



**LA TRANSFORMACIÓN DE LAS
FUNDACIONES PRIVADAS EN
EMPRESAS SOCIALES DEL
ESTADO, SU INCIDENCIA EN EL
REGIMEN DE PERSONAL**

CARMEN ELENA CASTAÑO CARDONA

INTRODUCCIÓN

La conversión de los hospitales públicos en empresas sociales del Estado, ha sido considerado un cambio que sí funcionó.

La posibilidad de que estas instituciones tuvieran una personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, pero ante todo que cumplieran un papel eficiente, en su responsabilidad de prestar servicios de salud a la comunidad, y a la vez ser autosuficientes desde el punto de vista financiero, ha sido algo muy debatido, frente a la responsabilidad que adquieren para con ellos, las entidades promotoras de salud y las administradoras del régimen subsidiado, que no obstante haber atendido en salud a sus afiliados, no han pagado a tiempo estos servicios y han generado el cierre de muchas instituciones.

Pero detrás de estos cambios se encuentra el recurso humano que presta estos servicios y que se ha visto afectado con esa situación económica crítica de la institución.

Siendo importante aclarar que estas nuevas instituciones iniciaron su vida jurídica, con un gran problema de caos jurídico en el manejo de personal.

Por ejemplo en el caso al que me referiré específicamente no está claro esta transformación de una institución que antes era privada y se convierte en pública, frente a situación laboral de sus trabajadores, no fue claro inicialmente el manejo de contratación de personal, generando esto además de lo planteado inicialmente un riesgo grande de tipo económico para las ESE, los grandes pasivos pensionales y prestacionales, y la falta de una seguridad jurídica en sus actuaciones, lo que llevaría a que sus controversias siempre deban ser resueltas por el órgano jurisdiccional.

1. REORGANIZACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Esta reorganización establecida en la ley 10 de 1990 y anterior a nuestra nueva constitución, maneja el concepto de asistencia pública, que en la

Carta Magna de 1886 estaba consagrada como una función a cargo del estado con el fin de proporcionar condiciones de asistencia a las personas que carecen de recursos.

El concepto de seguridad social como tal, aparece consagrado en la constitución de 1991, pero el servicio de salud es considerado desde antes como público en todos los niveles de atención a cargo del estado, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional.

El principio consagrado por la ley 10 de 1990, fue acogido en la nueva constitución, estableciendo su organización en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

1.1 PRINCIPIOS BÁSICOS

El servicio público de salud se regirá por los siguientes principios básicos:

1.1.1 Universalidad

Todos los habitantes del territorio nacional, sin distinción de edad, sexo, nacionalidad, condición social, tienen derecho a recibir la prestación de los servicios de salud, sin embargo es importante aclarar que no basta con ser identificado, se requiere además la afiliación a una administradora del régimen subsidiado denominada "Ars", para considerarse con derecho al régimen subsidiado en salud, creado por la ley 100 de 1993.

1.1.2 Participación Ciudadana

Considerado como un deber de todo ciudadano el de propender por su salud, la de su familia y en general de la comunidad en la que vive. Este principio que tiene estrecha relación con la cultura de la prevención en salud, ha sido uno de los temas más debatidos debido a las condiciones sanitarias, económicas y culturales de nuestro país, en donde el criterio predominante es acudir a la visita médica para la atención de una enfermedad y no para la prevención de ésta.

1.1.3 Participación comunitaria

La comunidad tiene derecho a participar activamente en todos los procesos relacionados con la gestión en salud, figuras como los copacos, comités de participación comunitaria, las alianzas de usuarios, veedurías en salud, comités de ética hospitalaria, pretenden la vinculación de los usuarios con el fin de promover la calidad de atención en los servicios de salud.

1.1.4 Subsidiariedad

Los niveles de atención en salud se clasifican de acuerdo con la capacidad técnico - científica, y el recurso humano que tengan a su servicio, de conformidad con ello se habla de: primer, segundo, tercer nivel de atención; la mayoría de los municipios del país cuentan con un hospital de primer nivel, algunos cuentan con los dos niveles, o en general éstos se encuentran en las ciudades intermedias y capitales. Este principio permite que algunos asuntos propios de un primer nivel, puedan ser atendidos, previa justificación, en un segundo nivel.

1.1.5 Complementariedad

Es el principio inverso al anterior en donde un primer nivel puede prestar servicios de un segundo nivel, siempre y cuando su capacidad científica - tecnológica, financiera y administrativa se lo permita, sin embargo hoy en día en la práctica y frente a posibles fallas en la prestación de servicios médicos, es muy riesgoso para una entidad y para los profesionales que laboran en ella asumir una responsabilidad más allá de la que tienen acreditada.

