a esta situación, es necesario indagar y dar respuesta a los siguientes cuestionamientos:

### **PREGUNTA PROBLEMA:**

¿Cuál es la verdadera naturaleza del vínculo existente entre las enfermeras (os) y las IPS para la cual prestan sus servicios?

### **OBJETIVO GENERAL**

- Analizar la naturaleza del vínculo existente entre las enfermeras (os) y las IPS para la cual prestan sus servicios

### **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Identificar el marco jurisprudencial y normativo que sirve de referencia para el desarrollo de la investigación.
- Determinar las consecuencias de no allanarse a los preceptos legales.

### **ALCANCE Y LIMITACIÓN DEL PROYECTO**

Después de los anteriores interrogantes surge la necesidad de la realización del presente trabajo de investigación, en el cual se abordan analíticamente las condiciones contenidas en normas de carácter laboral que, de manera sistemática, han venido siendo ignoradas por las I.P.S. en Colombia, en detrimento de los derechos del personal de enfermería vinculado en razón a la no aplicación de las normas laborales a una gestión que, por su propia naturaleza, tiene las características propias de dicho vínculo.

### **ANTECEDENTES**

Con el propósito de contar con un marco que permita tener un acercamiento claro frente al tema de fondo del presente trabajo, (La realidad de los contratos de las enfermeras (Os) en los servicios de salud en las I.P.S.) pasaremos a hacer referencia a las condiciones en que se daba la vinculación laboral del sector salud antes de la ley 100 de 1993 y posteriormente, al análisis referente a la vinculación laboral del sector a partir de su entrada en vigencia, así como los efectos que dicha ley tuvo en el nacimiento de nuevas estructuras de carácter contractual entre las enfermeras (os) y las I.P.S. (instituciones prestadoras de salud).

## **La vinculación laboral del sector salud antes de la Ley 100 de 1993**

Dentro de la investigación adelantada, hemos encontrado, de una parte, que el mercado laboral del sector salud se encontraba dividido en cuatro segmentos como lo fueron:

- **La Seguridad Social:** que surgió como el mecanismo institucional y financiero que garantizaba el acceso de los trabajadores a sus prestaciones sociales. Marcado por una fuerte diferenciación entre el sistema de los trabajadores privados, denominado de la seguridad social, y el de los funcionarios públicos, conocido como de la previsión social. Así, el ICSS fungió como una entidad monopólica de afiliación del sector privado, creando en su interior un sistema de solidaridad entre las distintas regiones y ramas de la producción industrial, mientras la Caja Nacional de Previsión abarcó una parte del sector central del gobierno nacional, pues cada dependencia, entidad o empresa pública que logró acumular algún poder, lo utilizó para crear su propia entidad previsoras.

- **Los Seguros Voluntarios** (Medicina Prepagada). Este segmento se encontraba compuesto por lo general por personas que gracias a su poder adquisitivo tenían la posibilidad de adquirir para sí y para su núcleo familiar paquetes de seguros de atención médica que eran ofrecido por compañías privadas creadas y organizadas con tales propósitos y que cubrían desde atención básica hasta los temas más complejos en materia de salud, todo a cambio de un precio oscilante en atención al nivel de complejidad adquirido.

- **Los Prestadores Privados:** operaban con un régimen de libre empresa en el cual usuarios adquirían de manera directa los servicios que necesitaban.

- **Sector Oficial:** este era financiado de manera directa por Estado y se encontraba conformado por la red de prestadores públicos, cuyos destinatarios estaban conformados por la población de más bajos recursos económicos.

Esta estructura prestacional de la atención médica en Colombia, condicionaba, obviamente, el mercado laboral en el sector salud. de tal forma que, dependiendo del lugar que dentro de tal estructura se encontrara el empleador, dependía de manera directa, tanto la

forma de contratación como el nivel de ingresos para todo el personal dedicado a la atención en salud (médicos, enfermeras, auxiliares etc.)

En el aspecto laboral, se tenía que existían contratos de trabajos suscritos entre particulares (en el caso de los prestadores privados de servicios y medicina prepagada), por lo general con ingresos para el personal médico y de enfermería inferiores a la media del mercado; contratos de trabajos suscritos entre el Estado y el profesional de la salud- médicos y enfermeras (en el caso de la seguridad social y el sector oficial) que permitió a los profesionales de la salud mantener cierto nivel de status superior a la media y que terminó por convertir al ICSS y CAJANAL en los más grandes empleadores de profesionales de la salud en Colombia. Aparte de lo anterior, se daba para la época, dentro del mercado laboral en el sector salud en Colombia, la existencia de un segmento de profesionales de la salud (médicos y enfermeras) que prestaban sus servicios profesionales dentro de un nicho compuesto por personas con altos niveles de ingresos económicos, lo que a su vez les permitía el establecer honorarios y tarifas muy por encima de los niveles estándares de salarios vigentes.” (INS, 2007)

Esta estructura del mercado laboral, con excepción de los profesionales de la salud (médicos y enfermeras) vinculados al ICSS, CAJANAL y el sector OFICIAL, trajo varias consecuencias que incidieron a su vez en el mercado laboral como lo fueron: la concentración del personal profesional de la salud en lugares donde se contara con mayor facilidad el tener la oportunidad de vincularse laboralmente (grandes ciudades y centros urbanos importantes) en detrimento de las zonas rurales y poblaciones apartadas. La poca o nula existencia de sindicatos o entidades gremiales que se encargaran de la defensa de los derechos laborales de los profesionales de la salud (médicos y enfermeras) excepto en el ICSS y CAJANAL.

