



Bogotá, D. C., 20 de julio de 2020

Presidente

Cámara de Representantes

Jorge Humberto Mantilla Serrano

Secretario General Cámara de Representantes

Cámara de Representantes

Ciudad

Referencia: Proyecto de Ley “Por medio de la cual se expide el régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal”.

Respetado Funcionario,

Radicó ante usted el presente Proyecto de Ley “Por medio de la cual se expide el régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal”., establecer normas especiales para la protección de los contratistas vinculados bajo la modalidad contractual de prestación de servicios en el sector público, así como la actualización de plantas de personal de las entidades del Estado junto con la modernización de las mismas y la prevención del encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público

En este sentido, se presenta a consideración el presente Proyecto de Ley, para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la Ley y la Constitución. Por tal motivo, adjuntamos vía correo electrónico en formato PDF y Word.

De los Honorables Congresistas,

Angélica Lozano Correa
Senadora de la República
Alianza Verde

Mauricio Toro Orjuela
Representante a la Cámara
Alianza Verde



PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2020

“Por medio de la cual se expide el régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal”.

* * *

El Congreso de la República de Colombia estreses

DECRETA

Capítulo I Disposiciones Generales

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer un régimen de transición para la protección de los contratistas vinculados bajo la modalidad contractual de prestación de servicios en el sector público de acuerdo con lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando sean de dedicación exclusiva y posean un único contrato con una entidad del sector público o de poseer varios no posean ingresos que los obliguen a declarar renta; la actualización de plantas de personal de las entidades del Estado junto con la modernización de las mismas; y la prevención del encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios que se celebren para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades del sector público.

Artículo 2. Definición y ámbito de aplicación. El contrato de prestación de servicios en el sector público es una modalidad contractual de naturaleza administrativa autónoma e independiente que se caracteriza por el especial conocimiento técnico, científico, profesional o de apoyo a la gestión que tiene el contratista. Su duración debe estar limitada por el tiempo estrictamente necesario para ejecutar el objeto del contrato y en ningún caso para el cumplimiento de actividades o funciones permanentes de las entidades públicas.

Artículo 3. Criterios de aplicación y exclusión. Se excluyen de los beneficios de la presente ley aquellas relaciones contractuales propias de profesiones liberales y las relaciones contractuales que no superen un mes de prestación de servicios continuos o discontinuos dentro de un periodo de seis meses. Las disposiciones de esta ley deberán aplicarse a quien posea varios contratos con el Estado, siempre y cuando sus ingresos no lo obliguen a declarar renta, y no tenga ningún contrato cuya vinculación sea del nivel asesor.

Artículo 4. Finalidad. Esta ley tiene como objetivo promover, proteger, y garantizar la efectividad de los derechos de quienes celebren contratos de prestación de servicios con las entidades estatales de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para prevenir y evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo esta modalidad de contratación, así como amparar el respeto a su dignidad en condiciones justas en lo referente a:

1. La protección a los contratistas de prestación de servicios en relación con un trato digno y justo.
2. El acceso de los contratistas de prestación de servicios a una información adecuada, que les permita conocer sus derechos y el alcance de las cláusulas suscritas en el contrato de prestación de servicios.
3. La libertad de constituir organizaciones de contratistas de prestación de servicios y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en la toma de decisiones que los afecten.

Las disposiciones de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al contratista de prestación de servicios atendiendo la posición dominante del contratante.

Artículo 5. Contrato realidad. Las normas contenidas en la presente ley no alteran de ninguna manera las disposiciones legales o jurisprudenciales vigentes sobre el reconocimiento del contrato realidad, pero en caso del reconocimiento de un contrato laboral los beneficios económicos otorgados con base en la presente ley deberán ser compensados con los reconocidos en virtud del Contrato realidad.

Artículo 6. Derechos de los contratistas de prestación de servicios. Sin perjuicio de los derechos, prerrogativas constitucionales, y las demás reconocidas en leyes especiales, los contratistas de prestación de servicios tendrán los siguientes derechos:

1. Recibir un trato digno.
2. A no ser objeto de tratos discriminatorios o degradantes por razón de su raza, etnia, posición económica, ideología política, religión, edad, discapacidad, edad u otro criterio similar.
3. Percibir de forma puntual el pago de sus honorarios, sin dilaciones injustificadas o descuentos ilegales.
4. Actuar con autonomía e independencia en el desarrollo de sus actividades contractuales.
5. Recibir los elementos e insumos necesarios para el cumplimiento de su objeto contractual, cuando los mismos no deban ser suministrados por el propio contratista.
6. Dentro del marco de autonomía, independencia y cumplimiento del objeto contractual, poder ausentarse de sus actividades contractuales en caso de presentarse grave calamidad doméstica, sin hacerse acreedor a sanciones o cualquier tipo de represalia en razón al ejercicio de este derecho.
7. Poder participar de eventos, reuniones o celebraciones, así como disfrutar de incentivos y estímulos similares a los otorgados a servidores públicos o empleados del régimen ordinario.

8. Cumplir sus obligaciones contractuales sin subordinación al contratante. No es obligación del contratista de prestación de servicios solicitar permisos para ausentarse del lugar de ejecución del contrato ni cumplir horarios para desempeñar sus actividades. Sin perjuicio de la obligación de cumplir de forma puntual con lo pactado en el contrato.
9. Poder ejercer derecho de asociación conforme lo establece el artículo 38 de la Constitución Nacional.
10. Ser afiliado por el contratante a una aseguradora de riesgos laborales.
11. A no ser obligado a realizar actividades diferentes a las contenidas en el objeto del contrato.
12. A no ser molestado o requerido en altas horas de la noche o en días festivos o de descanso, cuando ello no haga parte de las obligaciones razonables del contrato.
13. A no ser obligado, constreñido o acosado directa o indirectamente a prestar sus servicios sin que se encuentre en vigencia la respectiva vinculación contractual.
14. A no ser obligado a participar de actividades con fines electorales ni a apoyar a ningún candidato específico.
15. Que se le reconozcan sus derechos morales y patrimoniales de autor por las creaciones realizadas, conforme las estipulaciones contractuales o legales correspondientes.

Artículo 7. Deberes de los contratistas por prestación de servicios. Son deberes de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales, además de los contenidos en el respectivo contrato y en normas aplicables, los siguientes:

1. Aportar los documentos y soportes necesarios para su contratación y no presentar información falsa o inexacta sobre sus estudios, experiencia y demás información necesaria para acreditar los requisitos de contratación.
2. Cumplir de buena fe las obligaciones contractuales y responder por el incumplimiento de las mismas.
3. Otorgar un trato respetuoso y cortés frente a las personas con las cuales deben interactuar para desarrollar su objeto contractual.
4. Entregar en debida forma y dentro de los plazos correspondientes los informes y demás insumos que deba rendir en razón a su cargo.
5. Manejar en debida forma la información que reciba en razón a su cargo y no aprovecharse de ella para favorecer intereses propios o ajenos.
6. Afiliarse y pagar en debida forma las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y ARL, conforme a la normativa específica sobre el tema en relación con su exigencia y modalidad de pago. Cumplir con las demás obligaciones fiscales y tributarias vigentes en la ley.