1.1.6 Integración Funcional

Este principio ha sido desarrollado en toda su extensión con el nuevo sistema general de seguridad social en salud, creado por la ley 100 de 1993, en donde se prevé la concurrencia armónica de todas las entidades que prestan servicios de salud para optimizar los recursos.

1.2 INTEGRACIÓN DEL SECTOR SALUD

El sector salud estará integrado por las entidades públicas y privadas, o aquellas fundaciones que reciban recursos del estado así:

1.2.1 Sector Oficial

A este pertenecen todas la instituciones públicas que dirijan o presten servicios de salud, y son:

- 1.2.1.1. Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional.
- 1.2.1.2. Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano o asociaciones de municipios.
- 1.2.1.3. Las dependencias directas de la nación o de las entidades territoriales.

- 1.2.1.4 Las entidades o instituciones públicas de seguridad social, en lo pertinente a la prestación de servicios de salud, sin modificación alguna de su actual régimen de adscripción.
- 1.2.1.5 La superintendencia nacional de salud, que a partir de la vigencia de la presente ley, es un organismo adscrito al Ministerio de Salud, dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que le señala la ley, sin personería jurídica.

1.2.2 Subsector Privado

A este pertenecen todas las instituciones o personas privadas que prestan servicios de salud y son:

- 1.2.2.1 Entidades o instituciones de seguridad social y cajas de compensación familiar, en lo pertinente a la prestación de servicios de salud.
- 1.2.2.2 Fundaciones o instituciones de utilidad común.
- 1.2.2.3 Corporaciones y asociaciones sin ánimo de lucro.
- 1.2.2.4 Personas privadas naturales o jurídicas.

1.3 PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD POR ENTIDADES PRIVADAS

Estas instituciones están sujetas al cumplimiento de las normas de orden público sanitario, las de vigilancia y control del servicio público de salud, y las que impliquen el ejercicio de derechos y deberes, están sometidas a la vigilancia y control del Ministerio de Salud, Superintendencia de Salud frente a sus actuaciones conforme a sus estatutos.

Cuando se trate de fundaciones o instituciones de utilidad común se vigilará y garantizará la conservación de sus rentas y bienes y que en todo lo esencial se cumpla la voluntad del fundador o fundadores, además este tipo de instituciones surgidas por iniciativa privada, forman parte del subsector privado del sector salud, cuando se dedican a la atención sin ánimo de lucro, de servicios de salud en los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación a la comunidad en general.

Esta clase de instituciones pueden ser además: canónicas, cuando su organización y funcionamiento se rige por un decreto canónico. Mixtas, cuando en su creación han participado personas de derecho público y personas jurídicas o naturales.

Su calidad se reconoce con el acto de autoridad competente que legalmente la reconoce y es el Ministerio de Salud.

1.3.1 Requisito especial para el reconocimiento de personería

Para el reconocimiento de personería jurídica a las fundaciones de utilidad común se deben acreditar los siguientes requisitos:

1.3.1.1 Capacidad técnico administrativa que se demuestra con los instrumentos, equipo y recurso humano, que cumple con los objetivos de la institución.

1.3.1.2 Suficiencia patrimonial

Este requisito se comprueba con: naturaleza y cuantía de los recursos iniciales, un estimativo del monto de los recursos anuales, bienes y rentas de otros orígenes, ingresos provenientes de los servicios que preste la institución.

Estas instituciones deberán aportar dentro del año siguiente a la solicitud del Ministerio de Salud, la documentación indispensable para que se cumpla la función de verificación por parte de éste.

Establece el artículo 21, de la ley 10 de 1990, que si transcurrido un año no se presenta la documentación, se configurará causal de disolución y liquidación y se ordenará la cancelación de la personería jurídica.

Al respecto el Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección quinta, consejera ponente Miren de la Lombana de Magyaroff expediente ACU - 181, en acción de cumplimiento promovida por Edgar Saúl Cabra Salinas, consideró que el Ministerio de Salud debía dar cumplimiento a la ley 10 de 1990, y ordenar la disolución y liquidación de las entidades sin ánimo de lucro, encargadas de la prestación de servicios de salud en el Departamento de Boyacá, que no cumplieron con los requisitos exigidos.

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta en el tema propuesto como antecedente en el proceso de transformación de estas entidades en empresas sociales del Estado.

1.4 ESTATUTO DE PERSONAL EN LA LEY 10 DE 1990

La ley 10, previó la clasificación de empleos del subsector oficial del sector salud.

1.4.1 Clasificación de empleos

De conformidad con el artículo 26 de la ley en mención los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción y de carrera.

1.4.1.1 “De libre nombramiento y remoción:

1.4.1.1.1 En la administración nacional, central, descentralizadas, los enumerados en las letras a), b), c), i) del artículo 1° de la ley 61 de 1987.