### **La vinculación laboral del sector salud a partir de la Ley 100 de 1993 y vinculación contractual de los profesionales de la enfermería en Colombia en las IPS en Colombia**

Antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, existían ya en nuestro ordenamiento jurídico todo un conjunto de normas que, de una u otra manera fueron

moldeando lo que sería el ejercicio de la actividad laboral en todo el sector salud incluyendo, obviamente, los profesionales en enfermería.

Leyes como la Ley 100 de 1993, que hizo una reestructuración inicial al sistema de salud vigente en esa época; la Ley 50 de 1990, la cual reformó el mercado laboral; la Ley 30 de 1992, que reorganizó el sistema de educación superior adicionada por la Ley 115 de 1994, y la Ley 60 de 1993, la cual descentralizó la administración y provisión de los servicios de salud de acuerdo con el nivel de complejidad en la prestación a los municipios, distritos y departamentos, no solamente establecieron el marco de referencia de lo que sería la reforma al servicio de salud en Colombia, sino que de manera determinante influyeron en el ejercicio de las profesiones dedicadas a la atención de la salud, así como en la forma en que se dieron las relaciones profesionales y laborales entre estos y las nuevas E.P.S. e I.P.S. tal es la razón por la cual la ley 100 de 1993 centra su accionar en la modificación de los aspectos relacionados de manera directa con la estructura y el andamiaje general del sistema de salud en Colombia y no en la parte netamente laboral, aunque, la nueva estructura del sistema precipitaría las nuevas condiciones y formas de vinculación.

La Ley 100 de 1993 modificó toda la estructura de la prestación del servicio de salud en Colombia, dando, al entrar en vigencia, origen al surgimiento de diversas condiciones y situaciones de carácter jurídico en el orden de las relaciones laborales existentes entre las IPS y el cuerpo de profesionales de la salud que en ellas prestan sus servicios. La implementación de la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, han impactado de manera negativa en el tipo de relaciones existentes entre el personal profesional en salud, específicamente las enfermeras y las I.P.S, ello, mediante la implementación de prácticas como la vinculación del personal de enfermería mediante la modalidad de Contratos de prestación de servicios profesionales, dando al traste, por esta vía, con los derechos de carácter laboral de los que son titulares, al vulnerar las garantías y demás beneficios que encuentran su génesis en el vínculo laboral.

### **Rol de las IPS privadas en el sector salud en Colombia**

“En el país existen actualmente 968 IPS públicas y 4565 privadas, con lo que se tiene una relación de 1:4,7.6,7 La participación en la prestación de servicios en salud por parte de las IPS muestra que existe una contratación selectiva, donde sólo 11 % de las públicas son

contratadas por las administradoras (EPS) del régimen contributivo. Las IPS privadas representan 71 % de la cartera y 29 % las IPS públicas en 2013. En los informes de gestión, las IPS privadas han mostrado tener un superávit de 8 % del total de costos y gastos; 24 % corresponden a gastos administrativos y 75 % a prestación de servicios.” (Supersalud, 2013) Nos ponen de manifiesto la importancia y trascendencia del rol desempeñado por las I.P.S. privadas en Colombia. A la luz de los datos señalados se observa con meridiana claridad como la mayoría del mercado de la prestación de servicios el sector salud en Colombia, se encuentra en manos de las I.P.S. privadas, equivalente al 89 % de la contratación realizada por las E.P.S. públicas. De igual manera, el superávit que tales instituciones han mostrado para la fecha del informe en cuestión (24 % corresponden a gastos administrativos y 75 % a prestación de servicios); Nos encontramos frente a empresas que se constituyen en uno de los negocios más lucrativos en el segmento de la prestación de servicios asistenciales de carácter médico, así como la importancia y trascendencia del rol desempeñado por las I.P.S. privadas en Colombia.

#### **De la naturaleza del vínculo entre enfermeras (os) y las I.P.S.**

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991 y consecuentemente con ello, con el accionar de la Corte Constitucional, esta corporación ha venido, primero esbozando y a lo largo de su labor, estructurando tanto el concepto, los elementos, la naturaleza, las garantías, el alcance, las consideraciones y categoría del trabajo como derecho que, a partir de la interpretación de nuestra carta magna, habrían de considerarse al momento de entrar a estudiar el vínculo laboral.

Para la Corte Constitucional, desde sus comienzos en las labores de interpretación y determinación del alcance de las normas constitucionales, todo tema relacionado con el derecho al trabajo, debía ser abordado teniendo como su eje central la dignidad de la persona; por ello, dentro de las varias e importantes clasificaciones realizadas, define al trabajo dentro del núcleo de los derechos sociales y económicos brindándole, en consecuencia, especial protección al darle la connotación de derecho fundamental como se preceptúa en los artículos 25 y 26 de nuestro estatuto legal superior.