Artículo 8. Deberes de los contratantes. Son deberes de las entidades estatales en calidad de contratantes, además de los contenidos en el respectivo contrato y en las demás normas aplicables, los siguientes:

1. Cumplir con los derechos de los contratistas y verificar el cumplimiento de los deberes de los mismos.
2. No encubrir relaciones laborales mediante la figura del contrato de prestación de servicios.
3. Aplicar los principios de transparencia, publicidad y criterios de mérito en la selección de contratistas.
4. Otorgar un trato igualitario a todos los contratistas.
5. Realizar el pago de los honorarios de forma oportuna y sin dilaciones injustificadas.
6. No aplicar al contratista las disposiciones contenidas en los reglamentos internos de trabajo, ni dar trámite a procesos disciplinarios en su contra que ocasionen sanciones bajo el sustento de normativa aplicable al personal de planta o al que ostenta un contrato de trabajo.
7. Respetar el goce efectivo de los derechos que se le conceden al contratista en virtud de su aseguramiento y pago el sistema de seguridad social como independiente.
8. No modificar de forma unilateral las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación de los servicios contratados, de manera que no se impongan límites o restricciones a la autonomía del contratista.
9. Se prohíbe la ambigüedad en la descripción del objeto del contrato y de las actividades a desarrollar por el contratista. La redacción debe ser clara y específica.
10. Garantizar los derechos de asociación sindical de los contratistas de prestación de servicios.

Capítulo II Garantías Mínimas de los Contratistas

Artículo 9. Cláusula Penal Obligatoria. Todo contrato de prestación de servicios que se encuentre dentro de los criterios de aplicación de la presente ley deberá incluir una cláusula penal en favor del contratista, de por lo menos un 10% del valor total del contrato, y será exigible cuando el contratante incumpla las disposiciones contractuales o vulnere los derechos reconocidos en la presente ley. En caso de que exista cláusula penal en favor del contratante, ésta no podrá ser superior a la cláusula en beneficio del contratista.

Artículo 10. Cálculo del monto de los honorarios para el sector público. Para calcular el monto de los honorarios de los contratos de prestación de servicios de personas naturales, las entidades públicas deberán expedir por resolución una tabla en la cual se equiparen los montos de ingresos percibidos mensualmente por los servidores públicos de planta con respecto a los contratistas, teniendo en cuenta las funciones del contrato y los requisitos de formación académica y experiencia correspondientes, con el objetivo disminuir la brecha de

diferenciación en la remuneración entre el contratista de prestación de servicios y el vinculado mediante una relación laboral.

Artículo 11. Estabilidad ocupacional reforzada. La estabilidad ocupacional reforzada que regula la presente ley es la garantía de no terminación del contrato de prestación de servicios que cobija a los contratistas del sector público que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud, condición, teniendo en cuenta además aquellas contratistas en estado de embarazo o periodo de lactancia. En consecuencia, ningún contratante puede dar por terminado un contrato de prestación de servicios mientras el contratista se encuentre en una de las situaciones anteriores.

Parágrafo. Las contingencias de los riesgos a la salud entre ellas el pago de incapacidades y licencias de maternidad o paternidad en el caso de los contratistas de prestación de servicios se encuentran cubiertas por el aseguramiento que realizan como independientes. El contratista deberá efectuar el cobro de la prestación económica ante la EPS O EOC conforme lo estipulado en el Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social o el que haga sus veces para la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 12. Garantía de no terminación anticipada. Los contratantes no podrán dar por terminado de forma anticipada los contratos de prestación de servicios del sector público que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud, y a las contratistas en estado de embarazo o en el periodo equivalente a la licencia de maternidad. Esta garantía no se entenderá como una ampliación o extensión de las fechas de terminación pactadas en los contratos.

Parágrafo. Las contingencias de los riesgos a la salud entre ellas el pago de incapacidades y licencias de maternidad o paternidad en el caso de los contratistas de prestación de servicios se encuentran cubiertas por el aseguramiento que realizan como independientes. El contratista deberá efectuar el cobro de la prestación económica ante la Entidad Prestadora de Salud (EPS) o Entidades Obligadas a Compensar (EOC) conforme a lo regulado en el Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social o el que haga sus veces para la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

Artículo 13. Cláusula de disfrute del descanso necesario. Los contratistas de prestación de servicios tendrán derecho a que dentro de su contrato de prestación de servicios se pacten 12 días de disfrute de descanso necesario por año de servicio, o proporcional al término pactado en el contrato de prestación de servicios. El descanso necesario está cubierto dentro

del valor total del contrato de prestación de servicios, y no acarrea costos adicionales para el contratante, en tanto se trata del disfrute únicamente de días de descanso dentro del término de vigencia del contrato de prestación de servicios.

Parágrafo. Está prohibido compensar en dinero el tiempo de disfrute del descanso necesario.

Artículo 14. Disfrute del descanso necesario. El disfrute del descanso necesario debe señalarse por el contratante dentro de la vigencia del término del contrato de prestación de servicios suscrito, sin perjudicar el servicio prestado al contratante ni la efectividad del descanso del contratista, y se extingue con la celebración de un nuevo contrato de prestación de servicios.

Artículo 15. Derechos colectivos de los contratistas de prestación de servicios. El Estado reconoce a los contratistas de prestación de servicios como trabajadores autónomos e independientes, y por lo tanto garantiza sus derechos constitucionales de reunión y asociación sindical.

Los contratistas de prestación de servicios podrán afiliarse al sindicato público o privado de su preferencia y participar en los movimientos sindicales que los mismos realicen, también podrán constituir nuevas organizaciones sindicales. El Ministerio del Trabajo deberá ofrecer las garantías para que se puedan constituir asociaciones sindicales de contratistas de prestación de servicios.

Artículo 16. Acceso a cajas de compensación familiar y simplificación de las cotizaciones a seguridad social. Los contratistas de prestación de servicios tendrán derecho a que los contratantes los afilien a un plan de caja de compensación que ofrezca como mínimo acceso a beneficios en educación, capacitación, turismo y acceso a espacios de recreación, deporte y turismo. Este plan deberá tener una cobertura familiar en las mismas condiciones que se ofrecen para los planes ordinarios.

Las cajas de compensación ofrecerán también servicios de subsidio de vivienda, créditos, subsidios monetarios, descuentos en el plan complementario de salud y otros beneficios que deberán ser adquiridos directamente por los contratistas de prestación de servicios.

Parágrafo. Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público; Salud y Protección Social; Ministerio del Trabajo, Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizarán la unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y cajas de compensación familiar, que deban realizar los contratistas en general y de quienes perciban ingresos de forma simultánea en razón a la concurrencia de varios contratos de prestación de servicios, o de estos con actividades laborales dependientes o de pensionados. En todo caso la cotización deberá hacerse siempre con posterioridad al respectivo pago de honorarios, es decir, mes vencido y permitir la realización de todos los trámites de manera virtual.