1.4.1.1.1.2 En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

1.4.1.1.1.2.1 Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico inmediatamente siguiente.

1.4.1.1.1.2.2 Los de Director, Representante legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguiente.

1.4.1.1.1.2.3 Los empleos que correspondan a las funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría”

(Lo subrayado fue declarado inexecutable sentencia C – 387 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa”.

La sentencia C – 387 de 1996, tuvo como fundamento para declararse la inexecutable de las expresiones enunciadas, por cuando con dichas disposiciones se quebrantaban los ordenamientos superiores que le atribuyen al legislador la competencia para determinar de manera específica aquellos empleos de libre nombramiento y remoción que pueden regirse por un sistema distinto al de carrera administrativa, lo cual no se cumple en dicha ley.

Se consideran trabajadores oficiales, quienes desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

En cuanto a la carrera administrativa, la mencionada ley estableció que las entidades del orden nacional territorial y las entidades descentralizadas de cualquier nivel, se regirán por lo previsto en la ley 61 de 1987, y en el decreto 694 de 1975, igualmente la inscripción extraordinaria en carrera administrativa conforme a los artículos 5 y 6 de la ley 61 de 1987, para quienes se encuentren desempeñando un cargo de carrera, sin estar inscritos en la misma.

1.4.2 Régimen de carrera administrativa en la ley 10 de 1990, y decreto 1334 de 1990.

Este régimen se aplica a los empleados públicos del subsector oficial del sector salud al servicio de las entidades territoriales, que se encontraban desempeñando empleos de carrera sin estar inscritos en ella, a 10 de enero de 1990, quienes tienen el derecho a solicitar su inscripción extraordinaria, si para esa fecha tenían cinco o más años de servicios continuos en una o más entidades del subsector oficial, además de acreditar los requisitos exigidos para el cargo.

Los empleados que no acrediten requisitos para el desempeño del cargo quedarán de libre nombramiento y remoción pero si continúan al servicio del mismo organismo sin solución de continuidad, podrán solicitar su inscripción cuando demuestren poseer estos requisitos.

1.4.3 Régimen prestacional de los servidores públicos del sector salud en las entidades territoriales.

El artículo 30 de la ley 10 de 1990 establece que el régimen prestacional que reconocerán las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, será como mínimo el previsto en el decreto 3135 de 1968, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas a los trabajadores oficiales, a los empleados públicos del sector salud será el consagrado en el decreto 1042 de 1978. A continuación se relacionan las normas vigentes más importantes aplicables a estos servidores:

RÉGIMEN SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NACIONALES

Fundamento legal art. 150 CN Literal E: "Corresponde al Congreso hacer las leyes; por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública".

Ley 4 de 1992: Por medio del cual se señalan las normas, objetivos y criterios que el gobierno Nacional debe observar de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Principio de legalidad art. 10 Ley 4 de 1992: "Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el

gobierno en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.”

Prohibición de recibir más de una asignación básica - Art. 19 ley 4/92 excepciones

Prohibición de percibir sueldo diferente a aquel que corresponda al cargo - Art. 31 Decreto 1042/98

Límite de la Remuneración Decreto 10/96 art. 18: “La remuneración anual que perciban los empleados públicos de los Ministerios, departamentos administrativos no podrá ser superior a la remuneración anual de los miembros del Congreso Nacional: En ningún caso la remuneración mensual de los demás empleados públicos a que se refiere este decreto, podrá exceder la que se fija para los ministros del despacho directivo de Departamento administrativo, por concepto de asignación básica, gastos de representación y prima de dirección.”

Salario en especie art. 41, decreto 1042/78 - “La valoración del salario en especie no podrá exceder del 10% de la cuantía del sueldo básico”.

Factores de salario art. 42 decreto 1042/78 -“Además, gastos de representación, prima técnica, auxilio de transporte, alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios y viáticos percibidos en comisión ”*No constituye factor salarial, prima técnica decreto 1661/91, 2164/91.

Descuento de los días no trabajados Decreto 1647/67 art. 2: “Ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la justificación legal.”

Prima técnica - Decreto 35/99 art. 5

Incremento prima técnica - Art. 6

Subsidio alimentación - art. 16, decreto 35/99: Se reconocerá a los empleados públicos de las Empresas Industriales y comerciales del Estado, sociedades de Economía mixta vinculados al 14 de enero de 1991 **Auxilio de transporte, Bonificación por servicios, Prima de servicios** conforme a las condiciones del decreto 1042/78 y las normas que lo modifiquen.