La Corte Constitucional ha sido especialmente prolifera tratándose de abordar el tema relacionado con el trabajo, en cuanto a su consideración como derecho fundamental. En tal

sentido y solo a modo de ejemplo respecto a la consideración que la Corte Constitucional ha dado al derecho al trabajo tenemos las siguientes jurisprudencias proferidas por la Corte Constitucional: (Sentencia C479 de 1992, 1992) En estas condiciones, el trabajo se eleva a rango de postulado ético-político necesario para la interpretación de la acción estatal y de los demás derechos y deberes incluidos en la Carta, así como factor indispensable de integración social.” (...) Sentencia C 593 de 2.014 en la que respecto a la protección constitucional al trabajo se señaló: (...) “La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales.

3.4.1 Desde el preámbulo de la constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que (Sentencia T-452 de 2001, 2001). Al respecto nos remite la sentencia 029 de 2016. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos;

los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes.

El artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública.

De otro lado, los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores. 3.4.2 De igual manera, la jurisprudencia constitucional, (sentencia C- 134 de 1994, 1994) En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio.

En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53

superior). Y, (sentencia T- 015 de 2015, 2015). 3.4.3 Esta protección especial que otorga el Constituyente, trae como consecuencia que a pesar que el legislador goce de una amplia libertad de configuración para regular las diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo, para ocultar la realidad de los vínculos laborales o para desconocer las garantías laborales consagradas en la Carta Política.” (...) (C. Constitucional, 1992)

Como se puede observar de primera mano, la Corte Constitucional no ha escatimado esfuerzo en su labor de interpretar nuestra carta fundamental de derechos y dimensionar con ello al trabajo hasta colocarlo, como se señala en uno de los apartes jurisprudenciales trascritos, como “un principio axiológico de la Carta”; no obstante lo anterior, en el ámbito de las relaciones laborales, en especial las del personal vinculado al sector salud, se han venido dando de vieja data, situaciones que se han traducido en inequidad, omisión en el cumplimiento y respeto de las obligaciones y prerrogativas que dimanen del vínculo laboral, diferencias salariales y modalidades de contratación que buscan esquivar los derechos nacidos del vínculo laboral etc.

La Corte Constitucional (Sentencia T-903 de 2010, 2010) Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo” (...) (C. Constitucional, 2010)

Los contratos de prestación de servicios profesionales se encuentran reglados por los artículos 1494 y 1495 de Código Civil, en consecuencia, se está frente a una relación de carácter contractual y de naturaleza civil que se determinara conforme la voluntad de las partes expresada en las cláusulas que lo integran en el que se establece una obligación de hacer. En efecto, señalan los artículos en comento:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones” (...) “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” Por otra parte, el tema también es abordado por el artículo 34 del Código Laboral Colombiano que respecto al tema estipula: “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.

(Sentencia C-593 de 2014, 2014) En este sentido, dijo la Sentencia C-614 de 2009 que, si la fuerza laboral se considera como un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito. De hecho, la Constitución de 1991 protege las diversas formas de ejercer tales actividades.

A modo ilustrativo ello puede inferirse de la protección de la constitución de empresa (artículo 333) como herramienta de trabajo base del desarrollo económico, con función social; el establecimiento de una salvaguarda los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (artículos 53 y 54) y la determinación de un mínimo de condiciones laborales para los trabajadores al servicio del Estado (artículos 122 a 125).

De lo anterior puede deducirse que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa, siempre y cuando respete los límites previstos directamente en la Constitución.

3.4.5 Bajo este presupuesto y con el fin de incentivar la oferta de puestos de trabajo, el legislador ha creado figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral y crea nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos. Estas figuras han sido analizadas por la Corte Constitucional, quien ha admitido la creación de estas nuevas tipologías,” (...) (C. Constitucional, 2014)

Y en sentencia T 269 de 2016 señaló:

(...) “ (Sentencia T-029 de 2016, 2016) Así, mientras la relación laboral se caracteriza por la prestación personal de un servicio de una persona, bajo condiciones de dependencia

o subordinación y por el pago de una contraprestación, el contrato de prestación de servicios fue creado por el Legislador, como una valiosa herramienta que permite a la administración ejecutar aquellas tareas específicas diferentes de las funciones permanentes que le son atribuidas, o en aquellos eventos en que las tareas no pueden ser suministradas por las personas vinculadas laboralmente a la entidad contratante, o cuando se requieren conocimientos especializados. Respecto de las características del contrato de prestación de servicios, la Corte ha precisado sus particularidades acerca del objeto de la obligación, la autonomía e independencia del contratista, y la temporalidad de la vigencia del contrato.

(Sentencia 501 de 2019, 2019)... Al respecto, la Sala Plena ha precisado:

“...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tienen para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales...” (C. Constitucional, 2016)

De los textos legales, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se infiere que son varios los elementos a considerar a fin de determinar si resulta procedente la realización de un CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES, así:

- \* Se trate de obras contratadas a precio determinado
- \* Que el contratista asuma todos los riesgos de la ejecución
- \* Que el contratista goce de la libertad para nombrar y remover el personal de cual se va a valer para la ejecución de los trabajos
- \* Que el contratista goce de plena autonomía tanto desde el punto de vista técnico para la ejecución de las obras, como en la dirección y manejo del personal que haya contratado, para quienes será su empleador.
- \* Que en la ejecución de las obras utilice sus propias herramientas y medios de trabajo.

