TERCERIZACIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

EDGAR ANDRES ARRIETA CRESPO

UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA
HUMANIDADES

POGRAMA DE DERECHO

SANTA MARTA – COLOMBIA

2022

TERCERIZACIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

EDGAR ANDRES ARRIETA CRESPO

Monografía presentada como requisito esencial para optar por el título de Abogado

Línea de investigación:
Seguridad Social

Directora: TATIANA DE JESUS HERNANDEZ ANTEQUERA.
Abogada
Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social
Magister en Derecho

UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA
HUMANIDADES

POGRAMA DE DERECHO

SANTA MARTA – COLOMBIA

2022

Nota de aceptación:

Aprobado por el Consejo de Programa de derecho en cumplimiento de los requisitos exigidos por el Acuerdo Superior N° 11 de 2017 y Acuerdo Académico N° 41 de 2017 para optar al título de Abogado.

_____

Jurado

_____

Jurado

Santa Marta, ____ de ____de _____

Dedicatoria.

A LA UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA, por haber brindado la fabulosa oportunidad de recorrer sus aulas y aprender la noble profesión de la abogacía.

A MIS PADRES, por todo el amor y la fe que han depositado en mí y estar en los momentos más difíciles, por haberme enseñado los valores morales que debe tener todo persona, pero sobre todo por apoyarme de manera incondicional en este trayecto mi más profundo agradecimiento.

A DIOS. Por siembre permitirme gozar de buena salud y bendecirme con la gran familia que tengo.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su agradecimiento a:

A la Doctora TATIANA DE JESUS HERNANDEZ ANTEQUERA, Directora de la presente Investigación.

A la Doctora ANDREA CAROLINA ARIZA SANCHEZ, por su colaboración en la elaboración de la propuesta de investigación.

A todos los Directivos y Profesores de la Facultad.

RESUMEN.

Este trabajo tiene como finalidad abordar un tema bastante complejo como es el contrato de tercerización en el sector salud, pero desde una óptima más amena y tratando los aspectos básicos del mismo, el pasar unas funciones a un tercero para que este las efectué se denomina tercerización, este traspaso se realiza a través de un contrato que tiene una serie de características y su finalidad es que las funciones traspasadas al tercero sean más eficaces y óptimas.

La tercerización también es denominada outsourcing la complejidad antes mencionada radica en dos aspectos, siendo el primero una posible violación de los derechos fundamentales de los trabajadores respecto a su salario y a sus prestaciones sociales, el segundo aspecto tiene que ver si la finalidad del contrato se cumple es decir si realmente hay un aumento de la eficacia y la optimización de las funciones en otras palabras si se logra deslumbrar un aumento en la productividad.

PALABRAS CLAVES: tercerización, laboral, trabajadores, contrato, salud, riesgo, eficiencia.

ABSTRACT

The purpose of this work is to address a fairly complex issue such as the outsourcing contract in the health sector, but from a more pleasant optimum and dealing with the basic aspects of it, passing some functions to a third party so that they can be carried out is called outsourcing., this transfer is carried out through a contract that has a series of characteristics and its purpose is that the functions transferred to the third party are more efficient and optimal.

Outsourcing is also called outsourcing, the complexity mentioned above lies in two aspects, the first being a possible violation of the fundamental rights of workers regarding their salary and social benefits, the second aspect has to do with whether the purpose of the contract is fulfilled. say if there is really an increase in efficiency and optimization of functions in other words if it is possible to dazzle an increase in productivity.

KEY WORDS: outsourcing, labor, workers, contract, health, risk, efficiency.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN. 10

JUSTIFICACIÓN. 11

Objetivo General 12

Objetivos Específicos 12

MARCO REFERENCIAL. 13

MARCO TEÓRICO 13

MARCO JURÍDICO. 15

MARCO METODOLÓGICO. 17

1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN. 17

1.2 Método de recolección análisis documental de datos. 19

CAPITULO I: LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA 20

1.1 DEFINICION DE TERCERIZACIÓN. 20

1.1.2 Características. 21

1.1.3 T IPOS DE SUBCONTRATACIÓN. 24

1.2. MODALIDADES DE TERCERIZACIÒN 25

1.2.1. Las empresas de servicios temporales (EST) 25

1.2.2. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA): 28

1.2.3. Contrato Sindical: 31

1.2.4 Tercerización indirecta: 32

CAPITULO II: ANALISIS DE LA EVOLUCIÓN Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TERCERIZACIÓN EN COLOMBIA. (Legislación y jurisprudencia). 33

2.1 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 33

2.2 ANÁLISIS DEL DECRETO 583/2016. 38

Potestad reglamentaria – Problema constitucional. 38

Ambigüedad-Contradicción. 39

Termino problemático. 40

CAPITULO III TERCERIZACIÓN EN EL SERVICIO DE SALUD 41

TERCERIZACIÓN EN EL SECTOR DE LA SALUD EN COLOMBIA. 41

Estructura y cobertura del Sistema de Salud Colombiano. 41

2. Injerencia de la tercerización en el sector de seguridad social en salud. 43

JURISPRUDENCIA. 46

Sentencia C-171 de 2012. 46

Ventajas y desventajas del contrato de tercerización para las entidades prestadoras de salud. 48

Ventajas. 48

Desventajas. 48

4.CONCLUSIÓN. 49

Referencias 50

INTRODUCCIÓN.

En la actualidad uno de los mayores retos que afronta el sistema de salud es su financiamiento, lógicamente sin un buen financiamiento surgen una serie de problemas que desembocan en una afectación a la eficiencia y atención a los pacientes.

A partir de la ley (Ley 100, 1993) , por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, con el surgimiento de este nuevo sistema nace una nueva forma de entender la política pública en la década del 90. Esta nueva concepción surgió en el contexto de las reformas introducidas en América Latina en el marco de los lineamientos del Banco Mundial y del Consenso de Washington.

Lo fundamental de la (Ley 100, 1993) es que trajo consigo una serie de cambios en lo prestacional y en lo referente a quien debe ser el encargado, se desplazó al Estado como prestador y encargado de brindar el servicio de salud y se dispuso a que esta obligación pasara a ser administrada por entidades privadas que tuvieran un financiamiento estatal pero que estás se rigieran bajo el principio de costo-efectividad en la oferta de tecnologías en salud.

Surgieron las E.P.S (Empresas Promotoras de Salud) estos nuevos actores cuya característica principal es que eran empresas privadas asumiendo una función de articulación como una aseguradora, esta era su principal función sin embargo el propio engranaje del funcionamiento del sistema de salud las obligó a desarrollar otra función de intermediarias financieras, acoplaron varias funciones dentro de las cuales se encuentra administrar la prestación del servicio de salud, el recaudo, la auditoria y el flujo de recursos del sistema de salud.

Bajo este nuevo paradigma surgió una forma de contratación que arraigaba muchas bondades desde el aspecto económico y administrativo la tercerización, lo que se quiere

demostrar es si esta forma de contratación puede ser lo suficientemente eficaz para lograr los objetivos que tienen las E.P.S.

JUSTIFICACIÓN.

Los contratos de tercerización juegan un papel fundamental en la dinámica estructural interna en el Sistema De Seguridad Social En Salud, sobre todo en el aspecto que tiene que ver con la prestación de los servicios.

Como se ha mencionado las E.P.S tienen un problema de financiamiento que repercute en su capacidad para ofrecer un servicio de salud óptimo que pueda satisfacer a los usuarios y garantizar unas medidas adecuadas para tratar las diversas patologías que flagelan a los beneficiarios.

Bajo la óptica de esta realidad se hace necesario, la participación de un tercero o privado que funcione de enlace, en otras palabras, un contrato de tercerización.

Objetivo General

Establecer la importancia del modelo de tercerización en la prestación de los servicios de salud.

Objetivos Específicos

1) Identificar la estructura, naturaleza, concepción del contrato de tercerización dentro del marco jurídico que regula el Sistema de Seguridad Social en Salud.

2) Definir la normatividad y jurisprudencia vigente que es aplicable a los contratos de tercerización.

3) Analizar la injerencia que tienen los contratos de tercerización en la prestación del servicio de salud.

MARCO REFERENCIAL.

MARCO TEÓRICO

Tercerización: “Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes”. (Sentencia 00485 del 2017,Consejo de Estado)

Subcontratación para la producción de bienes y servicios:” La Organización Internacional Del Trabajo en adelante será llamada OIT define la aquella “mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos” (OIT, 1997)

Envío de trabajadores a terceros

“Con respecto a trabajadores, la OIT ha definido la subcontratación de mano de obra al expresar: el objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere”. (OIT, 1997)

La tercerización laboral y la contratación de prestación de servicios en las entidades públicas, particularmente en el Sector de la Salud y la Seguridad Social responde a una realidad social económica.