Reconocimiento por coordinación - 20% asignación básica, grupos internos de trabajo creados mediante resolución por el Jefe del organismo. No se reconoce a empleados de niveles directivo o ejecutivo.
Se requiere de disponibilidad presupuestal.

Gastos de Representación - Art. 45 Decreto 1042/78

Bonificación por servicios prestados - Art. 42 decreto 1042/78, Decreto 35/99 - art. 10

- Reconoce 50% límite \$633.486 decreto 35/99
- Los demás 35% (Asignación básica, gastos de representación)

Descuentos y deducciones - art. 12 3135/68: - "No se puede afectar el salario mínimo"

Asignación básica para 1999. Decreto 35 de 1999.

Salario Mínimo Decreto 35/99 - Art. 3 Será correspondiente al grado 01 de la escala del nivel asistencial.

Auxilio de Transporte - Art. 12 Decreto 35/99: Se reconoce en los mismos términos y cuantía que el gobierno nacional establezca para los particulares.(\$24.012) para 1999 cuando el salario sea inferior a dos veces el mínimo legal.

Subsidio de alimentación - Art. 11 Decreto 35/99: Se reconocerá \$21.451 a quienes devenguen asignaciones básicas no superiores a \$631.985 No se paga: vacaciones, licencia, suspendido o cuando la entidad suministre la alimentación.

<i>Prima Técnica</i>	- Decreto 1661/91, Decreto 2164 de 1991, decreto 1724 de 1997 Decreto 1335 de 1999
<i>Prima de servicio</i>	- Decreto 1042/78 art. 58
<i>Viáticos</i>	- Decreto 1042/78 art. 61 Fijación de viáticos para 1999 - Decreto 67/99
<i>Gastos de transporte</i>	- Art. 71 decreto 1042/78
<i>Gastos de traslado</i>	- Art. 73 decreto 1042/78
<i>Bonificación de Recreación</i>	- Art. 15 decreto 35/99: 2 días de asignación básica mensual

RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Decreto 1045 de 1978

- Prestaciones a cargo de la entidad -

<i>Vacaciones</i>	Art. 8 decreto 3135/68; art. 8 decreto 1045/78 Art. 9 y siguientes del decreto 1045/78
<i>Acumulación de vacaciones</i>	Art. 10 decreto 3135/68
<i>Prescripción del derecho</i>	Art. 23 1045/78
<i>Prima de vacaciones</i>	- Art. 25 decreto 1045/78
<i>Prima de Navidad</i>	- Decreto 3148/68, - Decreto 3135/68, art. 32, decreto 1045/78
<i>Auxilio Funerario</i>	- Ley 100/93
<i>Calzado y vestido de labor</i>	- Ley 70/88 art. 1
<i>Auxilio de cesantías</i>	- Decreto 1045/78, Ley 266/95, Ley 344/96, Decreto 1122/99
<i>Interés sobre la cesantía</i>	- Decreto 3118/68
<i>Pérdida del auxilio de cesantías</i>	- Decreto 3118/68 art. 45, concordancia 1045/78 art. 42.

- Subsidio Familiar** Ley 21/82
- Pensión vejez, invalidez sobrevivientes** - Ley 100/93
- Pensión Jubilación por aportes** - Ley 71/88
- Pensión de invalidez de origen profesional** - Decreto 1295/94

RÉGIMEN TRABAJADORES OFICIALES DEL ORDEN NACIONAL

- Contrato de trabajo** Ley 6/45, decreto 2127/45
Convención Colectiva de trabajo

PRESTACIONES SOCIALES DE LOS EMPLEADOS OFICIALES A NIVEL TERRITORIAL.

- Auxilio de cesantías** - Ley 6/45 art. 17 (literal a)
Decreto 2767/45 art. 1°
Ley 65/46 decreto 1160/47
- Liquidación definitiva, parcial** - Decreto 2567/46 Ley 65/46 art. 1°, 2°
Decreto 1160/47
Decreto 2755/66 art. 6°
Ley 344/96 art. 5°
- Retención de las cesantías** - Ley 6/45 art.12
- Vacaciones remuneradas** Ley 72/31 art. 2°
Decreto 1054/38 art. 1° y 2°
Decreto 1054/38
- Pérdida de vacaciones Prescripción** Decreto 484/44 art. 3°
Decreto 2939/44
- Acumulación de vacaciones** - Decreto 2939/44 art. 3°
- Decreto 484/44 art. 5°
Decreto 1054/38 art. 5°
- Prima de Navidad** - Ley 4/66 art. 11°
Decreto 2922/66 art. 1° y 2°

Prima Técnica: Declarado nulo art. 13 decreto 2164/91. Sentencia marzo 19 de 1998, expediente 11.995