En torno a los conceptos planteados se ha construido todo un andamiaje jurídico que, de una parte, resalta las bondades de la contratación de servicios profesionales mediante la

utilización de medios que no impliquen el nacimiento de una relación de carácter laboral, y de otra parte el surgimiento de conceptos y tesis de carácter jurídico que señalan que mediante esta modalidad de contratación, lo que se pretende por parte de los contratantes es, precisamente, burlar las normas de carácter laboral en detrimento del personal contratado bajo esta forma, haciendo de una modalidad de contratación de carácter excepcional, la regla general.

En los tiempos presentes, donde las pautas y reglas del manejo macroeconómico de las naciones, especialmente del tercer mundo, son direccionadas y casi que, impuestas por organismos crediticios y de manejo económico de carácter multinacional, se plantea como una panacea, la necesidad de disminuir los costos de funcionamiento, así como la capitalización de la inversión realizada en los distintos sectores empresariales, sean estos creadores de bienes o de servicios, apelando para ello, como una herramienta para tales fines, a la flexibilización laboral.

Dentro de este contexto, se viene recurriendo de manera sistemática a la realización de contratos de prestación de servicios profesionales en detrimento de la contratación de carácter laboral tradicionalmente empleada en todas las esferas, sean estas de orden público o privado. En defensa de la utilización de tal mecanismo son varias las bondades resaltadas:

1.- Disminución de los costos (Tanto laborales como de producción)

a) El empresario se ahorra el pago de las obligaciones derivadas de la existencia de un contrato de trabajo (pensión, salud, parafiscales, cesantías, salarios, primas, vacaciones, licencias etc.)

b) Ante la ausencia de un vínculo de carácter laboral entre los contratantes, los costos de producción o los costos implícitos en el servicio prestado, disminuyen de manera significativa, siendo en algunos casos asumidos por el contratista.

2.- Efectos sobre las estructuras organizacionales de carácter laboral.

a) Al desaparecer la contratación laboral, desaparece también la posibilidad de existencia de organizaciones sindicales o de cualquier índole similar que propenda por la defensa de los intereses de los trabajadores.

b) Atomización del mercado laboral. Se propicia con esta práctica la existencia de un mercado fragmentado, en donde participen numerosos agentes (vendedores de su capacidad laboral), ninguno de los cuales tiene poder para influir por sí sólo en el equilibrio del mismo, lo que permite manejar la oferta y la demanda.

Necesidad de aplicar el Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas en la contratación con el personal de enfermeros (as) en el Sector Salud (I.P.S).

Autores como Cárdenas (Cárdenas, sf), Correa (Correa et al, 1999); (López-Valcárcel y cols. 2000), Romero-Ballén (2008) y Milanés (2010) han descrito la grave situación laboral que viven los profesionales de la salud, producto del sistema neoliberal en Colombia. Desde hace algunos años, la prestación de servicios se ha externalizado y el profesional de enfermería se enfrenta a nuevas formas de contratación que generan pérdida de la relación laboral con las entidades prestadoras de servicios de salud.

Los profesionales de enfermería ya no establecen una relación laboral directa con las instituciones de salud, sino con estas figuras intermediarias que someten al personal a sobrecarga laboral, ausencia de medidas de seguridad en el trabajo, falta de derechos a la protección social (establecida por ley para cualquier trabajador) y límite en el acceso del personal a programas de capacitación y bienestar social. De la misma manera, al profesional de enfermería, al ingresar al sistema, se le exige ser productivo, desde la perspectiva rentista, lo cual se traduce en mano de obra barata y uso eficiente y racional de los recursos, es decir, usar lo mínimo requerido en tiempo y recursos para brindar el cuidado, que afecta directamente su calidad y oportunidad. Además, se le asignan funciones administrativas intensivas que lo apartan de su rol de cuidador directo. Estas múltiples tareas administrativas requieren tiempo extra de su jornada laboral, que no es retribuido, pero que generan en el profesional desgaste y agotamiento físico y mental.

Las actuales condiciones laborales bajo las cuales vinculan a enfermeras y enfermeros a sus puestos de trabajo desconocen tratados internacionales, condiciones mínimas requeridas y vitalidad del talento humano para el funcionamiento de los sistemas de salud. Las condiciones laborales en que se ejerce el cuidado de enfermería son de pauperización. Es así como se han planteado innumerables críticas a la implementación de la modalidad de contratación mediante las llamadas OPS o contratos de prestación de servicios

profesionales que, aunque legales, si están causando un fuerte impacto en el mercado laboral en general y de manera especial en el relacionado con el referente al ejercicio profesional de la enfermería.

La gran mayoría de las críticas y señalamientos realizados provienen del accionar de los tribunales de cierre de nuestro país, en especial de la Corte Constitucional y la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando se ha tratado de dirimir conflictos entre contratantes particulares y del Consejo de Estado. En tratándose de contratos entre entidades estatales y particulares, es forzoso concluir que, mediante la modalidad del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, no se está haciendo acción diferente a conculcar a los profesionales en enfermería los derechos laborales de los que son titulares en razón a la labor desempeñada.

Es en el caso de los profesionales de la salud en general y dentro de este grupo, el personal profesional en enfermería, en donde mayormente se ha visto y vivido cómo, con el propósito de burlar los derechos originados de un vínculo laboral de una parte y, de otra parte, el lograr el manejo del mercado laboral mediante la vinculación a las IPS a través de contratos de prestación de servicios con el único objeto de obtener mayores ganancias o utilidades, se ha abusado de la simulación de contratos de prestación de servicios profesionales.