Artículo 17. Incentivo a la cultura del ahorro y prima anual de ahorro. El Fondo Nacional de Ahorro creará una línea especial de créditos y ahorro programado para educación y vivienda centrada en las personas que se encuentren vinculadas por prestación de servicios.

Cuando un contratista de prestación de servicios con dedicación absoluta haya cumplido un año (1) de servicios continuos o discontinuos a una misma entidad, tendrá derecho a que se le consigne en el Fondo Nacional del Ahorro una prima de ahorro equivalente al 25% del valor de los honorarios devengados por un mes en el promedio de los últimos seis (6) meses.

Artículo 18. Acoso hacia Contratistas de Prestación de Servicios. Se prohíbe toda conducta persistente y demostrable, por parte del contratante o sus representantes, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror, angustia, perjuicios económicos, desmotivación, o inducir a la terminación anticipada o al incumplimiento del contrato.

Las modalidades de acoso son las de maltrato, discriminación y entorpecimiento contractual, para lo cual se valorarán las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas. La autoridad competente para atender las denuncias de acoso contractual será el Ministerio Público para los contratistas del Estado.

Parágrafo. Para la interpretación del presente artículo serán aplicables las disposiciones de la Ley 1010 de 2006 que no le sean contrarias, en el entendido que se trata de vinculación mediante contrato de prestación de servicios, incluyendo la regulación del procedimiento sancionatorio.

Capítulo III

Mecanismos de Seguimiento a la dignificación de la Situación de los Contratistas de prestación de servicios en el sector público.

Artículo 19. Límites a la contratación por prestación de servicios. Todas las entidades del Estado deberán definir topes máximos para la contratación por prestación de servicios, la cual debe guardar coherencia con su nómina de trabajadores so pena de sanciones administrativas, penales y disciplinarias por uso indebido de los recursos públicos.

Artículo 20. Seguimiento al porcentaje de contratistas de prestación de servicios. El Presidente de la República o quien sea delegado para tal fin, en coordinación con los Alcaldes y Gobernadores deberán definir mecanismos concretos para el seguimiento global del número de contratistas de prestación de servicios en el Estado, donde se determine en tiempo real: Valores contratados; funciones; entidades contratantes, ya se del nivel municipal, departamental o de la Nación.

Artículo 21. Mecanismos de control y seguimiento: El SECOP y el SIGEP se articularán para incluir categorías comunes dentro de sus bases de información para hacer seguimiento a la población contratada por prestación de servicios en el Estado.

Artículo 22. Actualización de Plantas de Personal. Todas las entidades del sector público, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, con el objetivo de reducir las vinculaciones mediante contrato de prestación de servicios, en tanto los mismos tienen un carácter excepcional, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto.

Parágrafo 1. Para el cumplimiento del presente artículo las entidades públicas deberán articularse con la Mesa Técnica bipartita, instalada por el Gobierno Nacional en cumplimiento del acuerdo de negociación colectiva 2019 suscrito con las organizaciones sindicales del sector público.

Parágrafo 2. Las entidades del sector público contarán con un periodo de tres años para la reducción de los contratos de prestación de servicios que no se encuentren directamente relacionados con las funciones propias de cada entidad. Lo anterior, en concordancia con el Decreto 1800 del 07 de octubre de 2019.

Artículo 23. Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el empleo digno. Otórguesele rango legal a la Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el empleo digno creado mediante el Decreto 1800 de 2019.

Artículo 24. Informe Institucional sobre la situación de los contratistas de prestación de servicios del sector público. Las recomendaciones técnicas y normativas de alto nivel para la toma de decisiones emitidas por la Mesa Técnica Bipartita deberán ser públicas, de libre acceso y estar disponibles en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Artículo 25. Actualización de las plantas globales de empleo. En el marco de la actualización de las plantas globales del empleo del Estado las entidades del nivel municipal, distrital o de orden nacional podrán optar por realizar:

1. Acuerdos de formalización laboral.
2. Creación de plantas temporales de personal.

Los Acuerdos de formalización laboral y la creación de plantas temporales corresponden a una medida transitoria a la cual se le dará solución definitiva una vez se emitan los informes Institucionales sobre la situación de los vinculados por contrato de prestación de servicios del sector público, y deberá contar con la aprobación de la Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizar el empleo digno.

Artículo 26. Acuerdos de formalización laboral. Las entidades u organismos del sector público donde se determine la existencia de faltantes en las plantas de personal podrán acudir a los acuerdos de Formalización Laboral, suscritos entre uno o varios empleadores y una Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo, previo visto bueno del Despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección. En los cuales se deberán consagrar los compromisos de mejora en formalización, mediante la celebración de contratos laborales con vocación de permanencia, en concordancia con la viabilidad presupuestal.

Artículo 27. Creación de plantas temporales de personal. A costo cero, las Plantas de Personal en el nivel Nacional y Territorial, serán ampliadas con mínimo el 70% del valor de los recursos de Inversión destinados a los Contratos Administrativos de prestación de servicios. Se crearán plantas temporales de personal para las entidades que no cuenten con el talento humano suficiente para atender el cumplimiento de sus deberes constitucionales y

legales, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.1.1.1 del Decreto 1083 de 2015 previo estudio técnico y acorde con lo dispuesto en el artículo 2.2.12.1 y 2.2.12.2 del Decreto 1083 de 2015.

Capítulo IV

Prevención de Encubrimiento de Relaciones Laborales en el sector público

Artículo 28. *Repetición por encubrimiento de relaciones laborales.* Las entidades del Estado podrán repetir por condenas derivadas de la declaración de un contrato realidad, contra el servidor público que tenga bajo sus funciones y responsabilidad la contratación mediante contratos de prestación de servicios, siempre y cuando se demuestre la responsabilidad, para lo cual se adelantará el debido proceso disciplinario.

Artículo 29. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

De los Honorables Congresistas,



Angélica Lozano Correa
Senadora de la República
Alianza Verde



Mauricio Toro Orjuela
Representante a la Cámara
Alianza Verde

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

“Por medio de la cual se expide el régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales y se dictan otras disposiciones para evitar el encubrimiento de relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en el sector público y la modernización estatal de las plantas de personal”

* * *

Contexto

En Colombia la modalidad de contratación por prestación de servicios se ha utilizado como forma de encubrir relaciones laborales tanto en el sector público como en el sector privado, con la finalidad de eludir las garantías laborales de los trabajadores. Esto ha ocurrido en buena medida por la ausencia de una regulación específica del Contrato de prestación de Servicios que permita prevenir los encubrimientos, más allá de las consideraciones de las altas cortes en la materia.

Al respecto, es clave tener en cuenta las recomendaciones de la OIT que hacen énfasis en “las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”¹.

La prestación de servicios viene convirtiéndose en Colombia, en la manera de evadir el esquema de protección social de los trabajadores o en la forma de contratar sin unas garantías mínimas que atentan contra la dignidad humana. “En efecto, el contrato realidad es aquel que, pese a sus contenidos y apariencia, constituye una verdadera relación de trabajo dependiente, de modo que más allá de los documento o las palabras que se usan los contratantes para definir este tipo de relación que contraten, lo relevante es el contenido material de esta”².