Calzado y overol de trabajo - Ley 70/88 art. 1°, 2°

Subsidio familiar - Ley 21/82

Determinación del salario - Decreto 1122/86 art. 60 #5°
Decreto 1333/86 art. 92 #3°

Atención EGM - Ley 100 de 1993 Decreto 806/98

Pensión de invalidez, vejez, muerte - Decreto 1295/94

Pensiones de origen profesional - Decreto 1295/94

Auxilio funerario - Ley 100/93

1.4.4 -Prohibición de asumir directamente prestaciones asistenciales y económicas -

Con el fin de ir saneando los pasivos prestacionales y pensionales a cargo de las entidades públicas y privadas del sector salud, se les prohibió a partir de la vigencia de la ley 10 de 1990, asumir directamente las prestaciones económicas y asistenciales que estén cubiertas por fondos de cesantías o entidades de previsión y seguridad social, y por lo tanto hizo obligatoria la afiliación de los trabajadores a éste.

Sin embargo encontramos que esta norma, por lo menos en cuanto a pensiones, no se cumplió en muchas entidades debido a la falta de cobertura de los Seguros Sociales en todo el territorio nacional, quedando a cargo del empleador la obligación de cumplir con estas contingencias en los lugares donde no había este tipo de aseguramiento.

Como veremos, sólo partir de la ley 100 de 1993 que habla del sistema integral de seguridad social, es que se ha cumplido con la obligación de afiliar a los trabajadores a las entidades administradoras llámense AFP, EPS o ARP.

2. COMPETENCIAS DE LA NACIÓN Y LOS ENTES TERRITORIALES EN MATERIA DE SALUD, BAJO LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Conforme lo establece la ley 60 de 1993, corresponde a los municipios a través de las dependencias de su organización central o de las entidades des-

centralizadas en su calidad de entidades ejecutoras, dirigir, prestar, o participar en la prestación de los servicios directamente, de acuerdo a la ley normas técnicas de carácter nacional, ordenanzas y acuerdos municipales.

En el área de la salud realizar acciones de fomento, prevención de la enfermedad y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención.

La prestación de los servicios públicos de salud con cargo a los recursos del situado fiscal se hará en forma autónoma por los municipios, La planta de personal y las instituciones tendrán carácter municipal.

Los departamentos a su vez, tienen como competencia administrar los recursos cedidos por la nación, planificar los aspectos relacionados con sus competencias, definir la naturaleza jurídica de las instituciones que prestan servicios de salud.

En el área de la salud realizar acciones de fomento, prevención de la enfermedad, financiar y garantizar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación correspondientes al segundo y tercer nivel de la atención a la comunidad.

La prestación de los servicios de salud con cargo al situado fiscal se hará en forma autónoma por los departamentos determinados por el Ministerio de Salud, caso en el cual tanto la planta de personal como las instituciones tendrán el carácter de Departamental, al igual que los municipios que no hayan asumido la prestación descentralizada.

3. REQUISITOS DE CERTIFICACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMA DEL SITUADO FISCAL

El decreto 1770 de 1994, reglamentario de la ley 60 de 1993, establece como requisitos para que los departamentos y distritos obtengan la certificación que les permite la administración autónoma de los recursos del situado fiscal en salud los siguientes:

- 3.1 Acreditar un sistema básico de información
- 3.2 Implementación de procedimientos de programación, ejecución y evaluación de los programas de salud.
- 3.3. Adopción de metodología para la elaboración anual del plan de salud
- 3.4. Ajustes institucionales, como son la creación de la Dirección de salud

- 3.5. Transformación institucional, creación de las empresas sociales del Estado.
- 3.6. Celebración de los contratos para la prestación de los servicios de salud.
- 3.7. Creación de los fondos de salud
- 3.8. Afiliación de los servidores públicos para las prestaciones sociales
- 3.9. Organización del régimen de carrera administrativa y manual de cargos.
 - 3.9.1 Requisitos de certificación en materia de personal

Para dar cumplimiento a este requisito, la entidad debe adelantar los trámites necesarios para inscribir extraordinariamente en carrera administrativa a los servidores que tengan derecho y que hayan presentado la solicitud, haber expedido el manual de funciones y requisitos mínimos, garantizar que al personal que se transfiera al municipio se le aplique las normas sobre sus derechos laborales.

4. FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD

Esta figura se encuentra consagrada en el artículo 33 de la ley 60 de 1993, por medio del cual se crea el Fondo nacional del pasivo prestacional de los servidores del sector salud como una cuenta especial de la nación sin personería jurídica con independencia contable.