Las I.P.S Instituto Prestador De Salud “buscan diferentes estrategias costo-efectivas para el mejoramiento de la competitividad. La tendencia actual es la subcontratación, la cual, es un proceso económico en donde una IPS determinada mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas, a una empresa externa, por medio de un contrato para mejorar los

resultados que permiten realizar algunas actividades, procesos y servicios de una manera más eficiente y económica, permitiendo así a la institución enfocarse en procesos misionales".(Carolina Bernal Rincon, 2015, pág. 4)

Las relaciones laborales en Colombia claramente han sido progresivas, su progresividad y cambio esta dictado por realidades sociales y económicas, el sistema de contratación actual es bastante flexible para adaptarse a las condiciones propias del país.

Estos cambios o reformas han sido progresivos en la década de los 20 a 70 el estado era la principal fuente de empleo, él era el dueño de los medios de producción y había un centralismo político muy fuerte sumado a una legislación laboral cuyo objetivo principal fue la consolidación del contrato de trabajo.

Las tipologías contractuales en ese lapso de tiempo eran parecidas a las de la actualidad desde el aspecto formal miremos : El contrato a término fijo, este tipo contractual tenía una serie de características diferenciadoras del actual la principal era su carácter excepcional, la definición de este contrato era la siguiente: un trabajador debía desarrollar una actividad previamente definida en un lapso de tiempo establecido con antelación, a cambio de honorarios; un contrato a término indefinido para desarrollar una labor de manera indeterminada o hasta cuando, de común acuerdo, ambas partes decidieran terminarlo; y un contrato por duración de una obra o labor determinada en el que no existían plazos. En esa época, el derecho del trabajo era parte del desarrollo de la sociedad.

Con el gran fenómeno de la globalización y el surgimiento de las políticas liberales los medios de producción fueron pasando a empresas privadas y surgió el libre mercado que trajo consigo ciertos paradigmas como lo son la competitividad entre las empresas a la hora de ofrecer un determinado producto o servicio, las condiciones laborales que repercutían en el costo final del producto o servicio.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

Bajo estas nuevas condiciones emergieron formas de contratación alternas como el outsourcing también llamado tercerización de las relaciones laborales.

MARCO JURÍDICO.

La (Constitucion Politica , 1991), “al tenor de su artículo 209 establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

La (Ley 100, 1993) por la cual se establece una legislación totalmente nueva sobre la óptica de la Seguridad Social para Colombia, trayendo una serie de reformas al sector de la Salud que se consolido en 3 aspectos fundamentales :

1) Un proceso de desmonopolización de la seguridad social en salud para los trabajadores del sector privado al brindarle a todos los asalariados la opción de elegir la entidad que les preste el servicio de salud; es decir abrir el mercado y otorgar un ambiente de competencia entre las E.P.S para que a través de brindar un mejor servicio logren atraer más usuarios.

2) Consolidación del libre mercado al establecer que agentes del sector privado pueden entrar, crear y ofrecer el servicio de salud cumpliendo con todos los requisitos legales y técnicos correspondientes, Sector que hasta entonces estaba en cabeza del Estado a través de los Seguros Sociales.

3) La creación del modelo del sector subsidiado este se crea como respuesta a la coyuntura de que hay un sector poblacional que carece de la capacidad económica para afiliarse a una E.P.S, con la finalidad de dar estabilidad económica y dotar de recursos se diseñó el Fondo de Solidaridad y Garantía.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

La (Sentencia , Consejo De Estado 00485, 2017), la cual establece y abre la puerta a que las E.S.E pueden desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o la celebración de convenios a través de terceros, esta sentencia cobra una gran importancia ya que una alta corte no solo emite un pronunciamiento sino que además brinda una seguridad jurídica a este sistema de contratación que fue vilipendiado, esta sentencia denota un camino para realizar y ejecutar este tipo de contratación.

(La Circulares No 066 y 067 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud) Mediante la cual se emitieron una serie de directrices a las E.P.S En lo que tiene que ver con la contratación de terceros para la prestación de servicios de salud además de pasar a establecer que se entiende por el aseguramiento en el sector salud ; de lo antes expuesto se denota para la investigación que se está llevando a cabo que el fin de las mencionadas circulares tienen como finalidad construir una serie de puntos que tanto la E.P.S como la entidad contratante para la prestación del servicio se encuentran en la obligación de incumplir so pena de abstenerse a las posibles sanciones que la Superintendencia Nacional de Salud les impusiera.

(Sentencia C-171 De 2012) La cual establece la potestad que otorga a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, desarrollando esta tipología contractual siempre que se cumplan una serie de requisitos, el primero de estos requisitos versa sobre las funciones que se pueden trasladar los trabajadores de la empresa contratada, las funciones no pueden ser permanentes, además también es permitido cuando haya necesidad de cierto personal con cocimientos especializados o específicos. De tal manera que el modelo de contratación que manejan las Empresas Sociales del Estado está sujeto a una serie de requisitos que garantizan el cumplimiento de principios constitucionales, legales sobre esta clase de participación de particulares en la prestación de los servicios púbico que para el caso en particular es el derecho a la Salud la cual es prestada por las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud IPS.

MARCO METODOLÓGICO.

1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Toda investigación requiere ser fundamentada por bases epistemológicas, lo cual implica la implementación de una estructura lógica que dé cabida al proceso de sistematización que permita su elaboración y posterior análisis que tiene que partir de la base de comprender y entender la cosmovisión intrínseca de la investigación. En aras a conseguir esto la ciencia nos dota de herramientas lógicas que han permitido construir postulados y a partir de esos postulados llegar a una comprensión mucho más grande, incluso de eventos sacar conclusiones que pueden ser aplicadas a circunstancias similares, de esto se desprende la importancia de consolidar fuertes bases epistemológicas para que sirvan de brújula en el trayecto de creación o redescubrimiento de nuevos y viejos postulados lógicos.

El objeto de estudio tratado es una realidad social que aborda un aspecto de económico y un aspecto normativo o legal. Es entender la tercerización dentro del sistema de seguridad social en salud.

Que a pesar de ser un tema que en primera instancia podría considerarse abstracto-teórico en realidad tiene un impacto social grande que repercute en la vida cotidiana de las personas, además de un impacto económico igual de grande a resaltar las deficiencias de ciertos modelos de Administración y gestión económica.

La estructura sistemática que otorga la base epistemológica para esta investigación tomando como base los postulados que se definieron en la investigación es la teoría

tridimensionalista del derecho esta teoría establece tres conceptos esenciales hecho, valor y norma.

Bajo el espectro de esta Teoría El derecho tiene tres facetas que están intrínsecamente unidos: Hecho, valor y norma son los tres aspectos esenciales de la experiencia jurídica. En toda realidad jurídica hallamos siempre la presencia del hecho, del valor y de la norma, elementos intrínsecamente inseparables. El hecho, que tiene lugar en el espacio y en el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma. En todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, el hecho de una energía espiritual que, imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como norma (Siches & Reale, 1963)

Es esta basa epistemológica lo que me permite establecer que la triada de hechos, valores y norma sufrió una transformación con la aparición de la (Ley 100, 1993) la cual trae un cambio en el sistema de salud con la aparición de un nuevo actor las E.P.S ya que están toma una obligación que hasta ese momento histórico era estatal para pasar a ser particulares.

HECHO: Irrupción de la (Ley 100, 1993) que trae consigo cambios estructurales que afectan al conglomerado social.

VALOR: los principios axiológicos intrínsecos al entramado normativo que compone la (Ley 100, 1993) y que sirve de brújula moral para dar aplicación a sus supuestos de derecho.

NORMA: La (Ley 100, 1993).

Ora entonces, se puede deslumbrar a través de esta metodología el impacto que tiene la implementación de una nueva legislación, para la población ya que toca tres aspectos relevantes como lo son: el Sector Salud, Pensiones, Riesgos Laborales.

1.2 Método de recolección análisis documental de datos.

En la presente investigación se utilizó la técnica de análisis documental, la cual es entendida como aquella en la que, a través de unos métodos y técnicas de búsqueda, procesamiento, recolección y almacenamiento de todo tipo de información que se encuentre contenida en documentos escritos o web, todo esto claro como primera instancia, ya en la segunda instancia hablamos del producto obtenido de esa labor de obtener información y es la presentación que debe tener como características generales la sistematización , la coherente y debe estar sumamente bien argumentada para poder dar como resultado de todo nueva información contenida en un documento científico.