“Las decisiones sobre el congelamiento de los gastos de funcionamiento (Ley 617 de 2000), la Ley 550 a la que se acogieron algunos municipios y los cambios realizados a la normativa que rige la contratación por prestación de servicios, como la Ley 1150 de 2007, han generado un aumento de la población contratada por esta modalidad

¹OIT R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de julio de 2019. Rad 73707. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

(Comisión del Gasto y la Inversión Pública, 2018), lo que pudo afectar la eficiencia del gasto público y propiciar espacios para el clientelismo, el patronazgo político y la efectividad de las organizaciones públicas”³.

En la práctica, no resulta razonable señalar que existen diferencias entre las actividades realizadas por los trabajadores o servidores públicos frente a los contratistas de prestación de servicios, sin embargo, existe una particularidad derivada del régimen legal que los ampara. De ahí que sea preciso generar una serie de garantías que sin alterar la naturaleza propia del contrato de prestación de servicios propendan por generar un trato digno para los contratistas como medida transitoria por el laxo de tiempo que le tome al Estado regularizar sus plantas de personal.

La jurisprudencia viene indicando que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación, razón por la cual es necesario determinar las condiciones de autonomía propias del contratista de prestación de servicios, con el objetivo de prevenir que se disfrace un contrato laboral bajo la modalidad de prestación de servicios. Es imperativo, por un lado, dar aplicación al principio de primacía de la realidad, y por el otro generar unas condiciones mínimas para los contratistas que pese a no encontrarse subordinados si desarrollan una labor que merece un trato digno.

En ese sentido, vale la pena señalar que el presente régimen no pretende equiparar, mutar o eliminar la modalidad de contrato de prestación de servicios frente a la modalidad de contrato laboral, pero si tiene por objetivo crear un marco normativo que impida que se presenten abusos por parte de los contratantes que usan esta modalidad. Además de delimitar las condiciones que deben generarse dentro del contrato para que la autonomía del contratista tenga asiento dentro de la normativa.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el documento *Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional* acerca de la configuración del contrato realidad, tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales, señala que la “jurisprudencia de las altas Cortes ha establecido una serie de elementos que configuran el contrato de prestación de servicios, a saber:

- Excepcionalidad, pues solo se pueden celebrar con el fin de atender actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados⁴.

³ Becerra Óscar, González María Alejandra y Sanabria Pulido Pablo. Nota Política N° 35. ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. Universidad de los Andes. Noviembre de 2019. ISSN 2027-7199.

⁴ Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, en el documento *Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional* acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144 01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez; sentencia del 4 de noviembre de 2010. Exp. 15001-23-31-000-2006-01415-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 17 de abril de 2013. Exp. 25000-23-25-000-2008-00776-01. M.P. Alfonso Vargas Rincón;

- Temporalidad, ya que su duración dependerá del tiempo estricto que conlleve la ejecución de la actividad contratada⁵.
- Autonomía, pues el contratista ejerce de forma discrecional las obligaciones adquiridas, y en razón de su especialidad, desde el punto de vista técnico y científico, se presume que conoce la mejor manera de cumplir la labor⁶.
- Remuneración, la cual se efectúa a través de honorarios.⁷

De manera que si quien requiere el servicio no está dispuesto a afrontar el pago de prestaciones sociales, debe estar dispuesto a garantizar que el contratista tenga autonomía; de lo contrario se vería abocado a asumir las consecuencias de la declaratoria de contrato realidad.

Cuando se enuncia el principio de primacía de la realidad “se piensa de inmediato en las distintas modalidades contractuales que pueden servir para escamotear la relación laboral. Pero eso es apenas uno de los posibles modos de evadir la realidad. Otro, y bien importante, consiste precisamente en fragmentar la unidad dada por un fin lucrativo único, en tantas actividades como la empresa real lleva a término, con el propósito de evadir cargas laborales mayores”⁸

“Es, precisamente, lo que el principio contenido en el artículo 53 superior pretende evitar y, por tanto, al legislador le está vedado legitimarlo”⁹, por lo que clarificar el alcance de la autonomía del contratista es una garantía, no solamente respecto de su mayor autonomía en razón del contrato de prestación de servicios, sino que también es una forma de prevenir que se disfracen relaciones laborales como de prestación de servicios.

sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Corte Constitucional. Sentencia C- 614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, en el documento Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, en el documento Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de julio de 2007. Exp. 44001-23-31-000-2001-00134-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez; sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2001-03195-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez; sentencia del 22 de julio de 2010. Exp. 05001-23-31-000-1998-03894-01. M.P. Ibídem; y sentencia del 29 de abril de 2010. Exp. 05001-23-31-000-2000-04729-01. M.P. Ibídem.

⁷ Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado, en el documento Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad, citando al Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2012. Exp. 76001-23-25-000-1999- 00272-01(21181). M.P. Hernán Andrade Rincón; Igualmente en Corte Constitucional. Sentencia T-1143 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de 2000 Septiembre 13 Sala Plena, Sentencia C-1185 Ref.: Exps. D-2852 y D-2864.M.P: Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de 2000 Septiembre 13 Sala Plena, Sentencia C-1185 Ref.: Exps. D-2852 y D-2864.M.P: Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

No siempre se presume la existencia de una relación laboral con una persona vinculada por medio de contrato de prestación de servicios, sólo cuando se demuestra que hubo ejecución personal de la labor.

Régimen de protección de los contratistas de prestación de servicios

La lógica contractual prohíbe el abuso de la posición dominante; y en el caso de los contratantes en el contrato de prestación de servicios es clara su posición ventajosa que tienen frente a la negociación con el contratista. El establecimiento de un régimen de protección para los contratistas es garantía del cumplimiento de mínimos asociados a la dignidad de la labor prestada y la garantía de prevención de no menoscabar la primacía de la realidad, en tanto deja claras las implicaciones de la autonomía propia de los contratistas.

Acorde con la RAE, el trabajo es una ocupación retribuida, sin entrar a determinar la modalidad contractual mediante la que se vincula a quienes prestan el servicio. El artículo 53 de la Constitución consagra el denominado estatuto del trabajo que contiene una serie de principios mínimos fundamentales aplicables a todas las personas que desarrollen o presten servicios, y que se hacen más rigurosos en la medida en que quien preste los servicios se vincule mediante un contrato laboral, en tanto al mismo le son inherentes prerrogativas derivadas de la condición de subordinación en la que se presta el servicio sin que ello sea óbice para no aplicar estas máximas en quienes se ocupen de prestar sus servicios sin ser subordinados, atendiendo al simple respeto de la dignidad humana que constituye una regla.