Este fondo garantizará el pago del pasivo prestacional a los siguientes servidores:

- 4.1 Los no afiliados a ninguna entidad de previsión y seguridad social, cuya reserva para el pago de cesantías y pensiones no se hubiere efectuado.
- 4.2 Afiliados a entidades de previsión y seguridad social pero cuyos aportes no hayan sido cancelados.
- 4.3 Afiliados o pensionados de las entidades de previsión y seguridad social cuyas pensiones sean compartidas con las instituciones de salud, correspondiéndole al fondo el pago de la diferencia.

Se beneficiarán de este fondo: Las instituciones del subsector oficial de salud, las del subsector privado, aquellas privadas que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

La ley 100 en el artículo 242 al referirse al tema establece que dicho fondo cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 d diciembre del 1993.

A partir del 23 de diciembre de 1993, no podrá pactarse retroactividad de cesantías para los nuevos servidores del sector salud.

Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas en el fondo prestacional y se establezca en cada caso la concurrencia de responsabilidades en este aspecto.

Los contratos de concurrencia fueron reglamentados por el decreto 530 de 1994, el cual en el artículo 17 dispone la forma en que concurre la nación y los entes territoriales.

Lastimosamente a la fecha esta es una normatividad que no se ha aplicado y que ha causado inconvenientes económicos a las instituciones de salud.

5. INDEFINICIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS HOSPITALES

Las instituciones de salud, que a la fecha de vigencia de la ley 60 de 1993, no hayan podido precisar su naturaleza jurídica, y estén siendo administradas por el estado, continuarán bajo la administración del respectivo ente territorial, y por lo tanto se deberán adelantar todas las actuaciones administrativas tendientes a definir su naturaleza jurídica bien sea del orden departamental o municipal.

6. LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Esta figura fue creada por la ley 100 de 1993, es una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas por la ley o por las asambleas o concejos.

Su objeto es la prestación de servicios de salud como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

Su representante legal se denominará gerente y será nombrado por un período de tres años prorrogables.

Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1993.

Encontramos entonces que en una ESE existen los siguientes tipos de servidores:

- 6.1 Gerente servidor público de período
- 6.2 Funcionarios de carrera administrativa
- 6.3 Funcionarios de provisionalidad, ocupando cargos que deben ser proveídos mediante concurso.
- 6.4 Trabajadores oficiales
- 6.5 Supernumerarios conforme al decreto 1042 de 1978

Este tipo de instituciones que apenas está empezando su desarrollo, y debido a la complejidad de la situación laboral de sus servidores, lo que ha hecho difícil su adaptación, han implementado una serie de vinculaciones laborales en contra de los ordenamientos legales, pero que dicho sea de paso se ha debido a la falta de una claridad y de unas directrices por los organismos competentes que han llevado a que las soluciones se lleven a los estrados judiciales, siendo entonces muy oneroso para el hospital el asumir estos costos.

Inicialmente, y en la actualidad, las ESES, aún vinculan a sus servidores a través de contratos de prestación de servicios, o de contratos laborales, figuras éstas que no serían aplicables dada su naturaleza jurídica.

Como hemos venido desarrollando en el presente trabajo, una de las competencias de los entes territoriales en materia de salud es certificar los requisitos para administrar los recursos del situado fiscal destinados a la prestación de los servicios de salud, y uno de sus puntos más importantes es el que tiene que ver con las plantas de personal y por ende con el recurso humano.

Hasta aquí tenemos claro, que existe una clara diferenciación entre el subsector oficial y el subsector privado de la salud.

La ley 10, previó para el caso de las instituciones o fundaciones de utilidad común, que se fueran a liquidar, la facultad del presidente de la república de confiar los bienes y rentas a una entidad pública de cualquier nivel, u otra institución de la misma naturaleza que preste servicios de salud iguales o análogos a los previstos por los fundadores.

Igualmente se establece que la entidad que recibe estos bienes, también incorporará mediante contrato de trabajo o nombramiento según el caso, bajo el régimen salarial y prestacional propio de la entidad receptora de los bienes y sin que se pueda disminuir los niveles de orden salarial y prestacional que gozaban.

7. TRANSFORMACIÓN DE UNA FUNDACIÓN PRIVADA EN UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

El régimen de personal aplicable en una entidad privada es del código sustantivo de trabajo, por lo tanto su vinculación laboral se rige por el contrato de trabajo y la convención colectiva de trabajo, en caso de existir.

Suena paradójico, pero mientras la modernización del estado promueve la privatización de sus entidades, en el sector salud se presenta una situación *sui generis* en donde una institución privada se transforma en pública, situación ésta que tiene incidencia en su régimen de personal.

De los casos que se conocen en Antioquia, tres de sus actuales ESE eran, antes de su transformación, fundaciones privadas. Sin embargo sólo en una de ellas se han presentado mayores conflictos como consecuencia de su nueva naturaleza jurídica.

