



Bogotá, D. C., _ de agosto de 2023

Presidente de la Cámara de Representantes.

ANDRÉS DAVID CALLE AGUAS

Secretario General de la Cámara de Representantes.

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA

Ciudad.

Referencia: Proyecto de Ley “Por medio de la cual se busca proteger a los contratistas de prestación de servicios 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 busca proteger a los contratistas de prestación de servicios 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 cual tiene como objetivo establecer normas especiales para la protección de los contratistas vinculados bajo la modalidad contractual de prestación de servicios sin desconocer la naturaleza propia del contrato; y su marcada diferencia con el contrato laboral, 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.

De los Honorables Congresistas,

<p>ANGÉLICA LOZANO CORREA SENADORA DE LA REPÚBLICA PARTIDO ALIANZA VERDE</p>	<p>AGMETH JOSÉ ESCAF TIJERINO Representante a la Cámara por el Atlántico Pacto Histórico</p>
---	---

<p>OLGA LUCIA VELÁSQUEZ NIETO Representante a la cámara por Bogotá Partido Alianza Verde</p>	<p>BERENICE BEDOYA PÉREZ Senadora de la República Partido Alianza Social Independiente - ASI</p>
<p>Cristian Danilo Avendaño Fino Representante a la Cámara Santander Partido Alianza Verde</p>	<p>CAROLINA GIRALDO BOTERO Representante a la Cámara por Risaralda</p>
<p>FABIAN DIAZ PLATA Senador de la República Partido Alianza Verde</p>	

PROYECTO DE LEY No. DE 2023

“Por medio de la cual se busca proteger a los contratistas de prestación de servicios 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 Colombia,

DECRETA

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto proteger de abusos a las personas que trabajan bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios; la estructuración de la actualización de las 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.

Artículo 2. Definición y aplicación en el ámbito público. El contrato de prestación de servicios regulado por la presente Ley es una modalidad contractual en el sector público en la que una persona natural se obliga a prestar servicios personales sin subordinación en razón de especiales cualidades o conocimiento o técnico, científico, profesional o de apoyo a la gestión a una entidad contratante. 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.

Parágrafo 1. Las entidades contratantes deberán acreditar en virtud del principio de planeación la necesidad de celebrar el contrato de prestación de servicios y no podrán en caso de requerir una prórroga someter al contratista a una espera prolongada para suscribir la prórroga o hacer uso de sus servicios de manera gratuita so pena de sanciones disciplinarias.

Parágrafo 2. Ninguna de las disposiciones contenidas en la presente Ley modifica la naturaleza y esencia del contrato de prestación de servicios en el sector público, ni le darán carácter de contrato laboral.

Artículo 3. Registro e identificación de contratistas de prestación de servicios del Estado. El Departamento Administrativo de la Función Pública es la autoridad responsable de coordinar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley. Para ello deberá establecer los mecanismos y realizar las gestiones necesarias para planear, diseñar, aplicar y actualizar un registro con la totalidad de los contratistas de prestación de servicios del Estado para poder caracterizarlos y obtener la información necesaria para dignificar su labor y evitar el encubrimiento de relaciones laborales.

El Gobierno Nacional, en cabeza del Departamento Administrativo de la Función Pública, integrará una Comisión Multisectorial que definirá la forma y rutas para que los contratistas de prestación de servicios puedan tramitar sus quejas sobre abusos y que se les ordene a todas las entidades públicas a realizar una actualización de las plantas de personal con fundamento en estudios de cargas de trabajo, junto con las recomendaciones para ajustar la Ley 617 de 2000 en relación con los gastos de funcionamiento de las entidades en el personal. El concepto de la comisión multisectorial tiene carácter vinculante.

Artículo 4. Implementación de la ley. El Departamento Administrativo de la Función Pública orientará junto con el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a las demás entidades públicas del orden nacional y territorial, conforme con sus competencias; y el apoyo de la Mesa por el empleo público la actualización, ampliación de plantas de empleo; en un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, sobre los parámetros mínimos de planeación, diseño y definición del proceso de adecuación de las plantas de personal y las rutas para tramitar quejas por abusos con los contratistas de prestación de servicios.

Artículo 5. Seguimiento, vigilancia y control. El Departamento Administrativo de la Función Pública coordinará mesas de trabajo con la participación de los entes de control; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente; la academia y las organizaciones sociales de forma trimestral, a partir de la vigencia de la presente ley para generar espacios de seguimiento, vigilancia y control, con el objetivo de apoyar el proceso de construcciones de condiciones dignas para los contratistas de prestación de servicios.