La Carta Política establece una serie de principios en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales no se conviertan en meros enunciados abstractos carentes de eficacia, máxime si tenemos en cuenta que los derechos fundamentales legitiman el orden jurídico y son garantía esencial para el respeto a la dignidad humana, en ese sentido se crean y se elevan a rango legal figuras jurisprudenciales como alternativas representadas en el descanso necesario, la asociación sindical, cláusula penal obligatoria, cálculo del monto de los honorarios para el sector público, estabilidad ocupacional reforzada, garantía de no terminación anticipada y Cláusula de disfrute del descanso necesario con el objetivo de dignificar las actividades del contratista.

En el caso del descanso necesario, el mismo tiene como objetivo esencial que quien vende su fuerza de trabajo recupere las energías y preserve su capacidad de desarrollar las actividades propias de su prestación remunerada, sin perjuicio que se dé mediante la modalidad de contrato de trabajo o de prestación de servicios, máxime si en este último caso el contratista tiene dedicación exclusiva a un solo contrato de prestación de servicios. Ignorar este derecho inherente a la dignidad implicaría validar consignas propias de la época de la esclavitud que fue proscrita en Colombia desde hace mucho tiempo.

Pese a lo anterior, la normativa no pretende equiparar la remuneración de las vacaciones consagrada en el derecho laboral sino que pretende instituir una práctica que se viene dando entre contratante y contratista, y se encuentra representada en la concesión de días para su descanso y disfrute. Es pertinente señalar que en el caso de las vacaciones en materia laboral

existe el disfrute y la compensación en dinero siendo un factor prestacional, en el caso del contrato de prestación de servicios lo que se pretende es que dicho descanso se contemple desde el inicio del contrato únicamente para su disfrute, y no dependa de la habilidad del contratista de negociación con el contratante sino que sea un derecho incluido en el contrato que no genera cargas prestacionales, en tanto nos encontramos frente a modalidades contractuales diferentes.

En efecto los cambios en las modalidades contractuales y la nueva dinámica del mercado laboral no puede implicar el abuso de la posición dominante de los contratantes ni el irrespeto a mínimos como el descanso y el trato digno. Es por ello que se consagró la obligatoriedad de la *Cláusula de disfrute del descanso necesario*, con el único objetivo que el contratante dentro de su contrato de prestación de servicios debe contemplar que el contratista requiere unos días para descansar y recuperar energía para mantener sus capacidades al 100%. Este derecho no puede ser compensado y no constituye un factor prestacional. Es clave entender que la dinámica de los contratos de prestación de servicios en el pago es diferente a la de los contratos laborales, en tanto los contratos de prestación de servicios parten de un monto total que se divide en pagos por entrega de productos que pueden o no ser mensuales mientras que el contrato laboral parte de la lógica del salario y la entrega de factores prestacionales.

El Decreto 917 de 1999 derogado por el art. 6 del Decreto Nacional 1507 de 2014, en su artículo 2 define la Capacidad Laboral: “Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual, definición ratificada por el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”.

En ese sentido es preciso señalar que la condición de salud es un término genérico que incluye las categorías de enfermedad sea esta aguda o crónica, trastorno, traumatismo y lesión. En una condición de salud pueden considerarse otras circunstancias como el embarazo el envejecimientos o anomalías congénitas o predisposiciones genéticas¹⁰.

Por su parte la estabilidad reforzada tiene asiento tanto en el derecho laboral bajo la denominación de estabilidad laboral reforzada como en la modalidad de contrato de prestación de servicios bajo la denominación de estabilidad ocupacional reforzada, pero únicamente para aquellos individuos que se encuentren en unas determinadas condiciones. En tanto el objetivo perseguido por la constitución es proteger el derecho que tiene la persona en situación de debilidad manifiesta, de que su vínculo contractual se mantenga para su situación especial y no sea objeto de circunstancias que la agravan, con fundamento en decisiones arbitrarias del contratante en el contrato de prestación de servicios, o el empleador en el contrato laboral.

¹⁰ Universidad de la Sabana, semillero de derecho laboral y de seguridad laboral, podcast de fecha 14 de marzo de 2019.

La Corte Constitucional en Sentencia SU049/17 reseñó en relación con el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada que no se limita a quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, y en ese sentido manifiesta:

“La jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.”¹¹

“La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”¹²

En lo que atañe a la cobertura de las contingencias de los riesgos a la salud entre ellas incapacidades y licencias de maternidad- paternidad, las mismas en el caso de los contratistas de prestación de servicios se encuentran cubiertas por el aseguramiento que realizan como independientes. Ahora bien, no resulta lógico que se informe la terminación del vínculo contractual mientras el contratista esté afectado por una incapacidad médica, máxime si por ejemplo el origen de los problemas de salud que ocasionaron estas incapacidades fue un accidente de carácter profesional suscitado en ejercicio de sus labores.

En ese sentido el Ministerio de Salud en radicado 20190000973221 al referirse a los derechos para reclamar incapacidades, licencias de maternidad o paternidad de contratistas de prestación de servicios que aportan como independientes reseñó que para el caso adquiere la figura de trabajador independiente, y su cotización al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones lo realizará mes vencido sobre el mínimo el 40% del valor mensualizado del o los contratos.

En lo que atañe a la licencia de maternidad el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016 “Decreto único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, señala:

“Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia SU049/17 de 2 de febrero de 2017 M.P: María Victoria Calle Correa.

¹² Corte Constitucional, Sentencia SU049/17 de 2 de febrero de 2017 M.P: María Victoria Calle Correa.

hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC. ”

Por su parte en el artículo 2.1.13.3. del Decreto 780 de 2016 se reglamenta:

“Licencia de maternidad de la trabajadora independiente con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Cuando la trabajadora independiente cuyo ingreso base de cotización sea de un salario mínimo mensual legal vigente haya cotizado un período inferior al de gestación tendrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad conforme a las siguientes reglas:

1. Cuando ha dejado de cotizar hasta por dos períodos procederá el pago completo de la licencia.
2. Cuando ha dejado de cotizar por más de dos períodos procederá el pago proporcional de la licencia en un monto equivalente al número de días cotizados que correspondan frente al período real de gestación.”

En lo que atañe a la licencia de paternidad, el artículo 2.1.13.3 del mencionado Decreto reseña:

“Licencia de paternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al

período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

En los casos en que durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones habrá lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC”.

Por su parte en lo referente a las incapacidades por enfermedad general la reglamentación reseña:

“Artículo 2.1.13.4: Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.”

En cuanto al pago de las incapacidades de origen común la normativa reglamentaria reseña:

“Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de

intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar”.

Es pertinente manifestar que con ocasión del aseguramiento los independientes tienen derecho a disfrutar de los riesgos que aseguran, y en ese sentido no sería justo que su contratante utilizará su situación desfavorable para justificar la terminación de su relación contractual, máxime cuando el riesgo ni siquiera es asumido por el contratante.

Prevención del daño antijurídico contra el Estado

Quienes suscriben un contrato de prestación de servicios con el Estado, deben registrar su hoja de vida en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público - SIGEP, dando cumplimiento artículo 227 del Decreto 019 de 2012. Acorde con Función Pública una vez revisado el -SIGEP, con corte al 09 de julio de 2019 se encontraron 76.847 contratos de prestación de servicios.