Uno de los aspectos importantes, pero que no será tratado en este trabajo es el hecho de que se hubiera definido como de naturaleza pública un hospital que antes era una fundación privada, y sin que mediara su liquidación.

Al parecer uno de los primeros inconvenientes es el hecho de que no se hubiera previsto y legalizado la situación de los trabajadores del hospital, que al transformarse en ESE se convierten en servidores públicos, y trabajadores oficiales.

Si bien es cierto que en Colombia la Estabilidad no es absoluta sino relativa, es claro que en este tipo de casos se presenta un vacío legal, que necesariamente debe ser discutido judicialmente, pues no puede una institución apoyarse en normas de transformación para afirmar que en adelante sus servidores pueden ser desvinculados sin tener derecho a una indemnización, en razón a que no existe fundamento legal para ello, pues son servidores públicos en provisionalidad hasta tanto no superen las etapas de un concurso.

Sobre la situación de estos trabajadores han conceptualizado entidades como el Ministerio de Trabajo, Departamento Administrativo de Función Pública, y el Ministerio de Salud. Me permitiré transcribir algunos de los apartes más importantes.

El Ministerio de Trabajo considera que en el caso planteado existe sustitución patronal.

“Ahora bien, no obstante que en estricto sentido no hubo cambio de empleador, sí se presentó una transformación puesto que de fundación de derecho privado pasó a ser empresa social del Estado, razón por la cual no se produjera solución de continuidad en la relación laboral de los trabajado-

res que venían prestando sus servicios en el hospital desde cuando éste era fundación de derecho privado y que pasan a laborar ahora como empleados públicos, ante la transformación sufrida.

En los cargos de carrera deben ser nombrados provisionalmente, y proceder a la convocatoria del concurso”.

Para los que no cumplen requisitos dice: “...habría lugar a la terminación de los contratos con el reconocimiento de la indemnización”.

En cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo vigente en la anterior institución dice: “...se continuará aplicando pero sólo hasta el vencimiento de la convención colectiva, es decir por el término pactado en ésta”.

El Ministerio de Salud, por su parte considera que en razón de la transformación: “En su oportunidad ha debido efectuarse la liquidación de los contratos de los trabajadores que se retirarían del ente, u optar por la indemnización por la entidad en liquidación dentro del plazo previsto por la ley, por lo que no se encuentra precedente ningún otro régimen jurídico para los trabajadores que no sea el previsto por las disposiciones mencionadas, dada su transformación a partir de 1996”.

El Departamento Administrativo de la Función Pública a su vez plantea en razón del cambio de naturaleza jurídica que: “Como quedó expresado la relación laboral de carácter privado del personal que prestaba sus servicios a la fundación sin ánimo de lucro San Vicente de Paúl debió liquidarse de conformidad con las normas del Código Sustantivo de Trabajo, propias del sector privado.

No se presentaría por lo tanto, sustitución patronal por cuanto quienes se vinculan en calidad de trabajadores oficiales, tendrán que celebrar un nuevo contrato de trabajo bajo las condiciones, requisitos y prestaciones laborales que rigen los contratos del sector público y los demás con el carácter de empleados públicos ya no se regirían por el contrato de trabajo sino por una relación legal y reglamentaria”.

7.1 SITUACIÓN JURÍDICA DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA E S E EN MATERIA LABORAL

Nos encontramos entonces con unos trabajadores que debido al cambio de naturaleza jurídica de la institución donde laboran, por expresa disposición legal, deben regirse en materia prestacional por las normas aplicables a los servidores públicos del orden nacional es decir, por los decretos 1042, 1045 de 1978.

Pero es importante anotar que en dicha ESE también laboran servidores públicos que pasaron del Servicio Seccional de salud y a quienes se les deben respetar sus derechos adquiridos.

A pesar de que desde 1986 con el decreto 1333, existía prohibición expresa de crear prestaciones, y regímenes salariales por parte de los entes territoriales, esto no se cumplía y mediante ordenanzas y acuerdos se creaban primas como la de vida cara, la de clima, etc.

Los trabajadores que laboraban en las fundaciones privadas tenían derecho a: Cesantías, retroactividad, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato, etc.

Ante esta diversidad de normas la entidad debe respetar las que traían sus servidores en el otro ente público, ejemplo prima de vida cara, pero deben adaptar las de los servidores que se vinculan con ella directamente.

Inicialmente se pagaron a todos los servidores de éstas, las prima de vida cara, pero debido a que la Contraloría glosó estos pagos por considerar que dicha prestación no tenía sustento legal por expresa previsión de la Constitución Nacional, como esta prima la traían los servidores del Servicio Seccional a ellos se les continuó reconociendo y a los demás trabajadores en su reemplazo se les cancela la prima de servicios pero la consagrada en el decreto 1042 de 1978.