Artículo 6°. Procedimiento sobre quejas. Las personas contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios podrán presentar quejas sobre irregularidades, abusos, el incumplimiento del contrato o la vulneración de los derechos reconocidos por esta Ley por parte del contratante ocurridas dentro de la ejecución del contrato de prestación de servicios.

Las quejas serán resueltas de manera expedita por las oficinas de control interno o la dependencia que haga sus veces en un término no mayor a 8 días hábiles. Cuando se encuentre fundada la queja la oficina de control interno ordenará realizar los correctivos y reparaciones no pecuniarias a las que haya lugar.

Artículo 7. Responsabilidad solidaria entre contratantes y terceros. En el caso en que una entidad del Estado contrate a un tercero y este a su vez contrate a personas naturales para el cumplimiento del objeto contractual mediante un genuino contrato de prestación de servicios, serán solidariamente responsables el tercero y la entidad estatal por el

incumplimiento de las obligaciones contractuales que se deriven a favor de la persona natural contratista. También responderán solidariamente todas aquellas personas naturales o jurídicas que hagan parte de la cadena de contratación.

Capítulo II Garantías Mínimas de los Contratistas

Artículo 8. Cláusulas Penales Obligatorias. 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 para los casos de retraso en el pago de honorarios imputable a la entidad contratante la cual será equivalente por lo menos al valor resultante de dividir el valor del contrato entre los días hábiles del periodo contratado por cada día de retraso sin que pueda superar el valor total del contrato.

Adicionalmente 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 valor total del contrato y el de sus prórrogas, y será exigible cuando el contratante incumpla las disposiciones contractuales o vulnere los derechos reconocidos en la presente ley diferentes al retraso en el pago de honorarios. En caso de que exista cláusula penal en favor del contratante, ésta no podrá ser superior a la cláusula en beneficio del contratista.

Parágrafo: Las cláusulas de las que trata el presente artículo se entenderán incluidas de derecho a los contratos de prestación de servicios de dedicación exclusiva que se encuentren en ejecución al momento de la entrada en vigencia de la presente Ley.

Artículo 9. 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 personal de planta.

Artículo 10. Garantía de no terminación anticipada. Los contratantes no podrán dar por terminado de forma anticipada los contratos de prestación de servicios 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 y/o paternidad. Esta garantía no se entenderá como una ampliación o extensión de las fechas de terminación pactadas en los contratos.

Parágrafo. El Contratante no podrá impedir que el contratista haga efectivas 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 que 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 11. Disfrute del descanso necesario. Los contratistas de prestación de servicios que sean personas naturales tendrán derecho a que dentro de su contrato de prestación de servicios se pacten 12 días hábiles 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.

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.

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

Artículo 12. Unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a seguridad social y parafiscales. El Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio del Trabajo realizarán la unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a salud, pensión, riesgos laborales y cajas de compensación familiar que deban realizar quienes estén vinculados mediante contrato de prestación de servicios en hipótesis como las siguientes: que el contratista perciba ingresos de forma simultánea por la concurrencia de varios contratos de prestación de servicios; o de ingresos derivados del contrato de prestación de servicios con actividades laborales dependientes; o de ingresos del contrato de prestación de servicios cuando el contratista se encuentre pensionado.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales regulará la forma en que la cotización se realizará con posterioridad al respectivo pago de honorarios, es decir, mes vencido, y no podrá generar perjuicios a los contratistas en materia tributaria o generar trámites adicionales.

Artículo 13. Simplificación del proceso de cobro y pago de honorarios. Para el pago de honorarios de los contratos de prestación de servicios, las entidades deberán ajustar sus procesos internos incorporando los siguientes parámetros:

- 1- Las entidades contratantes no podrán exigir a los contratistas la radicación de documentos de cualquier índole, que deban ser emitidos por la misma entidad contratante.
- 2- El pago de las cuentas de cobro deberá darse dentro de un plazo justo no superior a 30 días.

Artículo 14. Pago de aportes a seguridad social. El contratante debe calcular la cotización, realizar la retención del aporte con cargo a los honorarios y proceder a girar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a través de la Planilla Integral de Liquidación de Aportes (PILA) de los contratistas, sin que esto constituya un indicio de existencia de relación laboral subordinada.

El contratista tiene la obligación de afiliarse al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales luego de la suscripción del contrato y antes de la ejecución. Además, el contratista debe informar al contratante, de manera expedita, las entidades a las que se deberán realizar los pagos. Si el contratista no cumple con estas obligaciones, no se podrá iniciar la ejecución del contrato.