Principalmente por el objeto de estudio de la investigación que es abstracto-Teórica debido a que su naturaleza es entender la tercerización dentro del Sistema de Seguridad Social, es documental en atención a que toda la información recopilada en el marco teórico que sirve de base ideológica y sustento está formado por una recolección de información de carácter documental que consta de Jurisprudencia, Leyes, Documentos y Monografías para de esta forma entender lo que es la TERCERIZACIÓN y su impacto en el sector salud a través de toda esta información se llegó a una serie de conclusiones que son explayadas en el presente trabajo, cuyo es propósito cumplir los objetivos secundarios para lograr de esa forma dar total cumplimiento al objetivo principal de este trabajo.

CAPITULO I: LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA

1.1 DEFINICION DE TERCERIZACIÓN.

El término outsourcing, también conocido como tercerización, hace referencia al proceso que ocurre cuando una empresa denomina usuaria contrata a otra empresa proveedora para transferirle determinados procesos u actividad y servicios que tendrá como objetivo un incremento o eficacia en la producción, Las empresas emplean el servicio de outsourcing con la finalidad de bajar los costos, generar un crecimiento en la productividad y la eficiencia y enfocarse en los puntos cruciales de su proceso de producción u ofrecimiento de servicio para obtener un mejor dominio y consolidación de sus productos o servicios en el mercado.

Tomando esto en consideración se podría realizar una pequeña conclusión y es que el outsourcing es un proceso de contratación de un tercero cuya finalidad es abarcar la mayor cantidad de áreas dentro de una empresa, sin embargo, debido a disposiciones legales hoy en día se encargan principalmente del sector de recursos humanos: esto abarca desde el manejo de nómina, atención al cliente, contabilidad, telemarketing, diseño gráfico, generación de contenido, manufactura e ingeniería. Por regla general y normativa, la tercerización se deba dar en actividades que no guarden ninguna relación con la actividad principal de la compañía.

El outsourcing básicamente consta de brindar lo que se consideraría servicios de apoyo, estos servicios los ofrecen empresas privadas, asociaciones, cooperativas o temporales cuya finalidad seria encargarse de tercerizar la prestación que requiere la empresa.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Reunión 86ª, Junio 1998.) “trabajo en régimen de subcontratación» como aquel trabajo

realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”

La tercerización laboral será ilegal siempre que se manifiesten los siguientes elementos:

1) Vinculación de personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes de la empresa usuaria.

2) Vinculación de personal a través de formas que resulten en violación de derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

1.1.2 Características.

La tercerización es un fenómeno surgido a partir de la globalización y como respuesta a una serie de disyuntivas, una herramienta cuya finalidad es el aumento de la producción en una empresa y lograr una mayor flexibilidad laboral, a partir de la década de los 90, su implementación en el sector empresarial Colombiano ha ido a mayor este tipología de contratación a tenido como finalidad un mejor desarrollo contractual y de prestación de servicios de las empresas y de sus servicios de apoyos, por eso es importante tener en cuenta su significado y características:

El artículo 1501 del (Codigo Civil Colombiano), es aplicable al contrato de outsourcing por remisión expresa del artículo 822 del (Codigo de Comercio) colombiano, estipula textualmente: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas,

sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales."

Dentro de tal contexto, podemos decir que los elementos esenciales de este contrato son:

1.Las partes: involucradas en el contrato de outsourcing son "cliente" o "usuario" y el "proveedor" u "outsourcer", como entidades jurídicas diferenciadas. (Tigre, 2009, pág. 25) Bajo este esquema podemos interpretar que existen dos partes en la relación contractual el "cliente" o "usuario" que será el ente jurídico que después de hacer un análisis de sus necesidades y fortalezas pasara a establecer aquellos servicios o áreas destinadas a la producción también llamadas áreas funcionales que serán las que subcontrataran. el "proveedor" u "outsourcer", mientras tanto, es la empresa que aparece como prestadora del servicio o encargada de la determinada área de producción o funcional.

2.El objeto: el objeto sobre el cual recae este contrato son los servicios, cometidos o áreas funcionales u áreas de producción que la empresa "cliente o usuario" subcontratará o externalizará al "proveedor u outsourcer"." Dichos servicios, cometidos o áreas funcionales son aquellos que no se consideren claves para el negocio central de la empresa cliente o usuaria o no formen parte de su core business". (SCHNEIDER & Ben, 2004, pág. 34)

Bajo la premisa expuesta se plantea una duda y al mismo tiempo una limitación acerca de los servicios o ares funcionales que se pueden subcontratar o externalizar y esto es una característica muy importante de este contrato y tiene que ver con el concepto de core business.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

Se entiende por core business que “son todas aquellas actividades, habilidades o conocimientos que forman el negocio central de la empresa y en las que se tiene ventaja comparativa respecto a la competencia”. (RETIS AMAYA & MANUEL, 2003, pág. 10)

En concordancia con lo antes expuesto un “cliente o usuario” no podría subcontratar a una empresa prestadora del servicio para que se encargue de alguna de las actividades que hacen parte del core business. Esto toma mucha importancia a la hora del análisis que tiene que hacer el “cliente o usuario” para poder determinar qué áreas o servicios puede extender.

“Así las cosas, el outsourcing es un contrato que se puede extender, entre otras muchas actividades, a la subcontratación de las siguientes áreas de servicios: Recursos humanos, Sistemas informáticos, Tecnologías de la información, Producción, diseño y desarrollo de productos, funciones administrativo-financieras, auditorias, asesorías jurídicas y contables, logística, marketing, gestión de 84 procesamiento de cuentas (Catering), servicios de correo, gestión de la relación con los clientes (call center y telemarketing), gestión de documentos, gestión gráfica y de diseño, relaciones públicas, servicios de seguridad, servicios de limpieza, etc..” (Suarez, 2013)

3. El precio: al tener el contrato de outsourcing una naturaleza comercial, el precio es un elemento esencial de este contrato, y al ser esencial en caso de falta de presión no podría existir contrato de outsourcing o podría degenerar en otro. Un contrato no es más que un acuerdo de voluntades y las partes tendrán plena autonomía para deliberar y determinar el monto que se pagara por la actividad, la estipulación y la forma del pago.

4. El plazo de duración del contrato: la regla general determina por plazo el lapso de tiempo en el cual el contrato tiene validez y resulta efectivo además de imponer a las partes del mismo el cumplimiento de sus obligaciones, una vez más el acuerdo de voluntades juega un papel fundamental a la hora de determinar el lapso de tiempo de duración de este contrato.

5. Principal: “Puesto que el contrato de outsourcing existe sin la presencia o coadyuvancia de otro contrato o convención. Por consiguiente, el outsourcing es un contrato que existe por sí mismo, no necesita de ningún otro convenio u obligación para su subsistencia”. (Suarez, 2013)

6. Innominado y atípico: En razón a que en Colombia esta tipología contractual no se encuentra consagrada en la legislación civil o mercantil por tanto no forma parte del ordenamiento jurídico desde el punto de vista del derecho positivo.

7. Bilateral: Con fundamento en que crea obligaciones reciprocas entre las partes.

8. De ejecución sucesiva: En concordancia con lo antes expuesto este contrato tiene un lapso de tiempo en el cual las partes adquieren obligaciones reciprocas en el tiempo que se estableció en el contrato.

9. **Oneroso:** el precio es un elemento esencial del contrato y es la contraprestación a cambio del servicio, por tanto, es un contrato en el cual existe una real expectativa de lucro económico por ambas partes.

1.1.3 T IPOS DE SUBCONTRATACIÓN.

La OIT particularmente, diferencia la existencia de dos tipos de subcontratación: la referente a la producción de bienes o a la prestación de determinado servicio y la referente a la mano de obra del personal que se contrata.

1.1.1 La subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de determinado servicio corresponde a la situación en que “una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.” “Este tipo de subcontratación se

presenta cuando la empresa usuaria decide dejar de desarrollar por sí misma una producción de un bien específico o una prestación de servicio determinado que haría parte de su propia red de actividades, para que la asuma o desarrolle una empresa ajena, que realizará la actividad con sus propios recursos y sus propios trabajadores.." (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Reunión 86ª, Junio 1998.)

1.1.2. La subcontratación de mano de obra se presenta cuando "el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (…) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere". (OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, Reunión 86ª, Junio 1998., 1998).