Pese a lo anterior Función Pública señaló que no todos los contratistas suben su hoja de vida al SIGEP, razón por la cual esta cifra no muestra el panorama total de los contratistas de prestación de servicios del Estado, en tanto muchos optan por registrarse únicamente en el SECOP, circunstancia que nos lleva concluir que a la fecha ni siquiera tenemos certeza sobre la ubicación de estos contratistas en el Estado, y devela una vez más una debilidad para atacar las causas que le dieron origen a este crecimiento desordenado del Estado en detrimento de los individuos que se vinculan por medio de esta modalidad.

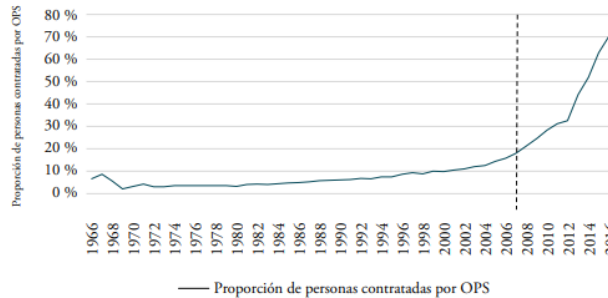
La “imprecisión de las cifras sobre calidad del empleo de los contratistas limita la posibilidad de contar con políticas macro de empleo público y gestión del talento humano basadas en evidencia (Sanabria, 2016, 2015; Comisión del Gasto y la Inversión Pública, 2018)”¹³

“Los datos de empleo de la última década reflejan el aumento en la proporción de personas contratadas por Órdenes de Prestación de Servicios (OPS) por año de inserción al mercado laboral en el sector público. Mientras que dentro del grupo de quienes ingresaron al mercado laboral en 2007 solo 20 % se vinculó mediante un contrato OPS, en 2017 esa proporción se elevó a 70 % (ver figura 1)”¹⁴

¹³ Becerra Óscar, González María Alejandra y Sanabria Pulido Pablo. Nota Política N° 35. ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. Universidad de los Andes. Noviembre de 2019. ISSN 2027-7199.

¹⁴ *Ibíd.*

Figura 1. Porcentaje de personas contratadas por OPS de acuerdo con el año al que ingresan al mercado laboral

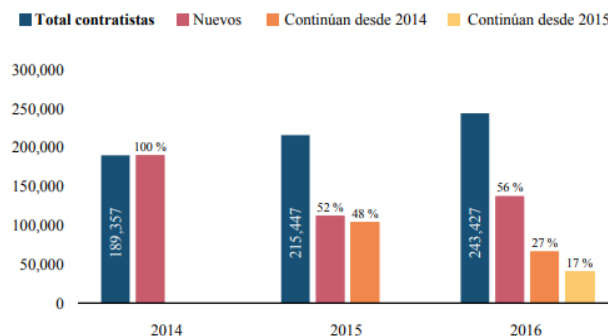


Fuente: elaboración propia con datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares 2008-2017

El régimen de protección de los derechos de los contratistas de prestación de servicios configura, sin duda, un avance significativo en materia de protección al individuo vinculado mediante esta modalidad, y determina sus características propias para generar conciencia sobre la ineficacia de la celebración de contratos que atenten contra el principio de primacía de la realidad y encubren relaciones laborales junto con sus graves consecuencias a nivel disciplinario y pecuniario.

“De acuerdo con estadísticas de Colombia Compra Eficiente la contratación aumenta de forma dramática en el sector público”¹⁵

Figura 2. Contratos por prestación de servicios 2014, 2015 y 2016



Fuente: elaboración propia con datos de Colombia Compra Eficiente

“Un indicador de las diferencias entre los trabajadores y los contratistas de prestación de servicios puede ser dada por la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) entre 2008 y 2017, encuesta aplicada mensualmente a un grupo representativo de hogares, la posibilidad

¹⁵ *Ibíd*em

de tener contrato por prestación de servicios era baja para la población en general, mientras que después de 2007 se experimenta un aumento y este es diferencial por nivel educativo”

“Diferencias en calidad del empleo por tipo de contrato en el sector público colombiano en promedio, ser contratista disminuye 37 % el salario bruto mensual devengado con respecto a tener un contrato de planta. Esta brecha, en términos de salario, aumenta una vez se aplican los descuentos para prestaciones sociales, teniendo en cuenta que los contratistas deben asumir el pago de las prestaciones y no tienen primas ni bonificaciones como en el caso de otros tipos de contrato”. “En promedio, encontramos que los contratistas trabajan cinco horas menos a la semana frente a quienes tienen un contrato de planta; además, ser contratista aumenta la probabilidad de tener un trabajo secundario.”¹⁶

Tabla 1. Efectos de la contratación por prestación de servicios en la calidad del empleo en el sector público colombiano

	VARIABLES	OPS-MC2E	Error estándar
(1)	Log salario mensual	-0,379***	(0,045)
(2)	Horas trabajadas	-5,058**	(2,191)
(3)	Trabajo secundario	0,111***	(0,025)
(4)	Conformidad tipo contrato	-0,0393	(0,035)
(5)	Desea cambiar de trabajo	0,268***	(0,041)
(6)	Satisfecho con trabajo	-0,277***	(0,036)
(7)	Satisfecho con beneficios	-0,779***	(0,061)
(8)	Satisfecho con jornada	-0,488***	(0,052)
(9)	Empleo estable	-0,503***	(0,051)
(10)	Compatibilidad con familia	-0,104*	(0,057)

* valor-p < 0,10; ** valor-p < 0,05; *** valor-p < 0,01

Fuente: elaboración propia con datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares 2008-2017

Una vez consultado el Ministerio del Trabajo, es posible determinar que a la fecha no existe una autoridad competente para atender las quejas correspondientes a los abusos de quienes contratan por prestación de servicios, y que el tema de declaración del contrato realidad ante un intento por disfrazar una relación subordinada bajo el manto de la modalidad contractual

¹⁶ *Ibidem*

de contrato de prestación de servicios sólo tiene la vía judicial, lo que de plano hace de difícil acceso a la garantía de los derechos de los individuos atendiendo los costos que implica activar el aparato judicial y la larga duración de los procesos, menoscabando los derechos de los contratistas.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se creó mediante la Ley 1444 de 2011, y su objetivo es la estructuración, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación encaminada a la reducción de la responsabilidad patrimonial.

Las problemáticas planteadas se hacen evidentes al indagar con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el número de procesos existentes en materia laboral y laboral administrativo en contra del Estado, cuya pretensión principal es la declaratoria de contrato realidad, en atención a que se vincularon personas mediante la modalidad de prestación de servicios disfrazando verdaderas relaciones laborales. Al realizar la consulta en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado- eKOGUI con corte al 30 de junio de 2019, se identificaron un total de 7.266 procesos judiciales activos en contra de la Nación, por temas relacionados con “configuración del contrato realidad”, cuyas prestaciones ascienden a \$953.919.649.672 indexados a la fecha de corte.