El contratista está obligado a verificar que la cotización se haya realizado por el Ingreso Base de Cotización (IBC) efectivamente causado y por el mes correspondiente, y si encuentra inconsistencias o irregularidades, iniciará las acciones pertinentes ante las autoridades competentes para que se impongan las sanciones penales, fiscales y/o disciplinarias a que haya lugar. Concomitantemente, el contratista informará de dichas irregularidades a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP).

Las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión estarán a cargo del contratante, salvo que se compruebe el incumplimiento al deber de información o de afiliación por parte del contratista.

Parágrafo 1º. Cuando por inicio o terminación del contrato de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante resulte un periodo inferior a un mes, el pago de la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral se realizará por el número de días que corresponda.

Parágrafo 2º. En los contratos de duración y/o valor total indeterminado no habrá lugar a la mensualización del contrato. En este caso, los aportes se calcularán con base en los valores que se causen durante cada periodo de cotización.

Artículo 15. Reporte de novedades. El contratante que realice la retención y giro de los aportes deberá reportar a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) las novedades de inicio, suspensión y terminación del contrato.

Artículo 16. Reporte de Información. Para los efectos de la retención prevista en los artículos anteriores, los contratistas por prestación de servicios personales tienen la obligación de informar al contratante, al momento de la suscripción del contrato y cuando quiera que se produzca alguna modificación que afecte el monto y el giro de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, la siguiente información:

1. Si ostenta la calidad de pensionado o tiene requisitos cumplidos para pensión o por disposiciones legales, no está obligado a cotizar a pensiones.
2. Si cotiza por otros ingresos provenientes de vinculación laboral y/o reglamentaria, mesadas pensionales, independiente por cuenta propia u otros contratos, indicando el Ingreso Base de Cotización (IBC) en cada uno de ellos.
3. Si la totalidad de los ingresos mensuales son iguales o superiores a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes producto de otros ingresos provenientes de vinculación laboral y/o reglamentaria, independiente por cuenta propia u otros contratos.

Si existe obligación de realizar la retención de aportes al Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), la entidad contratante efectuará el aporte al FSP sobre el Ingreso Base de Cotización (IBC) del respectivo contrato.

4. Si cotiza por el límite máximo de cotización de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
5. El porcentaje sobre el cual se deba aplicar la retención, si decide efectuar aportes por un Ingreso Base de Cotización (IBC) superior al 40% del valor mensualizado del contrato.
6. La Administradora de Riesgos Laborales (ARL) y la clase de riesgo (I, II, III IV o V).

7. Si pertenece a un Régimen Especial o de Excepción en salud, y por tal razón el pago de la cotización a salud debe realizarse de manera directa a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).
8. Si desea efectuar voluntariamente aportes a una Caja de Compensación Familiar.
9. Si va a realizar aportes de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) adicional.
10. Si se efectuó traslado en alguna de las entidades administradoras del Sistema de Seguridad Social Integral o de caja de compensación familiar.

Parágrafo 1. En los casos en los cuales la entidad contratante exija que la prestación del servicio se efectúe de manera presencial en las instalaciones de la entidad, ésta deberá proveer los elementos de trabajo personal requeridos para la prestación del servicio.

Artículo 17. Prórrogas. Las entidades contratantes no podrán, en caso de requerir una prórroga, someter al contratista a una espera prolongada para suscribir la misma o hacer uso de sus servicios de manera gratuita so pena de las sanciones disciplinarias

Artículo 18. Certificados de obligaciones. La entidad pública estará en la obligación de entregar un certificado de obligaciones al contratista a petición de éste y en cualquier momento de la ejecución del objeto del contrato, en el cual se detallará como mínimo lo siguiente: 1. Objeto del contrato. 2. Duración del contrato. 3. Obligaciones del contratista. 4. Valor del contrato.

Parágrafo 1º. Al finalizar el contrato y previa verificación del cumplimiento de este, la entidad deberá entregar un certificado de obligaciones a más tardar en treinta (30) días calendario a partir de la terminación del contrato.

Artículo 19. Beneficios y eventos de bienestar. Los contratistas voluntariamente podrán participar de los beneficios y eventos organizados por las entidades dentro de sus políticas de recursos humanos, así como a recibir los mismos beneficios de transporte y alimentación que los servidores públicos, sin que esto constituya un indicio de existencia de relación laboral subordinada.

Artículo 20. Derecho de asociación sindical y descuento de cuota sindical. Las personas naturales que contraten o subcontraten con el Estado gozan de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva.



El contratante está autorizado, previo consentimiento escrito por parte del contratista, a retener de los honorarios la suma correspondiente por concepto de cuota sindical y girarla a las organizaciones sindicales correspondientes. Esto no constituirá un indicio de existencia de relación laboral subordinada.