1.2. MODALIDADES DE TERCERIZACIÒN

En marco jurídico Colombia, solo existen tres modalidades a través de las cuales se realiza tercerización de mano de obra, que se acomodan a los presupuestos expuestos anteriormente y cumplen con todas las características de la figura misma. Estas tres formas de tercerización de mano de obra son: las cooperativas de trabajo asociado, las empresas de servicios temporales y el contrato sindical.

1.2.1. Las empresas de servicios temporales (EST)

Según lo establece el (Decreto 4369 de 2006) el cual define a las empresas de servicios temporales también conocidas por las siguientes siglas EST "Son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales,

contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador.”

De lo anterior se pude desprender unos ciertos aspectos que resultan de suma importancia para comprender la figura de las EST. Primero el tipo de relación laboral que se origina de esta figura, la relación laboral que se presenta en esta figura es entre la EST y el trabajador que va a prestar sus servicios en la empresa usuaria, por lo tanto, es menester establecer la posición de la EST la cual pasara a ser la encargada de la totalidad de las obligaciones que se originan como resultado de la relación laboral con los trabajadores y por consiguiente adquiere la obligación el pago del salario, la seguridad social y demás prestaciones sociales de los mismos. Entonces esto nos lleva a otro aspecto de suma relevancia, la relación que existe entre la EST y la empresa usuaria, lo que existe entre estas dos es un contrato de prestación de servicios, mas no un contrato laboral y como consecuencia de ese vínculo jurídico la empresa usuaria no tiene ningún tipo de obligación laboral directa con los trabajadores de la EST.

Sin embargo, según lo consagrado en el artículo 13 del (Decreto 4369 de 2006, 2006)que reglamenta esta figura, la empresa usuaria es la encargada del control y vigilancia de los pagos mencionados anteriormente, todo esto parte de la obligación que tiene la Empresa de Servicios Temporales de enviar las constancias de pago de los aportes a la seguridad social de los trabajadores en misión a la empresa usuaria, esta última estaría en la obligación de reportar al Ministerio de Protección Social cualquier inconsistencia, de lo contrario serán solidariamente responsables.

Dentro de las EST existen dos clases de trabajadores: los de planta y los trabajadores en misión. Los trabajadores de planta son aquellos que prestan sus servicios para la empresa de servicios temporales, como, por ejemplo: el gerente, la secretaria, el mensajero, entre otros y, por el contrario, los trabajadores en misión son aquellos que son enviados a cumplir con los

servicios o tareas contratadas por la empresa usuaria, y dichas funciones deben prestarse dentro de las instalaciones de la misma.

Como lo establece el artículo 6 del (Decreto 4369 de 2006, 2006) , para que una EST pueda enviar trabajadores en misión a la empresa usuaria, se deben cumplir los siguientes requisitos :

1). Los trabajadores en misión se contraten con la finalidad de realizar actividades transitorias, accidentales u ocasionales.

2). Los trabajadores en misión se contraten para remplazar personal de la empresa usuaria que se encuentra en licencia, incapacidad o periodo de vacaciones.

3) . Los trabajadores en misión se contraten en periodos de picos productivos, es decir, cuando se presenten incrementos en la producción, épocas de cosecha, entre otras.

Adquiere mucha importancia, el establecer que los trabajadores en misión tienen el derecho a un salario mínimo mensual vigente o un salario ordinario que por obligación tiene que ser equivalente al que, devengado por los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen las mismas funciones, al igual que los demás derechos laborales consagrados en la ley, además,

En este tema, el (Codigo Sustantivo del Trabajo)determina: “Artículo 6o. Trabajo Ocasional. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador”.

Tendrán derecho a los beneficios que se ofrezcan en la empresa usuaria en materia de transporte, alimentación y recreación, según lo establecido en el artículo 5 del (Decreto 4369 de 2006) , a contrario sensu no tienen derecho a los beneficios extralegales de la empresa

usuaria. Debido a esto, la subcontratación de los trabajadores en misión puede ser más económica para la empresa usuaria, ya que al respetarse lo que establece el artículo antes mencionado, los demás beneficios laborales no deben pagarse obligatoriamente, sino que su pago es decisión de la empresa usuaria.

Por último, cabe aclarar que únicamente en el tercer caso expuesto con antelación, es decir, en el evento de que una empresa contrate nuevo personal debido a picos productivos, el contrato que existe entre la EST y la empresa usuaria debe ser estipulado por 6 meses, los cuales pueden ser prorrogables por otros 6 meses, con una extensión máxima de un año por la realización de una misma actividad dentro de la empresa beneficiaria.

1.2.2. Las Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA):

Esta figura se puede definir como una entidad sin ánimo de lucro, es menester decir que este tipo de entidades su principal característica es la asociación de personas naturales y cuyo aporte es su fuerza de trabajo, en aras de generar una producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de un determinado servicio en específico, con la finalidad de ofrecer ese aporto de trabajo de los asociados como mano de abra a terceros. Hay que especificar un tema fundamental en esta figura y es la vinculación que puede existir entro los llamados asociados y la cooperativa a comienzos del párrafo se dijo que estos aportan trabajo y cambio de esto reciben la posibilidad de unirse a la cooperativa entonces estamos hablando de una vinculación o relación muy particular, pero bajo ninguna circunstancia se podría definir esta relación como laboral, lo que surge entre la cooperativa y la persona natural es un vínculo de naturaleza cooperativa, el cual se da libre y autónomamente.

Las CTA están regidas principalmente por: la (Ley 79 de 1988), el (Decreto 4588 de 2006), la (Ley 1233 de 2008), entre otras.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

Anteriormente, la Ley de Cooperativas excluía a estas entidades de la aplicación del (Codigo Sustantivo del Trabajo) , dando como resultado, una vulneración a los derechos fundamentales de los trabajadores, es decir antes de que se aplicara el (Codigo Sustantivo del Trabajo) el régimen que regía en lo laboral y prestacional a estos llamados trabajadores asociados era el siguiente, ellos a través de los estatutos definían su propio régimen laboral y prestacional, esto tuvo una consecuencia muy grave y es que hubo un abuso en esta figura generando que los trabajadores por la necesidad de conseguir trabajo producto de la situación económica accedieran a salarios por debajo del mínimo e incluso obtenerse de prestaciones sociales, esto en el aspecto netamente económico trajo una consecuencia y es que ciertas empresas obteniendo una forma más económica de contratar mano de obra.

En la actualidad , con base en la vulneración que sufrían los trabajadores en sus derechos, especialmente en el tema pensional ya que esta figura no concibe realizar aportes a un fondo de pensión, se generó la imperiosa necesidad de que el estado actuara para a través de regulación de ciertos aspectos se diera cobijo y protección a los derechos de los asociados por medio del (Decreto 4588 de 2006). “Que en su artículo 25, estableció que todas las sumas de dinero que reciban los asociados como contraprestación a la ejecución de una actividad no pasaran a constituir salario, esto se fundamenta en que no existe un vínculo laboral entre la cooperativa y el trabajador asociado” , esto se hace con la finalidad de comprender la naturaleza de la figura a inicios del capítulo dijimos que las cooperativas son una entidad sin ánimo de lucro y que para ser asociado tienes que dar como aporte tu trabajo, por tanto la cooperativas tiene como finalidad dar empleo a los asociados pero no de forma directa sino indirectamente esto significa la cooperativa no te contrata si no que ofrece tu servicio a un tercero y como contraprestación a al dar tu servicio recibirás una suma de dinero. Bajo esta óptica se pueden mantener este tipo de entidades dentro del ordenamiento jurídico sin que su existencia constituya una violación a la legislación laboral.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

En el anterior párrafo se tocó el tema de la suma de dinero que recibe el asociado por ofrecer su servicio o realizar una determinada actividad. Se establece que bajo ninguna circunstancia esa contraprestación constituirá salario, ¿entonces que sería? Esta pregunta la viene a responder la (Ley 1233 de 2008) que las denomina Compensaciones además en su artículo 3, estableció que estas compensaciones nunca podrán ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente de esta manera se blinda al trabajador asociado y lo pone en igualdad con cualquier trabajador ordinario.

De la misma forma, en el artículo 6 de la ley, se estableció una las mejores garantías y que más blindan al trabajador y es su aspecto pensional, ¿quién se encarga de afiliarlos al sistema de seguridad social en pensión y del pago de los aportes? La respuesta a esta incógnita es que las Cooperativas y Pre Cooperativas de Trabajo Asociado serán las responsables, todo esto, teniendo en cuenta las disposiciones legales sobre los trabajadores dependientes.