Cuando la vinculación se hace a supernumerarios, a éstos se les reconocen todas las prestaciones sociales de acuerdo a reciente fallo de inexecutable de la norma del decreto 1042 de 1978.

En razón a la clasificación de los cargos y por considerar que la vocación de ingreso al servicio de los cargos de carrera es el concurso; se considera que mientras éste no sea superado en caso de supresión de cargos en la entidad no se tiene derecho a la indemnización, situación que ya se presentó y que se encuentra en discusión jurídica ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En materia de seguridad social también se encuentran inconsistencias como por ejemplo las prestaciones económicas que reconoce el sistema de seguridad social en salud a los trabajadores, ya que cuando se trata de vinculaciones regidas por el derecho privado se les aplica el decreto 770 de 1975, y en su condición de servidores públicos o trabajadores oficiales se les debe aplicar la ley 6ª. de 1945 y el decreto 1848 de 1969.



7.2 POSIBILIDAD DE INGRESO EXTRAORDINARIO EN CARRERA ADMINISTRATIVA

La transformación de la fundación en ESE se dio en 1996, fecha para la cual se encontraban vigentes los artículos 5, y 6 de la ley 61 de 1987, y 22 de la ley 27 de 1992.

Para ese entonces existían las comisiones Nacional y Seccional de servicio civil ante quienes se tramitaba la inscripción en carrera administrativa.

Los trabajadores elevaron solicitud ante el gerente solicitando se tramitara su inscripción extraordinaria, sin que ésta tuviera un trámite oportuno.

No obstante meses después cuando la Corte Constitucional mediante sentencia C - 030 del 30 de enero de 1997, declaró inexecutable los artículos 5 y 6 de ley 61 de 1987, y 22 de la ley 27 de 1992, por considerar que eran violatorios del derecho a la igualdad, el departamento administrativo manifiesta que no es posible realizarla toda vez, que los empleados del nivel territorial debían estar desempeñando cargos en el subsector oficial de la salud, a 29 de diciembre de 1992, y situación imposible para quienes pertenecían al subsector privado de la salud.

Como se puede observar existe un gran vacío para el manejo de la situación laboral de estos trabajadores, para lo cual se deberá acudir a las normas constitucionales que protegen derechos como el trabajo, la igualdad, etc.

La decisión sobre estas inscripciones extraordinarias en carrera, se encuentra aún pendiente de decisión pues ante la sentencia C - 372 de 1999, que declaró la inexecutable referente a las comisiones nacional y seccional del servicio civil, este y otros asuntos se encuentran a la espera de la conformación del nuevo organismo encargado de resolver.

En la actualidad, estos servidores se encuentran en provisionalidad, y su eventual desvinculación necesariamente será sometida a litigio, puesto que la entidad argumenta no tener soporte jurídico para aplicar la tabla de indemnización propia de los funcionarios con derechos de carrera a funcionarios que no la ostentan.

8. CONCLUSIONES

1. Es cierto que las entidades deben ajustarse a los cambios que implican los procesos normativos, pero en primer lugar ha de tenerse en cuenta las implicaciones de esto en materia de personal.

2. La anterior y la nueva institución debe dejar claramente establecido y saneados sus pasivos prestacionales y pensionales.
3. Los cambios de naturaleza jurídica no pueden servir de argumento para desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores.
4. Cuando las entidades públicas se han privatizado, han respetado los derechos de los trabajadores afectados con las medidas de supresión de cargos, igual tratamiento debe darse a los casos inversos.
5. No cabe duda que situaciones como éstas generan caos administrativo en las instituciones que no saben a ciencia cierta qué normatividad aplicar.
6. Se debe procurar una solución que defina la situación sobre la posible inscripción extraordinaria en carrera administrativa, y el derecho a la indemnización en caso de desvinculación.
7. Las empresas sociales del Estado tienen un gran reto y es ser autocosteables, pero con las cargas prestacionales y con situaciones jurídicas sin definir en materia prestacional como los pasivos y derechos de sus servidores, están en un riesgo alto de tener que cerrar sus servicios.
8. El Estado debe entrar a asumir su responsabilidad y no limitarse a legislar, y a incumplir con sus compromisos como en el caso de los contratos de concurrencia.

BIBLIOGRAFÍA

Puntos a tener en cuenta

- Ley 10 de 1990
- Ley 60 de 1993
- Ley 100 de 1993
- Decreto 592 de 1994
- Ley 344 de 1996
- Ley 244 de 1995
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 1045 de 1978
- Decreto 1334 de 1990
- Ley 27 de 1992
- Sentencia C - 030 de 1997
- Decreto de prestaciones
- Inscripción extraordinaria
- Corte Constitucional