Cuando se llegue a acuerdos de mejora de condiciones contractuales, por medio de la negociación colectiva, se incorporarán a los contratos de prestación de servicios vigentes por medio de otrosí.

Artículo 21. Incentivo a la cultura del ahorro y prima anual de ahorro. En un plazo no mayor a un año desde la entrada en vigencia de la presente ley 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 exclusiva 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.

Capítulo III

Mecanismos de Seguimiento a la dignificación de la Situación de los Contratistas del sector público.

Artículo 22. Límites a la contratación por prestación de servicios. Todas las entidades del Estado deberán definir por medio de acto administrativo motivado 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 23. Mecanismos de control y seguimiento. El Departamento Administrativo de la Función Pública articulará con el SECOP y el SIGEP la inclusión de categorías comunes interoperables dentro de sus bases de información para hacer seguimiento a la población contratada por prestación de servicios en el Estado,

Así mismo el Departamento Administrativo de la Función Pública publicará anualmente un informe sobre la cantidad de personas contratadas por esta modalidad, las actividades desarrolladas por estas y el nivel de cumplimiento de las disposiciones de la presente ley.

Artículo 24. Actualización de Plantas 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.

Artículo 25. 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 creada mediante el Decreto 1800 de 2019.

Artículo 26. 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 disponible en la página web del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Artículo 27. 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.

Artículo 28. 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 29. 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.

Artículo 30. Actualización del manual de contratación. Las entidades públicas tendrán un término no superior a seis (9) meses contados a partir de la expedición de la presente ley para modificar su manual de contratación, a fin de adaptarlo a las disposiciones consagradas en esta ley.

Artículo 31. 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:

<p>ANGÉLICA LOZANO CORREA SENADORA DE LA REPÚBLICA PARTIDO ALIANZA VERDE</p>	<p>AGMETH JOSÉ ESCAF TIJERINO Representante a la Cámara por el Atlántico Pacto Histórico</p>
<p>OLGA LUCIA VELÁSQUEZ NIETO Representante a la cámara por Bogotá Partido Alianza Verde</p>	<p>BERENICE BEDOYA PÉREZ Senadora de la República Partido Alianza Social Independiente - ASI</p>

<p>Cristian Danilo Avendaño Fino Representante a la Cámara Santander Partido Alianza Verde</p>	<p>CAROLINA GIRALDO BOTERO Representante a la Cámara por Risaralda</p>
<p>FABIAN DIAZ PLATA Senador de la República Partido Alianza Verde</p>	

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

“Por medio de la cual se busca proteger a los contratistas de prestación de servicios 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

El proyecto de ley por medio del cual se busca la dignificación de los contratistas de prestación de servicios ha sido presentado en varias legislaturas sin que a la fecha se haya dado el debate necesario requerido, con miras a reconocer y propender por solucionar un problema innegable, que se encuentra representado en el abuso frente a esta modalidad de contratación, y el incremento de manera considerable en la precarización de las condiciones para desarrollar sus labores, específicamente la de los contratistas del sector público. Una primera iniciativa fue radicada el día 14 de agosto de 2017 bajo el número 090 de 2017, la cual se publicó en la Gaceta 695 de 2017 y fue aprobada en primer debate el 11 de abril de 2018; luego empezó la espera para que se surtiera el segundo debate sin que se lograra dar curso al resto de debates necesarios para completar el trámite legislativo.

Se radicó nuevamente el 20 de julio de 2020, en esta oportunidad con la coautoría del Representante Mauricio Toro y se publicó ponencia para primer debate del proyecto de ley 154 de 2020 Cámara en junio 09 de 2021, sin embargo, fue archivado el 16 junio de 2021,

sin mayor deliberación y en la última votación del título y la pregunta del querer que continúe su trámite. Finalmente se radicó el proyecto de ley 423 de 2021 con la coautoría del Representante Mauricio Toro, y en esta oportunidad no logró completar ni siquiera el primer debate en la Comisión Séptima de la Cámara. El proyecto fue presentado nuevamente para la legislatura 2022-2023 sin que surtiera su primer debate, razón por la cual teniendo en cuenta algunos de los aportes de la ponencia del Representante Agmeth Escaf se radica el texto nuevamente.

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 (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

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.

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.

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.
- Temporalidad, ya que su duración dependerá del tiempo estricto que conlleve la ejecución de la actividad contratada⁵.

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; 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.

- 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.

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.

De los aportes al Sistema de Seguridad Social.

Crónica de una tragedia anunciada. No basta con que los contratistas de prestación de servicios deban afrontar la nueva esclavitud, sino que ahora ni siquiera tienen certeza de como cotizar a seguridad social. La Corte Constitucional no en una sino en dos ocasiones

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.



llamó al Congreso de la República a que legislará sobre los aportes a seguridad social de los Contratistas de prestación de servicios.