Otra aspecto importante que fue regulado en aras de brindar protección al trabajador asociado, fue debido al abuso de las CTA ya que estas actuaban como intermediarios laborales ¿pero que es intermediación laboral?, es el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades, por tanto el artículo 17 del Decreto 4588 del 2006, prohibió de manera tajante que las CTA actuaran como intermediadoras laborales o como empresas de servicios temporales, en otras palabras , una CTA bajo ningún concepto puede enviar trabajadores asociados a que cumplan o ejerzan actividades o servicios bajo misión, ni mucho menos a través de contratos con S.A.S. (Sociedades por Acciones Simplificadas), Solamente pueden enviarse trabajadores asociados de la CTA a realizar actividades o servicios que no hagan parte de los considerados como actividades misionales.

Por último, es menester recalcar el tema del vínculo laboral que, debido a su inexistencia, no existe el deber de pagar las debidas prestaciones sociales ni vacaciones.

1.2.3. Contrato Sindical:

El fundamento legal de la figura del contrato sindical está consagrado en los (Decreto 1429 de 2010), (Decreto 1072 de 2015) y (Decreto 036 de 2016) y en los artículos 482, 483, 484 (Codigo Sustantivo del Trabajo).

Es menester encausarnos en la definición que se encuentra consagrada en él (Decreto 1429 de 2010), “el decreto establece que se debe entender como contrato sindical el que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores para la prestación de determinados servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados”.

Este contrato, debe cumplir con una serie de requisitos para que tenga validez, el primero de estos es que debe ser por escrito y, otro elemento fundamental es que el sindicato debe existir previamente, con no menos de 6 meses de anterioridad en su conformación. Esto resulta lógico ya que sería una completa desfachatez, que hubiera el caso de un contrato sindical antes de la existencia del propio sindicato, esto claramente se prestaría para un posible caso de corrupción o intereses detrás de la conformación del sindicato. El segundo requisito es la aprobación del contrato en la asamblea de afiliados y, el último requisito, es que el sindicato cuente con la infraestructura adecuada y tenga la capacidad administrativa además de tener la solvencia económica y la estabilidad financiera para poder prestar los servicios, ejecutar las obras contratadas y cumplir con las obligaciones legales.

Las últimas frases del anterior párrafo, hacen referencia a que el sindicato tiene la obligación legal de ser el encargado de gestionar todas esas obligaciones que surgen del

contrato sindical como contraprestaciones es decir el sindicato es el que se encarga del pago de honorarios y además de la afiliación a la seguridad social de sus trabajadores.

Con lo antes expuesto se pueden llegar a ciertas conclusiones respecto a esta figura la **i)** es que la finalidad del contrato sindical no es otra que generar mayores recursos para sus afiliados y con esto promover el bienestar social. **ii)** Esta sociedad es súper proteccionista en lo referente al patrimonio personal de los socios, ya que únicamente responden hasta el monto de su aporte. **iii)** que no hay lugar a la existencia de algún vínculo laboral, entre el grupo de personas que se encuentran afiliadas al sindicato y el sindicato, además tampoco existe vínculo laboral entre las personas afiliadas al sindicato que están ejecutando el contrato y la empresa usuaria.

Es menester hacer hincapié en un aspecto también muy importante y es la prestación del servicio, prestación que se definirá en el contrato sindical, entonces la duda surge es una vez definida la prestación quieres prestarán el servicio, el sindicato prestara el servicio a través de sus afiliados, pero no serán todos los afiliados si no aquellos que de manera específica se vincularan para la ejecución del contrato. Por lo tanto, debe diferenciarse entre los afiliados al sindicato que hacen parte de la empresa con los afiliados participes que son quienes ejecutan el contrato sindical.

1.2.4 Tercerización indirecta:

Es menester mencionar la existencia de una forma de tercerización más escondida u oculta, esta forma se realiza a través de contratos civiles, como contratos de suministro, contrato de comodato o un contrato de prestación de servicio. Sin embargo, hay recalcar que para algunos doctrinantes y estudiosos estas no son formas de tercerización si no simplemente son contratos que existen dentro del ordenamiento jurídico y que en ningún momento ponen en

vulneración los derechos de los trabajadores, además el artículo 34 del (Codigo Sustantivo del Trabajo), “es decir, la empresa contratante se vuelve solidariamente responsable por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores de la empresa contratista, a menos que se trate de labores ajenas a las actividades normales de su empresa o negocio”.

CAPITULO ll: ANALISIS DE LA EVOLUCIÓN Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TERCERIZACIÓN EN COLOMBIA. (Legislación y jurisprudencia).

2.1 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

El fenómeno de la tercerización fue producto de un boom empresarial en los comienzos de la década de los 90 y con una base en las nuevas ideas laborales propias de ese tiempo, por tanto, la legislación laboral colombiana de ese entonces no abordaba este fenómeno y la estructura clásica del contrato de trabajo, además de cómo se concebía una relación laboral en ese momento puntual no respondía de manera adecuada al nuevo fenómeno que se manifestaba.

Este fenómeno ha ido obteniendo una eficaz respuesta de parte del legislativo a través de leyes y de una serie de decretos que han buscado solución a algunos problemas derivados de la tercerización laboral, o bien para dar una respuesta a profundidad de si existe o no existe una vulneración a los derechos de los trabajadores.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

Son los siguientes

(Ley 50 de 1990), “las empresas temporales se definen como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros para colaborar de manera temporal en sus actividades, a través de personas naturales contratadas directamente por esta empresa, la cual cuenta con el carácter de empleadora respecto a estas personas, regula de manera clara el servicio temporal al disponer de los trabajadores para una misión a un tercero beneficiario del servicio, el cual recibe una autoridad delegada para ejercer su mando frente al trabajador, conservando la empresa de servicios temporales el carácter de verdadero empleador”.

Las cooperativas de trabajo asociado reguladas por la (Ley de 79 de 1988) y el (Decreto 468 de 1990), el sistema de estas nuevas formas de asociación es que los trabajadores o los usuarios, según el caso, sean de manera simultánea los gestores y aportantes de la empresa, esta es la idea principal de esta nueva forma asociación creada con la finalidad de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Es así que las Compañías de Trabajadores Asociados, Constituyen una forma de Tercerización u outsourcing, su funcionamiento es el siguiente el usuario contratante recibe como resultado final el fruto del trabajo autónomo e independiente de los cooperadores o asociados en su propia empresa en donde están comprometidos en el funcionamiento, organización y desarrollo de la actividad, en forma autónoma.

La (Ley 1429 de 2010), esta como una ley marco que tiene como objetivo la formalización y generación del empleo, esto con miras a lograr un incremento en el surgimiento de pequeñas y medianas empresas, incentivando su creación a través de un programa de microcréditos y programas que buscan crear desarrollo empresarial además de una serie de beneficios tributarios dentro de los que destacan un impuesto sobre la renta progresivo

comenzando en %0 y aumento el porcentaje según el tiempo trascurrido , y la progresividad se extiende a al pago de parafiscales, impuesto de industria y comercio y otros beneficios tributarios.

En la (Circular N° 067 expedida por la superintendencia Nacional de Salud en diciembre del 2010), La cual versa sobres las formas de asociación y alianzas estratégicas con la finalidad de prestar servicios de salud, el fundamento lo recoge de los preceptos de que la reforma de la salud en Colombia trae consigo un mejoramiento y ampliación del servicio que diera cobertura a una mayor cantidad de población, bajo esta premisa se determina que terceros puedan prestar el servicio o apoyar en la realización de actividades específicas en aras de mejorar la eficacia y la eficiencia además de mejorar la capacidad financiera.

Un ejemplo de esto lo encontramos en las IPS que al carecer de la experiencia y capacidad para la prestación de los servicios de apoyo como alimentación, aseo y sostenimiento, lavandería, seguridad y vigilancia, estas, han optado por utilizar la tercerización como un mecanismo para que estos servicios sean prestados de la manera más óptima y eficiente y no genere ningún insatisfacción al usuario, bajo esta óptica podemos observar una de las bondades de la tercerización, claramente se pueden presentar algunas desventajas de este mecanismo de administración o delegación de servicios , el principal tendrían que ver con la calidad para esto muchas IPS han optado por implementar herramientas de evaluación y control con la finalidad de dar un constante y férreo seguimiento a estos servicios complementarios.

El (Decreto 4691 del 20 de diciembre de 2011), “por medio de la cual se reglamentan las condiciones y requisitos del Programa de Empleo de Emergencia. Esta ley trae consigo una nueva concepción del legislador respecto a un nuevo concepto relacionado directamente con el outsourcing, cual es el empleo emergente o de emergencia”.