La situación de las altas cortes, sin embargo, está justificada en una legislación que se concibe desde el Congreso, con marcada parcialidad hacia los intereses privados; no es una alusión de tipo político sino el señalamiento directo de las deficiencias que muestra el tejido jurídico en lo laboral, con leyes cuya interpretación es susceptible de distintos puntos de vista, generando así la sensación de que, aunque se estén violando preceptos relacionados con derechos humanos e incluso derechos constitucionales, se está procediendo con arreglo a la ley.

Por lo anterior, este trabajo ha sido concebido como un análisis que permita identificar las falencias legislativas, siempre en guarda del interés de las mayorías trabajadoras y en particular de quienes trabajan en el campo de la salud, al cobijo de normas poco claras, en cuyos pliegues anida la interpretación sesgada, en detrimento de enfermeros, enfermeras y otros trabajadores y trabajadoras de la salud, cuyos contratos de trabajo rompen el esquema

del respeto a los derechos laborales de los trabajadores, con el pretexto de la sujeción a la legalidad.

La multiplicidad de modelos de contrato de trabajo se presta para que los trabajadores se vean en desventaja y deban ceder ante la posición dominante del empleador; aunque se pretenda decir que el contrato de trabajo es “bilateral”, lo cierto es que las condiciones emanan en su totalidad del empleador, el cual aprovecha la coyuntura de la necesidad del trabajador, para imponer reglas contractuales que lo favorecen y que privan al empleado de derechos que surgen de la simple condición del Estado Social de Derecho y de las normas consagradas en la Carta Política de 1991.

El eufemismo, los textos sesgados y, sobre todo, la necesidad de trabajo, imponen al empleado la voluntad del empleador, bajo la falsa figura del “contrato de trabajo”, cuyo análisis somero permitiría afirmar, en la mayoría de los casos, que es un contrato de sometimiento laboral, en el cual el empleador hace uso de su mayor capacidad económica sobre la poca capacidad de supervivencia de quien necesita trabajar para llevar el pan a casa.

En virtud de lo anteriormente expuesto y atendiendo el propósito de este trabajo, se diseña un plan de trabajo orientado a escudriñar las normas que sirven de posada a la avaricia de muchos empleadores que, desde su sitio de ventaja, imponen reglas, cercenan y desconocen derechos, bajo el eufemismo de un contrato de trabajo cuya naturaleza es justificada con nombres como “prestación de servicios” y otras denominaciones que sólo buscan romper el mínimo de derechos laborales, en detrimento de quien debe someterse a la posición dominante del empleador.

En relación con el tema abordado, dijo la Corte Constitucional:

Existirá una relación laboral cuando, independientemente de la denominación que las partes asignen a un contrato, se presten servicios personales, se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre quien desempeña la labor y, se acuerde una contraprestación económica. Además de los tres elementos propios de las relaciones laborales, la

permanencia en el empleo es un criterio determinante para reconocer si en un caso concreto se presenta una relación laboral. (Corte Constitucional, 2017).

Con este punto de vista, la Corte deja sentado que, independientemente de cómo se denomine el contrato de trabajo, serán sus características reales las que determinen el tipo de contratación y las consecuencias legales que para las partes derivan de la misma, en un reconocimiento de que el fundamento del contrato de trabajo es la realidad tangible y no la interpretación o nombre que se adopte, en determinados casos.

Frente a tal escenario se hace necesario acudir, precisamente, en defensa de esos derechos laborales, a los preceptos establecidos por vía jurisprudencial; especialmente por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la verdadera naturaleza de la vinculación laboral de las enfermeras. A efectos de tener claridad sobre el tema abordado, pasaremos a enunciar cual es la estructura del concepto tratado, su forma de aplicación y sus consecuencias.

Concepto de primacía de la realidad en materia laboral.

En materia laboral, en razón a que, contrario a lo ocurrido en la contratación de carácter civil, donde las partes actúan en un plano de plena igualdad, la contratación se da en condiciones que eventualmente podrían conducir al establecimiento de una condición de desequilibrio en favor del empleador, este principio, el de la primacía de la realidad sobre las formas, surge como un elemento que viene a reestablecer el equilibrio perdido y a garantizar el respeto por los derechos derivados del vínculo contractual laboral que se ha pretendido evadir.

Sobre el concepto de primacía de la realidad sobre las formas, la Corte Constitucional, mediante reiteradas jurisprudencias a trazado toda una línea jurisprudencial que marcan la pauta sobre el tema. (Sentencia T-029 de 2016, 2016) el cual se encuentra íntimamente ligado al principio de prevalencia del derecho sustancial previsto en el artículo 228 de la misma obra. Corte Constitucional, Sentencia 029 de 2016. Este Tribunal ha reconocido que, al margen de la forma en que los individuos que pactan la prestación de un servicio personal convengan designar el contrato, es la estructura factual de la relación entre los sujetos lo que determina la verdadera naturaleza del vínculo: “La primacía de la realidad

sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53).

La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. (Sentencia T-029 de 2016, 2016)

La intrínseca relación de este principio con la prevalencia del derecho sustancial, en el contexto de las relaciones laborales, dota de justificación la protección que el ordenamiento otorga al trabajador, dada la posición de superioridad que ostenta frente a él el empleador, tal como se ha expuesto en anteriores pronunciamientos: “Más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinan.