JURISDICCIÓN	PROCESOS	PRETENSIONES (Miles de Millones)
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	2995	\$503,30
ORDINARIO LABORAL	4271	\$450,62
TOTAL	7266	\$953,92

En la tabla, se presenta esta información desagregada por la jurisdicción del proceso.

Las pretensiones de los 7.266 procesos iniciados en contra del Estado por temas relacionados con la configuración del “contrato realidad” ascienden a la suma de \$953.919.649.672, indexados a la fecha de corte, sin que exista una herramienta que a la fecha permita realizar las estimaciones de los valores de condenas que puedan proferir por estos procesos acorde con la Agencia, lo cual resulta preocupante para las finanzas del Estado si tenemos en cuenta el evidente detrimento patrimonial.

Se identificaron un total de 174 entidades de orden nacional con procesos activos en su contra por configuración del contrato realidad, donde las entidades que registran las sanciones más representativas son:

ENTIDAD	PROCESOS	PRETENSIONES (Miles de millones)
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	778	\$ 164,96
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR	1366	\$ 153,31
PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION	1042	\$ 130,08
PAR CAPRECOM LIQUIDADO	827	\$ 97,29
POLICIA NACIONAL	813	\$ 86,17
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES	674	\$ 72,29
MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL	439	\$ 68,95
UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION	238	\$ 47,13
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO	318	\$ 38,41
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL	384	\$ 35,25
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL	101	\$ 26,13
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO	39	\$ 20,98
MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO	226	\$ 20,48
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL	188	\$ 18,76

ENTIDAD	PROCESOS	PRETENSIONES (Miles de millones)
PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DAS Y SU FONDO ROTATORIO	110	\$ 16,32
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA	19	\$ 15,54
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.	129	\$ 15,17
ECOPETROL S.A. - NIVEL CENTRAL	108	\$ 13,95
FONDO NACIONAL DE AHORRO	208	\$ 13,78
REFINERIA DE CARTAGENA S.A.	76	\$ 8,81
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL	77	\$ 8,66
MINISTERIO DEL TRABAJO	60	\$ 8,01
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA	19	\$ 7,93
AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES	3	\$ 7,80
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA	34	\$ 7,10
MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE	9	\$ 7,06
BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.	18	\$ 6,52

En la tabla 2, información de extractada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del - eKOGUI

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado identificó un total de 2.469 procesos judiciales terminados con sentencias proferidas en los últimos siete (7) años por temas relacionados con “configuración del contrato realidad”, cuyas prestaciones ascienden a \$263.465.018.083 indexados a la fecha de corte, en los que el sentido del fallo fue desfavorable para la Nación (siendo responsabilidad de las entidades públicas del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.2.3.4.1.3 del Decreto 1069 de 2015 el reporte y actualización de la información contenida en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado -Ekogui-).

Plantas de personal y contratistas en el Estado.

El 24 de mayo de 2019 se suscribió el Acuerdo Nacional entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales de empleados públicos, y como resultado de esto se acordó reglamentar el numeral 2 del artículo 17 de la ley 909 de 2004 para señalar criterios orientadores que permitan mantener actualizadas las plantas de personal. Adicional a eso, se ordenó crear una mesa de trabajo que tendrá por finalidad revisar cual es la situación actual de las plantas de personal de las entidades a tratar dentro del cronograma, la cual se reglamenta a través de la adición del capítulo 4 al título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se desarrolló lo relacionado con la actualización de plantas globales de empleo.

El Gobierno Duque avanzó en el tema de plantas de personal, en tanto expidió el Decreto 1800 del 7 de octubre de 2019 para actualizar las plantas globales de empleo, donde creó además una mesa con los trabajadores para identificar las entidades y organismos del ejecutivo del orden nacional que presenten un número significativo de contratistas de prestación de servicios e ir normalizándolos.

Siguiendo con lo anterior, dentro de ese decreto se ordena crear la mesa técnica bipartida “*por el empleo público, la actualización/ampliación de las plantas de empleo, la reducción de los contratos de prestación de servicios y garantizando el trabajo digno y decente*”. Esta mesa de trabajo busca identificar cuáles son las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional que presentan un número significativo de contratos de prestación de servicios y de esta forma adoptar un cronograma de tareas, responsabilidades y fechas para que en el término de 3 años, de forma progresiva se continúe dando cumplimiento a los acuerdos colectivos sindicales suscritos en el año 2013 (punto 17), 2015 (punto 1) y 2017 (punto 1.1), entorno a la temática de actualización/ampliación de plantas de empleo.

La Mesa Técnica Bipartida tiene las siguientes funciones:

1. Elaborar un cronograma para identificar las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional que deben adelantar un proceso de actualización/ ampliación de su planta de empleos, en razón a que cumplen funciones a través de contratos de prestación de servicios.

2. Solicitar a las entidades los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos y sus fuentes de financiación
3. Instar a las entidades la actualización o ampliación de sus plantas de empleo
4. Elaborar informes de seguimiento de la actualización de las plantas de empleo.
5. Expedir su propio reglamento.

Integrantes de la Mesa Bipartida:

1. El (la) Ministro(a) del Trabajo, o su delegado(a), quien la presidirá.
2. El (la) Ministro(a) de Hacienda y Crédito Público, o su delegado (a).
3. El (la) Director (a) del Departamento Administrativo de la Función Pública, o su delegado (a).
4. El director (a) del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado(a)
5. Ocho representantes de las organizaciones sindicales, uno por cada Central Sindical: CUT, CGT, CTC, UTC, CNT, CSPC, CTU y uno por la federación ÚNETE, firmantes del Acuerdo Marco Estatal de empleados públicos o su suplente.

Nota:

- Los integrantes de la mesa podrán delegar su participación en servidores del nivel directivo.
- La mesa puede invitar representantes legales de otras entidades u organismos de la Rama ejecutiva nacional, al Fiscal General de la Nación, al Procurador General de la Nación, Contralor General de la Nación, al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil o su delegado.
- Las mesas de trabajo se instalarán en las Entidades Territoriales con la participación de las organizaciones sindicales similares a la mesa nacional. En los planes de desarrollo territoriales podrán estar contenidas la actualización/ampliación de las plantas de empleo como fundamento constitucional de coordinación.
- El Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio del Trabajo y los 2 voceros en representación de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Sindical 2019 ejercerán la secretaria técnica de la mesa.

Alcance de las decisiones de la Mesa Técnica Bipartida: Esta emitirá recomendaciones técnicas y normativas de alto nivel para la toma de decisiones, que podrán ser tenidas en cuenta si se dan las condiciones para su implementación.

Sesiones de la Mesa Técnica Bipartida: La mesa se reunirá de forma presencial cada 15 días durante los primeros 6 meses, vencido el sexto mes se reunirá cada mes ordinariamente, previa convocatoria realizada por la Secretaria Técnica y, extraordinariamente, a solicitud de cualquiera de los miembros.

Cabe resaltar que el Acuerdo Nacional Estatal 2019 tiene una vigencia de 2 años, no obstante, la mesa técnica establecerá un cronograma de trabajo para los próximos 3 años.