(Decreto 0664 del 1 de abril de 2013). “A través del cual surge la normativa respecto a el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos llamado por su sigla BEPS. El legislador también se pronunció respecto de los derechos y beneficios de que debe gozar el trabajador en Colombia, sea subcontratado o no, con miras a lo que en el futuro sería un marco de beneficios laborales”.

El (Decreto 0721 del 15 de abril de 2013). Por medio del cual se reglamenta el numeral 4° del artículo 7° de la (Ley 21 de 1982) **“**y se regula la afiliación de los trabajadores del servicio doméstico al Sistema de Compensación Familiar. Cuando hicieron aparición las primeras formas de outsourcing en Colombia, unas de las empresas que se acogieron a dicha figura fueron las de servicios generales y aseo doméstico”. Este fue un gran paso de parte del legislador para evitar una consecuencia negativa de la tercerización y asegurar o salvaguardar los derechos de un sector de trabajadores que hasta ese momento se encontraban de una situación de desamparo en la cual sus derechos laborales estaban siendo vilipendiados y machacados.

(Decreto 0722 del 15 de abril de 2013) **.** Por medio de cual se reglamenta la prestación del Servicio Público de Empleo, se conforma la red de operadores del Servicio Público de Empleo y se reglamenta la actividad de intermediación laboral. Bajo la modalidad entitativa de las bolsas de empleo, este decreto surge de una coyuntura muy específica que tiene que ver con el surgimiento y proliferación de las bolsas de empleo que en sus inicios fueron entidades corruptas que se aprovechaban de la falta de empleo de los sectores populares de la sociedad para explotarlos a través de contratos y condiciones deplorables. Esto marca el inicio de una nueva forma de intermediación laboral y empieza a ser desarrollado y reglamentado en términos de aplicación jurídica e implementación.

(Decreto 2616 del 20 de noviembre de 2013) “establece la regulación de la cotización a seguridad social para trabajadores dependientes que laboran por períodos inferiores a un mes,

se desarrolla el mecanismo financiero y operativo de que trata el artículo 172 de la Ley 1450 de 2011 y se dictan disposiciones tendientes a lograr la formalización laboral de los trabajadores informales" (Triana, 2015, pág. 41)

(Decreto 135 del 31 de enero de 2014)**.** "a través del cual se abre la puerta para que los trabajadores independientes y de salario integral puedan gozar del beneficio de las cesantías y se cree un ambiente de equilibrio y equidad respecto a los at trabajadores en general sin importar su vínculo laboral , esto se logra consolidando el Mecanismo de Protección al Cesante medio por el cual se desarrolla el esquema de ahorro de cesantías, entonces los trabajadores independientes podrán afiliarse siempre que cumplan los requisitos del presente decreto a cualquier fondo de administración de cesantías, además el propio decreto en su artículo 10 el monto del ahorro y el benéfico del mismo, Este decreto tiene un peso muy importante dentro de la legislación laboral y en el aspecto de las empresas tipo outsourcing consigue que los trabajadores de las mismas estén en igual de condiciones respecto a un trabajador que su vinculación laboral sea un contrato de trabajo, claramente esto desde el aspecto de las cesantías.

El (Decreto 1047 del 4 de junio de 2014)**.** La importancia de este decreto en la salvaguardia y protección de los derechos laborales de un grupo de trabajadores es simplemente grandísimo y es que por mucho tiempo empresas de transporte se camuflaban como empresas de servicios temporales o como intermediaciones laborales precisamente para no tener obligaciones respecto a la seguridad social, de lo antes expuesto ya se puede vislumbrar que el decreto trae consigo la responsabilidad que tienen estas empresas de transportes con sus trabajadores en el caso partículas transporte terrestre, Servicio de taxi, la obligación de afiliarlos al sistema de seguridad social en sus tres aspectos pensiones, salud y riesgos laborales.

2.2 ANÁLISIS DEL DECRETO 583/2016.

En este punto en concreto se analizará un decreto que fue suspendido, muchos se preguntaran entonces por que dedicarle análisis a algo que fue suspendido y no forma parte del ordenamiento jurídico que regula el tema de la tercerización la razón fundamental es que se pueden sacar conclusiones muy interesantes de por qué se dio la suspensión del citado decreto.

Es menester decir que el decreto peca de ser ambiguo en muchos aspectos además de tener un montón de contradicciones y tal vez su aspecto más importante la potestad reglamentaria es un abuso.

Potestad reglamentaria – Problema constitucional.

Artículo 189 numeral 11 de la (Constitucion Politica , 1991)**, "**el presidente de la república está facultado a expedir decretos reglamentarios necesarios para la ejecución o cumplimiento de una determinada ley, es importante tener claro cuáles son los límites de esta potestad constitucional que se le otorga".

Como bien la define Jorge Enrique Ibáñez Najar "el ejercicio de la potestad reglamentaria tiene por objeto dictar las normas complementarias necesarias para la cumplida ejecución de una regulación. Por ello el acto reglamentario es un acto complementario de la regulación y no una creación originaria como ésta." 21

Siguiendo esta definición, la Corte Constitucional en **la** (Sentencia C-028 de 1997) ha sostenido que: "esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la

Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador".

Igualmente, en (Sentencia C-302 de 1999), se establecen los límites de dicha facultad: "que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella."

Claramente después de este corto, pero preciso análisis constitucional se llega a la conclusión que el presidente de la república de Colombia rebasa los límites constitucionales al regular el artículo 63 de la (Ley 1429 de 2010), estableció definiciones de conceptos que no se encontraban dentro del marco legal como el de "actividad misional permanente" o el de "beneficiario y proveedor"

Esto constituye una flagrante trasgresión al principio de separación de poderes, al usurpar las funciones legislativas que no le son propias al órgano ejecutivo.

Ambigüedad-Contradicción.

Otro problema principal impregnado en el decreto es la confusión que se origina de la ambigüedad con el que se han definido una serie de términos, que llevan a otro resultado nefasto, la contradicción con otros decretos y normas.

Termino problemático.

1) Actividad misional permanente. El concepto de actividades misionales permanentes hace referencia directamente con la actividad principal de la empresa ya sea esta la producción de un bien o la prestación de un servicio.

Pongamos un ejemplo para mayor claridad imaginemos una empresa de construcción, su actividad misional permanente es la construcción sin embargo dentro de la compañía para que esta funcione es necesario una planta administrativa, financiera, jurídica que le brinden la estabilidad que necesita para prestar su función principal y satisfacer las expectativas de los usuarios.

Esta “definición” carece de precisión y deja una estela de vaguedad por que deja muchas preguntas en el aire, por ejemplo: ¿qué se entiende por actividades esenciales e inherentes? ¿Y tal vez la más preocupante sin cuya ejecución se afectaría la producción de los bienes o servicios característicos del beneficiario? La definición presenta por el decreto no es clara y básicamente nos dice que cual actividad puede ser entendida como misional permanente.

Dentro de la tercerización esto causa un problema bastante grande para abordarlo primero establezcamos la premisa ¿qué actividad que se tenga dentro de una empresa no afectará a la producción de los bienes o servicios de la misma? Este es el problema toda actividad ya sea que su naturaleza sea contable, administrativa, gestión, producción o vigilancia repercute de alguna manera de la producción de bienes y servicios de una empresa.

Haciendo que cualquier proceso de tercerización de alguna activad sea considerado ilegal. Por esta razón el decreto fue suspendido.

CAPITULO III TERCERIZACIÓN EN EL SERVICIO DE SALUD

TERCERIZACIÓN EN EL SECTOR DE LA SALUD EN COLOMBIA.

Es menester establecer que el proceso de la tercerización en los servicios de salud se inició como una manera de poder darle una mejora a los servicios de apoyo de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud o por sus siglas E.P.S con la única finalidad de iniciar un proceso de descentralización en dos aspectos las funciones y las obligaciones al descentralizar estos dos aspectos se pretende dar como resultado un mejoramiento de las entidades, esto inevitablemente repercutirá en las llamadas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).

Es menester antes de profundizar dentro de la injerencia de la tercerización en el sector de la salud, establecer unos conceptos y nociones básicas del sistema de salud colombiano su funcionamiento, estructura y cobertura. Todo esto con la finalidad de poder conseguir una comprensión mayor del fenómeno de tercerización en el sector de la salud.

Estructura y cobertura del Sistema de Salud Colombiano.