“Es esa relación, verificada en la práctica, como prestación cierta e indiscutible de un servicio personal bajo la dependencia del patrono, la que debe someterse a examen, para que, frente a ella, se apliquen en todo su rigor las normas jurídicas en cuya preceptiva encuadra. (Sentencia T-029 de 2016, 2016)La hermenéutica del referido principio constitucional ha dado paso al concepto de contrato realidad, como se señala en el siguiente extracto: “La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.” Sentencia 029 2016 Corte Constitucional. En línea con estos razonamientos, (Sentencia T-029 de 2016, 2016)Como consecuencia de ello, se ha puesto de relieve que el aspecto primordial a tener en cuenta es la relación efectiva que existe entre

el trabajador y el empleador, independientemente de lo que resulte del contrato o de lo que se derive de este, en tanto lo allí consignado o formalmente convenido puede ser contrario a la realidad. Sobre el particular, se ha precisado que: “En virtud del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales, la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las relaciones jurídicas subjetivas, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrono, de la realidad de los hechos a que aquél se encuentra vinculado y de las situaciones objetivas que surgen indistintamente de la nomenclatura utilizada para definir la relación (Sentencia T-404 de 2005, 2005) (Sentencia C-171 de 2012, 2012) Asimismo, a partir de este entendimiento se han examinado controversias en las que advierte la existencia de un contrato laboral a término indefinido encubierto tras un artificial contrato de obra o labor contratada: “Pero no obstante que el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales se muestra especialmente útil cuando se ha pretendido ocultar una relación laboral, su utilidad también se potencia cuando, partiéndose de la existencia de un contrato de trabajo, se le da la apariencia de relaciones laborales con condiciones de desventaja para el trabajador. En estos casos, la relación sustancial entre patrono y trabajador toma la forma de un contrato de trabajo y de allí que el principio de primacía de la realidad no resulte relevante para afirmar un contrato cuya existencia no se discute. No obstante, como en esa hipótesis es posible que el contrato de trabajo formalizado no dé cuenta del verdadero alcance de la relación laboral, en ese punto se torna útil el citado principio constitucional pues este se muestra idóneo para evidenciar el verdadero alcance de ese contrato aún contra la voluntad misma del empleador y el asentimiento del trabajador.

Así ocurre, por ejemplo, cuando a un solo contrato de trabajo se le da la apariencia de varios contratos sucesivos o cuando a un contrato a término indefinido se le da la apariencia de un contrato de obra con el fin de eludir el reconocimiento de los derechos laborales del trabajador. En estos casos, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite que se desvirtúen los supuestos contratos sucesivos y se evidencie la existencia de un contrato único o que se desvirtúe un supuesto contrato de obra y se evidencie un contrato de carácter indefinido, según el caso.” (...) (C, Constitucional, 2008)

(Sentencia C-171 del 2012, 2012) los cuales determinan que el trabajo es un derecho y un deber social, de carácter fundamental, progresivo, que es esencial al Estado Social de Derecho, y que en su calidad de tal limita el ámbito de libertad configurativa del Legislador en la materia.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido en innumerables oportunidades en (Sentencia T-404 de 2005, 2005). En este sentido, ha reconocido que (i) este derecho implica no solo la defensa de los trabajadores dependientes sino de los independientes; (ii) que es un mecanismo no solo para asegurar el mínimo vital, la calidad de vida digna de los trabajadores, sino que constituye un requisito esencial para la concreción de la libertad, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad; (iii) que se dirige a proteger tanto los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores particulares, arts. 53 y 54 C.P.

Los trabajadores al servicio del Estado, arts.122 a 125 C.P. como también a la empresa y al empresario, art.333-; (iv) que la Constitución protege todas las modalidades de empleo lícito; y (v) que la regulación de las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacerlos efectivos le corresponde al Legislador, quien goza de un amplio margen para ello, dentro del marco y parámetros fijados por la Constitución Política, (Sentencia T-909 de 2005, 2005) Al proteger las distintas modalidades de trabajo la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor protección constitucional de carácter general al empleo derivado del vínculo laboral tanto con los particulares como con el Estado, protección que se evidencia en numerosas disposiciones superiores, como los artículos 25, 26, 39, 40 num.7, 48 y 49, 53 y 54, 55 y 56, 60, 64, los artículos 122 y 125, y los artículos 215, 334 y 336 de la Carta Política, protección que genera un menor margen de libertad configurativa para el Legislador, en cuanto debe respetar condiciones laborales mínimas, así como la garantía de unas condiciones mínimas del contrato de trabajo con el fin de evitar los posibles abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y de la justicia. Así, la jurisprudencia de esta Corte ha entendido que la regulación por parte del Legislador debe en todo caso respetar los derechos mínimos y básicos de los trabajadores, y por (Sentencia T-404 de 2005, 2005) (Sentencia T-148 de 2012, 2012) (...) “Así mismo, en repetidas oportunidades esta Corporación ha advertido sobre los serios riesgos constitucionales que

implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y utilización fáctica para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

Por tanto, ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales, lo cual implica el desconocimiento del régimen de contratación, el desconocimiento de múltiples normas superiores referentes al derecho al trabajo, los derechos de los trabajadores y la función pública, de manera que se termina vulnerando el régimen laboral. A este respecto, ha expresado la Corte: "...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo.

Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales. 5.4 (Sentencia T-125 de 1994, 1994) Por tanto, esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad a partir de los criterios fijados tanto por la jurisprudencia constitucional, como por la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, de manera que no puede utilizarse un contrato de prestación de servicio con el fin de ejecutar realmente una relación laboral, y cuando se constaten los elementos propios de la misma debe ser reconocida como tal." (...)

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia 00233-01 de 2.012 se pronunció en los siguientes términos: (Sentencia T-154 de 1997, 1997) 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 debido a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de

servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios. 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.

En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, 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, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción

establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales: contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo, se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo”.

Como se desprende de lo anterior, las notas características del contrato de prestación de servicios se encuentran en la temporalidad, la autonomía e independencia del contratista y el carácter de excepcional de dicha posibilidad de contratación (porque se permite solo cuando la entidad no puede cumplir con las labores con personal de planta o porque se requieren determinados conocimientos especializados que ameritan la contratación con determinadas personas naturales o jurídicas). Por su parte, lo que distingue al contrato laboral es la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Sin embargo, tal como se entrará a desarrollar en el siguiente acápite, la prestación de servicios por parte de las enfermeras supone de por sí la subordinación, tal como se entra a tratar en el siguiente acápite b. La presunción de subordinación en el caso de las enfermeras. Para efectos de resolver el caso concreto, hay que realizar algunas consideraciones sobre la forma en que se ejerce la profesión de enfermería. En sentencia de 3 de junio de 2010, esta Corporación señaló lo siguiente: “La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas”.

Como se desprende de lo anterior, se ha considerado que la labor de enfermera no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la

prestación del servicio de salud. Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales les corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.

Ahora bien, resulta importante mencionar las características de un contrato por Prestación de Servicios (Contrato por prestación de servicios, disfraz de un contrato laboral), la Corte Constitucional, mediante sentencia de constitucionalidad del año 1997 estableció lo que nos permitimos traer a consideración: "El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, 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. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (...)

"La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente (...)" Dicho lo anterior, podemos asegurar que "dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada, amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas" lo que implica, ineludiblemente, la obligación de la empresa contratante a pagar todas las prestaciones sociales y demás

acreencias que se originan con ocasión a un contrato de trabajo. A modo de conclusión, se presume que aquellas personas que cumplen funciones de enfermería realizan sus labores de forma subordinada, y será el empleador quien deberá demostrar que una enfermera desarrollaba sus labores de forma autónoma e independiente. (...) Sentencia 00233-01 de 2.012.

En conclusión, dadas la labor realizada y las características que rodean toda la realidad del vínculo existente entre las enfermeras (os) y las I.P.S. a las que prestan sus servicios profesionales, este es de naturaleza laboral y consecuentemente, estos profesionales son titulares de todos los derechos y garantías que dimanen del carácter de tal relación.

¿Cuál es el marco jurisprudencial y normativo que les sirve de referencia?

En la lectura de las líneas anteriores se puede observar cómo han sido los tribunales de cierre de la justicia laboral, constitucional y contencioso administrativo quienes, por vía jurisprudencial se han dado a la tarea de, por un lado, establecer los lineamientos jurídicos a aplicar en el caso de la contratación entre enfermeras (os) y las I.P.S. resaltando en tal ejercicio el carácter laboral de tal vínculo. Por tal razón, en el tema bajo análisis, como lo es

LA NATURALEZA DEL VINCULO ENTRE ENFERMERAS (OS) Y LAS I.P.S. se hace necesario dar aplicación a las normas del derecho laboral y, en aquellos casos en que esto no sea posible por causas atribuibles a los empleadores, se debe recurrir ante la justicia laboral a efectos de que por esta vía se reconozca la verdadera naturaleza de la vinculación y se proceda, como consecuencia de ello, al restablecimiento de los derechos conculcados.

De las consecuencias del no acatamiento de los preceptos legales.

Son sin duda varias las consecuencias del no acatamiento de las normas propias del derecho laboral y la amañada aplicación de conceptos, que no consultan con la verdadera naturaleza del vínculo existente, con el único propósito de burlar las garantías y derechos que se originan de una relación que, como la existente entre enfermeras (os) y las I.P.S. tienen un indubitable carácter laboral. Por parte de los empleadores las primeras consecuencias se ven reflejadas en la negación de los derechos de carácter económicos de los cuales es titular la persona que realiza labores de enfermería. ha sido, como se afirma en acápites anteriores, por vía jurisprudencial que los tribunales de cierre en Colombia, en

materia Constitucional, Laboral y Contencioso Administrativa, entregan herramientas a estos para que por vía judicial reclamen las acreencias que le han sido desconocidas.

No obstante, lo anterior, en la práctica se continua con esa acción perversa aprovechando la abundancia de mano de obra derivada del crecimiento exponencial de profesionales en enfermería y afines que se gradúan en los distintos programas reconocidos en el país.

## CONCLUSIONES

Queda demostrado en el cuerpo del presente estudio que la sola existencia de la norma no es garantía de su aplicación y que, a ello, hay que sumar la posibilidad de la interpretación sesgada, que da lugar a que la ley sea aplicada en forma parcial, omitiendo o cambiando el sentido de lo expresado por el legislador, siempre en detrimento de los más vulnerables, como son, en el caso objeto de discusión, los profesionales de la enfermería.