En consecuencia, es necesario señalar que se deben encaminar medidas afirmativas, con el propósito de fortalecer las acciones derivadas de esta normativa, y entregarles posibilidades a las entidades públicas para formalizar a sus trabajadores.

Responsabilidad Disciplinaria por encubrimiento de relaciones laborales

El encubrimiento de relaciones laborales con el Estado a través de contratos de prestación de servicios por parte de servidores públicos es una práctica identificada y sancionada por el derecho disciplinario en Colombia como una falta gravísima. Así está establecido tanto en el numeral 29 del artículo 48 de Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), como en el artículo 52 del nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), que entrará en vigencia a partir de 2021.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional¹⁷, la tipificación de esta conducta como falta disciplinaria gravísima tiene fundamento, en primer lugar, en que el generar relaciones laborales en el marco de un contrato de prestación de servicios desconoce el régimen de contratación estatal que no permite la subordinación del contratista.

Por otro lado, esta conducta contraría disposiciones constitucionales sobre función pública como lo son que no existe empleo público sin funciones detalladas en la ley o el reglamento (art. 122), la obligatoria sujeción a la Constitución, la ley y el reglamento de los servidores públicos (art. 123), el cumplimiento previo de los requisitos y condiciones para el ingreso a los cargos de carrera (art. 125), y la determinación que debe hacer la ley sobre la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (art. 124).

En este sentido, esta conducta también vulnera el régimen laboral del Estado, debido a que promueve la vinculación de personal desconociendo el régimen de ingresos a la función pública, propiciando además distintos tratamientos salariales y prestacionales, lo que a toda luz es una vulneración de los derechos de los trabajadores.

Igualmente, esta práctica no permite la observancia del régimen presupuestal debido a que se establecen cargos que no están considerados dentro de la correspondiente planta de personal, por lo que no se pueden planificar las partidas presupuestales que deberían efectuarse.

Por último, la vinculación mediante contrato de prestación de servicios como forma de encubrir relaciones laborales con el Estado, genera un grave detrimento patrimonial debido a que todas estas relaciones laborales formadas en virtud del principio de primacía de la realidad, generan demandas y condenas al Estado colombiano por el pago de prestaciones e indemnizaciones laborales que ascienden a altas sumas de dinero.

¹⁷ Sentencia C - 094 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

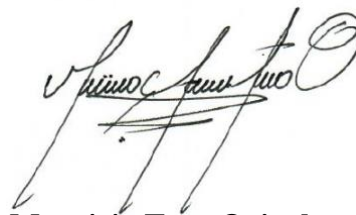
Con todo esto, se hace necesario que las entidades públicas que son condenadas por encubrimiento de relaciones laborales puedan ejercer la acción de repetición contra los funcionarios públicos que, tras la realización de un proceso disciplinario con todas las garantías legales y constitucionales, demuestre su responsabilidad en la generación de la relación laboral, a pesar de la formalidad del contrato de prestación de servicios. Esto además permitirá desincentivar el uso de esta figura contractual como un instrumento para desconocer los derechos de los trabajadores.

Conflicto de Conflicto de Intereses - Artículo 291 Ley 5 de 1992 (ANEXO).

De los Honorables Congresistas,



Angélica Lozano Correa
Senadora de la República
Alianza Verde



Mauricio Toro Orjuela
Representante a la Cámara
Alianza Verde

REFERENCIAS.

Becerra Óscar, González María Alejandra y Sanabria Pulido Pablo. Nota Política N° 35. ¿Cómo mejorar y racionalizar la contratación por prestación de servicios en el sector público en Colombia? Una mirada desde la calidad del empleo. Universidad de los Andes. Noviembre de 2019. ISSN 2027-7199.

Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado. Jurisprudencia ordinaria, contenciosa y constitucional acerca de la configuración del contrato realidad.

Universidad de la Sabana, semillero de derecho laboral y de seguridad laboral, podcast de fecha 14 de marzo de 2019.

Organización Internacional del Trabajo OIT R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Constitucional de 2000 Septiembre 13 Sala Plena, Sentencia C-1185 Ref.: Exps. D-2852 y D-2864.M.P: Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-1143 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de julio de 2007. Exp. 44001-23-31-000-2001-00134-01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez

Corte Constitucional. Sentencia C- 614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de junio de 2010. Exp. 25000-23-25-000-2002-04144 01. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez

Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 1 de marzo de 2012. Exp. 25000-23-25-000-2008-00344-01. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Corte Constitucional, Sentencia SU049/17 de 2 de febrero de 2017 M.P: María Victoria Calle Correa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de julio de 2019. Rad 73707. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

ANEXO: Exposición de motivos - Conflicto de Intereses (Artículo 291 Ley 5 de 1992)

El artículo 183 de la Constitución Política consagra a los conflictos de interés como causal de pérdida de investidura. Igualmente, el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 establece el régimen de conflicto de interés de los congresistas.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos:

- (i) Que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico.
- (ii) Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar.
- (iii) Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.
- (iv) Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.
- (v) Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.

En cuanto al concepto del interés del congresista que puede entrar en conflicto con el interés público, la Sala ha explicado que el mismo debe ser entendido como “una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen” y como “el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicado 66001-23-33-002-2016-00291-01(PI), sentencia del 30 de junio de 2017).

De acuerdo con la Sentencia SU-379 de 2017, no basta con la acreditación del factor objetivo del conflicto de intereses, esto es, que haya una relación de consanguinidad entre el congresista y el pariente que pueda percibir un eventual beneficio. Deben ser dotadas de contenido de acuerdo con las circunstancias específicas del caso concreto.

La Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2000 afirmó lo siguiente frente a la pérdida de investidura de los Congresistas por violar el régimen de conflicto de intereses:

El interés consiste en el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto. Así, no se encuentra en situación de conflicto de intereses el congresista que apoye o patrocine el proyecto que, de alguna manera, redundaría en su perjuicio o haría más gravosa su situación o la de los suyos, o se oponga al proyecto que de algún modo les fuera provechoso. En ese sentido restringido ha de entenderse el artículo 286 de la ley 5.ª de 1.991, pues nadie tendría interés en su

propio perjuicio, y de lo que trata es de preservar la rectitud de la conducta de los congresistas, que deben actuar siempre consultando la justicia y el bien común, como manda el artículo 133 de la Constitución. Por eso, se repite, la situación de conflicto resulta de la conducta del congresista en cada caso, atendidas la materia de que se trate y las circunstancias del congresista y los suyos.[...]»2 .

Teniendo en cuenta lo anterior, con relación al presente proyecto de ley, no es posible delimitar de forma exhaustiva los posibles casos de conflictos de interés que se pueden presentar con relación a la creación de medidas tendientes a la expedición del régimen transitorio de protección de los contratistas de prestación de servicios que celebren contratos con las entidades estatales, **sin embargo, dado que son derecho en favor del interés general, tener un contrato de prestación de servicios o familiares vinculados bajo esta modalidad en ninguna instancia genera un conflicto de intereses del Congresista con el Proyecto.**