“El sistema de salud colombiano está compuesto por un amplio sector de seguridad social financiado con recursos públicos y un decreciente sector privado. Su eje central es el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La afiliación al sistema es obligatoria y hace a través de las entidades promotoras de salud (EPS), públicas o privadas, que reciben las cotizaciones y, a través de las instituciones prestadoras de servicios (IPS), ofrecen el Plan Obligatorio de Salud (POS) o el POSS para los afiliados al régimen subsidiado (RS). El sector exclusivamente privado es utilizado por la clase alta y un sector de la población de ingresos medios que, por carecer de cobertura o en busca de mejores condiciones de acceso que ofrece

el SGSSS, acude a la consulta privada.” (Ramiro Guerreo, Gallego, Vasquez, & Becerril-Montekio, 2011, págs. 3-4)

La (Constitucion Politica , 1991) “estableció el derecho de todos los colombianos a la atención a la salud como un servicio público cuya prestación se realiza bajo la dirección, coordinación y control del Estado con la participación de agentes públicos y privados. La Ley 60 de 1993 dio impulso al mandato constitucional mediante normas que dieron origen a la descentralización del sistema” . La (Ley 100, 1993) creó el actual SGSSS.

“Hay dos regímenes de aseguramiento que pretenden dar cobertura a toda la población: el régimen contributivo (RC) y el régimen subsidiado (RS), vinculados entre sí a través de un fondo de recursos llamado Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). Todos los asalariados o pensionados, al igual que todos los trabajadores independientes con ingresos iguales o superiores a un salario mínimo, tienen la obligación de afiliarse al RC. Para hacerlo, pueden elegir libremente una EPS pública o privada. La contribución obligatoria equivale a 12.5% de los ingresos laborales, pero en el caso de los trabajadores asalariados, estos solo pagan el equivalente a 4% de su salario, mientras que el empleador (o pagador de pensión) se encargara de pagar el restante 8.5%. Los trabajadores independientes deben pagar la totalidad de la contribución. Los pensionados se les hace el descuento directamente a su mesada pensional del 12%.Las EPS se encargan de afiliar y registrar a los usuarios, recaudar las cotizaciones, y organizar y garantizar la prestación del POS”. (Ramiro Guerreo, Gallego, Vasquez, & Becerril-Montekio, 2011)

“El aseguramiento corre a cargo de las EPS y el objetivo del SGSSS es que los beneficios de los regímenes subsidiado y contributivo lleguen a ser los mismos. Cada EPS

conforma y ofrece a sus afiliados una red de IPS públicas y/o privadas: consultorios, laboratorios, hospitales y todos los profesionales que individualmente o agrupados ofrecen sus servicios de atención a la salud. Los hospitales públicos, por su parte, se han ido transformando en organizaciones autónomas, denominadas Empresas Sociales de Estado, que venden sus servicios a las EPS. Como mínimo, la red de IPS públicas y/o privadas conformada por cada EPS debe cubrir el llamado POS, que cubre tanto al afiliado cotizante como a su grupo familiar en lo que se refiere a todas las actividades de promoción y fomento de la salud y prevención de la enfermedad que se prestan en el primer nivel de atención". (Ramiro Guerreo, Gallego, Vasquez, & Becerril-Montekio, 2011)

2. Injerencia de la tercerización en el sector de seguridad social en salud.

Con la implementación de la (Ley 100, 1993) el Estado Colombiano adopta una concepción distinta del concepto gestión administrativa, desde la percepción paternalista del estado o también el enfoque centralista de la economía a una apertura total hacia el mercado y en vez de ser el gestor y generador pasar a un enfoque más de vigilancia ,y es con esta nueva percepción en la que la tercerización en el sector salud inicio como una manera de poder darle una mejora a los servicios de apoyo de las E.P.S, esto como resultado de que el enfoque anterior presentaba fallas importantes que lo volvían inviable, esas fallas eran financieras se produjo un gran desajuste financiero esto como consecuencia de un incremento en los gastos administrativos , de planta , funcionamiento, servicios e incrementos también en el recaudo de cartera además de que el antiguo sistema llamado seguros sociales no contaba una forma viable de sostenimiento financiero o generación de ingresos salvo la estatal.

En concordancia la (Ley 100, 1993) con el nuevo enfoque acerca del concepto de gestión administrativa, hace borrón y cuenta nueva e implementa un nuevo modelo de salud

en donde la figura del hospital público desaparece completamente para cederle su posición a las Instituciones Prestadoras de Servicios I.P.S este cambio trae consigo un elemento importante la autonomía, las I.P.S son autónomas administrativamente y financieramente.

Y su financiamiento en vez de depender del estado paternalista pasa a depender del principio más básico de la economía oferta y demanda además de que administrativamente su enfoque gerencial se apega a la lógica básica del mercado con todo esto lo que se busca es que el mercado y el principio intrínseco más fundamental a este el de competencia permitan la modernización y desarrollo del sector.

En palabras de (Cardona, Arbelaez, & Chávez, 1999, pág. 23) “En Colombia a partir de las reformas dadas en materia de salud, la gerencia hospitalaria se trasforma y obliga a que las empresas hospitalarias logren un nivel de auto sostenimiento financiero y en donde el Estado garantiza un servicio donde prevalece la eficiencia de mercado. Los propósitos del sistema de salud implementados en Colombia, están dirigidos hacia cómo aumentar la facturación por servicios prestados, cuántos deben ser los administradores del régimen, cuántas deben ser las etapas del flujo de recursos, cómo regular y controlar el sistema”.

Básicamente el estado cedía su posición como prestador y gerente del servicio y abría las puertas a los privados para que estos asumieran la prestación del servicio de salud, por tanto, el nuevo sistema separa el aseguramiento de la prestación del servicio de salud, y en cada una de tales funciones crea un mercado: en el aseguramiento por medio de la competencia entre aseguradoras y la libertad del usuario para escogerla. En cuanto a la prestación de los servicios, mediante la competencia entre proveedores –hospitales, laboratorios, médicos, etcétera– y la libertad que tienen las aseguradoras de escoger el proveedor. En el caso de los hospitales públicos, estos dejaron de recibir los recursos estatales para su financiamiento y pasaron a financiarse por medio de la venta de servicios. Para tal efecto fueron convertidos en empresas de carácter comercial, denominadas empresas sociales

del estado (ESE). La reforma del sistema hospitalario público se justificó aduciendo la necesidad de 1) buscar su eficiencia mediante la competencia; y 2) destinar los subsidios a la demanda –los pobres–, y no a la oferta –los hospitales–. (Giraldo C. , 2006, pág. 360)

"Con la reforma el gobierno central únicamente quedaría con funciones de control y normalización; los municipios asumirían su responsabilidad sobre las instituciones hospitalarias de primer nivel de atención y los departamentos sobre los de tercer y cuarto nivel de complejidad". (Londoño, 2001, pág. 23)

"De esta forma se inicia un largo proceso en el cual los hospitales adquieren mayor responsabilidad y autonomía; se transforman en Empresas sociales del Estado (E.S.E), con personería jurídica propia por medio de un documento CONPES, se suspende el subsidio a la oferta trasladando todo este esfuerzo presupuestario únicamente a la demanda (fortaleciéndose así el régimen subsidiado al lado del vinculado). Con esto los hospitales se ven abocados a la venta de servicios de salud para garantizar su sostenibilidad". (Londoño, 2001, pág. 30)

"En este punto es identificable la trasformación ocurrida al interior del sistema. Por un lado, con la ley 100 se abre la oportunidad para la creación de nuevas empresas de capital privado, (EPS privada) las cuales podrían ser elegidas libremente, por parte de la población trabajadora o independiente (afiliados) con algún tipo de ingreso fijo (Régimen Contributivo) o las ARS que también ofertan el mercado del aseguramiento a la población subsidiada (Régimen Subsidiado)". (Londoño, 2001, pág. 12)

Por otro lado, el mercado de las IPS las cuales, públicas o privadas, entran a competir de igual forma para ofertar los servicios de salud a las EPS del régimen contributivo y a las ARS del régimen subsidiado.

TERCERIZACION EN EL SISTEMA DE SALUD

En la actualidad se identifica un sistema basado en el aseguramiento, donde la IPS pública es un prestador con características empresariales, ya que depende de la venta de sus servicios a los regímenes existentes, en el mismo modelo para garantizar su sostenibilidad financiera y no de los aportes que el Estado Nacional o departamental pudieran hacer, como anteriormente sucedía.

JURISPRUDENCIA.

Sentencia C-171 de 2012.