Quizá sea necesaria una concientización a nivel social en Colombia, en el sentido que el personal de enfermeras es tan importante como el de médicos y especialistas. El contacto permanente y directo con el enfermo, hace de la enfermera y del enfermero una fuente de atención y de acercamiento con el paciente, casi siempre en beneficio de éste, ya que el profesional se convierte en depósito de inquietudes, solucionador de preguntas y en aval de una atención adecuada, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y, sobre todo, ceñido de manera muy cerrada a las instrucciones que emite el médico.

El problema de la salud en Colombia es grave y de ello son conscientes no sólo los profesionales de la salud sino la sociedad misma, que resulta siendo depositaria de resultados en muchos casos muy diferentes de lo que se supone debe derivar de la atención oportuna de cada paciente. Precisamente, la oportunidad y la eficiencia en la atención constituyen pilares fundamentales en el éxito de cualquier tratamiento y ello hace, de los profesionales de la enfermería, un elemento vital para el éxito de cualquier procedimiento médico.

En las actuales circunstancias, a nivel nacional, es el personal de enfermeros y de enfermeras el que mitiga en gran parte las falencias que se dan en la prestación de servicios de salud; el legislador laboral quizá ha omitido la consulta especializada con profesionales de la enfermería, para conocer de primera mano las necesidades de tan importante gremio, a fin de que los cambios normativos apunten, como debe ser, a la mejora de las condiciones contractuales de enfermeros y enfermeras, no sólo como estrategia para la garantía de un buen servicio sino como aplicación del sentido de Estado Social de Derecho y del mandato constitucionales que obliga a que las garantías apliquen igual para todos los colombianos, sin discriminación de ninguna índole.

Las leyes, concebidas en el Congreso, deben ser el fruto de una exploración previa, basada en la realidad tangible, para que el discernimiento de los miembros de ese alto organismo procedan con conocimiento de causa y direccionen sus decisiones a la satisfacción de necesidades de la clase trabajadora, máxime cuando se trata de personas que, con su esfuerzo, contribuyen visiblemente a la mejora de los enfermos y a la aplicación de estrategias preventivas, siempre apuntando a la buena salud general de la sociedad colombiana.

El grupo considera que a nivel de los ministerios de Salud y Trabajo, se debe dedicar especial atención al gremio de profesionales de la enfermería, como estrategia para incentivar el estudio y práctica de esta disciplina, tan importante en cualquier sociedad que aspire a tener una calidad de vida digna, dentro del marco normativo que aplica en cada país. En el caso colombiano, la igualdad en el tratamiento por parte del Legislativo, debe ser una constante, apuntando de esa manera a evitar injusticias que no sólo afectan a enfermeras y enfermeros, sino a la sociedad íntegra, depositaria del esfuerzo de esos profesionales de las ciencias de la salud.

Finalmente el grupo investigador conceptúa que, en el diseño de normatividad laboral aplicada al sector salud, debe consultarse no sólo a los expertos, sino también a quienes, de manera directa, ejercen el oficio, dado que ellos son los depositarios de las falencias que, como humanos, pueden cometer los legisladores y que causan detrimento a quienes, obedeciendo su grito vocacional, deciden dedicar sus vidas a la atención en salud de sus semejantes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFIA.

- Cárdenas M. La ley 100 de 1993 y el progreso social en Colombia [internet]. Disponible en: <http://www.fedesarrollo.org:82/mcardenas/images/comentarios/comentarioley100.pdf>.
- Correa AE, Palacio ML, Serna LE. Situación laboral de los profesionales de enfermería de instituciones de salud, municipio de Medellín, 1999 [internet]. Disponible en: <http://tone.udea.edu.co/revista/sep2001/sit.laboral1.htm>.
- Derivado del proyecto de investigación “Análisis de las condiciones laborales en el sector salud a partir de la Ley 100 de 1993”, financiado por la Escuela Nacional Sindical. Medellín, Colombia, 2007.
- López-Valcárcel A, Bartra JC, Canney P, Grossman B, Vera Paladines B. Seguridad y salud en el trabajo de construcción: el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú [internet]. Washington: OIT; 2000.
- Milanés Cogollo Z, Gómez Bustamante E. Condiciones laborales en enfermeras de Cartagena, Colombia. Av Enferm [internet]. 2010; XXVIII (1):31-8. Disponible en: [http://www.enfermeria.unal.edu.co/revista/articulos/xxviii1\\_4.pdf](http://www.enfermeria.unal.edu.co/revista/articulos/xxviii1_4.pdf).
- Paniagua Freyle, Rosa y Otros. (2008). Metodología de la investigación. Fundamentos para trabajos de posgrado. Barranquilla: Uniautónoma.
- Romero-Ballén MN, Mesa-Melgarejo L, Galindo-Huertas S. Calidad de vida de las(os) profesionales de enfermería y sus consecuencias en el cuidado. Av Enferm. 2008; XXVI (2):50-70.
- Sentencia C-479 de 1992, 1992 Corte Constitucional.

Sentencia T 903 de 2.010 Corte Constitucional.

Sentencia C 593 de 2.014 Corte Constitucional.

Sentencia T 269 de 2.016 Corte Constitucional.

Súper Salud. IPS Privadas Análisis Financiero. Colombia: Súper Intendencia Nacional de  
Salud; 20102013

Sentencia T 029 de 2.016 Corte Constitucional

Consejo de Estado sentencia 00233-01 de 2.012.