En la (Sentencia C-171 de 2012) la corte de manera profunda hace referencia a la prestación del servicio de salud por parte de privados, aúna sus argumentos citando precedentes constitucionales respecto a que de acuerdo a la constitución política “la posibilidad de que los particulares concurran en la prestación del servicio de salud no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución.

Sin embargo, la corte constitucional entiende bien su papel como árbitro y establece una serie de restricciones al principio de libre mercado y competencia, es menester hacer una pequeña explicación primero recordando la importancia que tiene el principio del libre mercado y la competencia que hacen parte de la corriente ideológica del liberalismo económico que surge con la escuela austriaca de pensamiento económico en el desarrollo y la creación del fenómeno globalización que sin duda alguna ha traído un fortalecimiento del mercado y la creación del surgimiento de poderosas economías diversificadas todo esto como consecuencia

de que los estados han perdido ese ánimo intervencionista y han permitido que los particulares concurran libremente en cualquier iniciativa empresarial siempre que no vaya en contra del ordenamiento jurídico.

Ahora sin unas reglas que permitan un tipo de arbitramiento, vigilancia y control pero que se manifiesten ciertos males como pueden ser el monopolio, la competencia desleal y tal vez el asunto más importante una vulneración de los derechos de los trabajadores por parte de los empleados.

“Sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurran los particulares.” (Sentencia C-171 de 2012)

Todo esto bajo la premisa de la garantía de la calidad del servicio y de su efectiva prestación esto con la finalidad que la figura de la tercerización se ajuste a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que son el eje fundamental y transversal del Sistema General de Seguridad Social en Salud, consagrados en el artículo 48 de la ley (Ley 100, 1993) , de conformidad con los cuales el Legislador “quedó habilitado constitucionalmente para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada disposición superior Efectivamente, reiterando su naturaleza de servicio público, el legislador dispuso que su prestación debe efectuarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación” (Sentencia C-171 De 2012)

Ventajas y desventajas del contrato de tercerización para las entidades prestadoras de salud.

Ventajas.

1) Reducción en la cadena de producción, generando menos costos.

2) Repercute en el mejoramiento de las funciones, ocasionando un salto en la calidad de los servicios y productos.

3) Disminución en tareas secundarias, generando una priorización de los fines de la compañía.

4) Permite una orientación a aquellos sectores de mayor rentabilidad.

Desventajas.

1) Generación de una actitud de poca implicación de parte de los trabajadores respecto a la empresa generando un ambiente de trabajo poco optimo a largo plazo.

2) Puede llegar a manifestarse violación a los derechos fundamentales de los trabajadores.

3) Genera un fenómeno económico de Reducción de puestos de trabajo fijos.

4.CONCLUSIÓN.

El fenómeno de la globalización marco un antes y un después en el Estado Colombiano fue a través de este fenómeno que inició una nueva forma de entender el concepto de gestión y entender las nuevas dinámicas económicas producidas por el libre mercado en sectores o ramas que históricamente estaban en cabeza del estado pero con todo esta línea de pensamiento liberal que toma su base en la escuela económica austriaca y que se consolida en el país con la (Ley 100, 1993) a través de la cual se puso de manifiesto las nuevas técnicas de Gestión Pública.

Los Hospitales o seguros sociales sufrieron una metamorfosis a las nuevas empresas de capital privado, el Estado ha sido remplazo por el capital privado, todo esto en aras de cumplir los principios fundamentales de la nueva (Ley 100, 1993) solidaridad, eficiencia y universalidad porque todos estos cambios que sin duda fueron convulsionados van encaminados solamente a la búsqueda de mercados, aumento de su rentabilidad financiera y sostenibilidad en el largo plazo. Pero en ningún momento se debe mal entender de esta nueva finalidad sea un retroceso o un deterioro en el sistema de salud todo lo contrario en cuanto la (Sentencia C-171 de 2012), ha marcado la ruta a que se garantice un servicio eficiente a los usuarios y rentable económicamente pero que no suponga una vulneración al derecho fundamental de la salud de los ciudadanos colombianos.

Es menester decir que la figura de la tercerización de contratos en la salud, es una figura que resulta viable para la ciudadanía y los trabajadores siempre que el Estado garantice el cumplimiento de su rol como árbitro y no permita que esta figura contractual atípica suponga una vulneración a los derechos de los trabajadores.

Referencias

Cano-Nava, M. O. (2010). Modelo epistemológico de la teoría tridimensional del derecho.

Cardona, A., Arbelaez, P., & Chávez, B. (1999). *Impacto de la reforma de Seguridad Social.* Revista Facultad Nacional de Salud Pública,.

Carolina Bernal Rincon, M. C. (2015). Tercerización en salud: ¿tendencia o necesidad?

Circular N° 067 expedida por la superintendencia Nacional de Salud en diciembre del 2010 . (s.f.).

Codigo Civil Colombiano. (s.f.).

Codigo de Comercio. (s.f.).

Codigo Sustantivo del Trabajo. (s.f.).

Constitucion Politica . (1991).

Decreto 036 de 2016. (s.f.).

Decreto 0664 del 1 de abril de 2013 . (s.f.).

Decreto 0721 del 15 de abril de 2013. (s.f.).

Decreto 0722 del 15 de abril de 2013. (s.f.).

Decreto 1047 del 4 de junio de 2014 . (s.f.).

Decreto 1072 de 2015 . (s.f.).

Decreto 135 del 31 de enero de 2014. (s.f.).

Decreto 1429 de 2010 . (s.f.).

Decreto 2616 del 20 de noviembre de 2013. (s.f.).

Decreto 4369 de 2006. (2006).

Decreto 4588 de 2006. (s.f.).

Decreto 468 de 1990. (s.f.).

Decreto 4691 del 20 de diciembre de 2011. (s.f.).

Fontanillo, J. A. (2007). *Teoria de la argumentacion juridica.* Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

G, F. (2003). *Logica Juridica.* Mexico,Porrua.

Giraldo, C. (2006). *Finanzas Publicas En America Latina:La Economia Politica, Tercera Edicion.*

Giraldo, Ó. A. (2018). *EL MÉTODO JURÍDICO: ENTRE LA CIENCIA LEGAL Y LAS CIENCIAS AUXILIARES DEL DERECHO.* Bogota: Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

La Circulares No 066 y 067 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud, 066 y 067 (Superintendencia Nacional de Salud 2010).

Ley 100. (1993).

Ley 1233 de 2008. (s.f.).

Ley 1429 de 2010 . (s.f.).

Ley 21 de 1982. (s.f.).

Ley 50 de 1990. (s.f.).

Ley 79 de 1988. (s.f.).

Ley de 79 de 1988 . (s.f.).

Londoño, J. y. (2001). *Descentralización Y Reforma En Los Servicios De Salud Caso Colombiano.*

LÓPEZ, J. L. (2010). *ANÁLISIS DE LA NUEVA GERENCIA HOSPITALARIA UN NUEVO ENFOQUE.* Bogota D.C: Universidad Nacional de Colombia.

OIT. (1997). trabajo en regimen de subcontratacion.

OIT. (1998). *Conferencia Internacional del Trabajo, Reunión 86ª, Junio 1998.*

Ramiro Guerreo, Gallego, A., Vasquez, J., & Becerril-Montekio, V. (2011). Sistema de Salud en Colombia. 3-4.

Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho.*

RETIS AMAYA, & MANUEL, J. (2003). Conflictos derivados de la celebración de contratos atípicos. *Acta de la Conferencia sobre los Contratos Atípicos.* Bogota: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia.

SCHNEIDER, & Ben. (2004). *Outsourcing: La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios.* Bogota: Grupo Editorial Norma.

Sentencia , Consejo De Estado 00485, 00485 (Consejo de Estado 27 de julio de 2017).

Sentencia 00485 del 2017,Consejo de Estado, 00485 (Consejo de Estado 27 de julio de 2017).

Sentencia C-028 de 1997.

Sentencia C-171 de 2012. (s.f.).

Sentencia C-171 De 2012, 171 (Corte Constitucional 7 de Marzo de 2012).

Sentencia C-302 de 1999.

Sesma, V. I. (1991). *Sobre el silogismo judicial.*

Siches, L. R., & Reale, M. (1963). *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX.* Mexico,Porrua.

Suarez, M. N. (2013). *El Contrato de Outsourcing en la Legislacion Colombiana.* Barrinquilla: Universidad de la costa.

Tigre, B. (2009). *Outsourcing y clusters de software en Argentina y Brasil. México.* Centro internacional de Investigaciones para el desarrollo,.

Triana. (2015).