Las sentencias C-219 del 2019 y C-068 del 2020 le recordaron al Congreso que la situación de los contratistas debe ser objeto de una ley; y no se puede solucionar los problemas de los vacíos en las normas para la contratación de prestación de servicios, incluyendo un artículo en el PND- Plan Nacional de Desarrollo porque son temas que requieren todo un debate y absoluta claridad sobre dos problemas puntuales:

- **Porcentaje de cotización para aportar al sistema seguridad social del contratista.**
- **Aplicar el pago de los aportes mes vencido para todos los contratistas de prestación de servicios.** Porque a la fecha solamente una parte de los Contratistas podían acceder a este beneficio dado que la DIAN entiende que los contratistas están al día cuando pagan anticipado y no mes vencido.

En la C-219 del 2019 la Corte Constitucional le dijo al Congreso que tiene dos legislaturas para legislar sobre el tema y hasta ahora nada:

RESUELVE: PRIMERO.- Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país”, por infracción al principio de unidad de materia.

SEGUNDO.- Diferir los efectos de la inconstitucionalidad declarada hasta el vencimiento de las dos legislaturas ordinarias siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia.

El pasado 20 de junio del 2022, finalizó el plazo que otorgó la Corte Constitucional al Congreso de la República para legislar sobre el tema, lo cual quiere decir que las normas que fueron declaradas inexecutable y que regulaban los aportes al sistema de seguridad social ya no están vigentes, por ende, los contratistas están en el limbo y más que decretos se requieren claridades legales definitivas. Todos los Gobiernos han incumplido desde la creación de la Ley 100 de 1993, con la necesidad de desarrollar una norma que les brinde claridades a los contratistas, en materia de la forma y porcentaje como deben aportar al sistema de seguridad social.

El artículo 18 de la Ley 1122 del 2007(Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.), fue la primera norma con rango legal que reguló la mensualización del ingreso sobre una base del 40 % del total del ingreso bruto para los trabajadores con contrato de prestación de servicios, sin embargo, el artículo fue derogado por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

El problema se pretendió resolver incluyendo en dos planes de desarrollo la solución, en el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país” y en el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”, pero omitieron que esto no era viable por infracción al principio de unidad de

materia. La Corte Constitucional ya señaló que esto no se puede hacer vía Plan Nacional de Desarrollo porque es un tema que no tiene unidad de materia con esta ley; y debe ser tratada en una ley independiente.

Adicionalmente, dentro de las normas que perdieron vigencia también están los decretos y demás normativas que fijaban las reglas para que los contratistas pagaran aportes mes vencido y no anticipado; De manera que ese tema está también en el limbo porque ahora quienes pudieron acceder al beneficio, ya no lo podrán hacer porque la norma y los decretos reglamentarios perdieron vigencia.

No han sido pocos los proyectos de ley que se presentaron para regular este tema referente al IBC de los contratistas y de diferentes partidos 099/2021C y 526/2021C sobre IBC CONTRATISTAS, más el proyecto de ley sobre condiciones dignas de los Contratistas de prestación de servicios que presente en tres ocasiones; y que abordaba la necesidad de armonizar a todas las entidades para que los contratistas tuvieran más certezas y menos trámites para pagar sus aportes, proyectos que relaciono a lo largo de la parte motiva de esta exposición.

El debate de este proyecto de ley es clave para evitar que la incertidumbre se haga costumbre; y se articulen todas la entidades que tienen relación con el sistema de aportes a seguridad social, en tanto en general dichas normas tienen implicaciones fiscales y tributarias; y deben gestarse de forma armónica entre Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo, la UGPP y la DIAN bajo orientaciones de la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de hacienda, en los términos dados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

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 el presente proyecto de ley pretende dignificar las condiciones de los contratistas de prestación de servicios en:

1. 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.
2. 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.
3. Garantía de no terminación anticipada. Los contratantes no podrán dar por terminado de forma anticipada los contratos de prestación de servicios que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud.
4. 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 hábiles de disfrute de descanso necesario por año de servicio, o proporcional al término pactado en el contrato de prestación de servicios.
5. Acceso a cajas de compensación familiar. 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.
6. Unificación y simplificación de la forma de cotización de los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y cajas de compensación familiar. Pago mes vencido y no anticipado en materia de aportes a seguridad social.
7. Incorporación del criterio anti trámites para la ejecución del contrato de prestación de servicios.
8. Pago a plazos justos.

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 salarial 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

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

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.

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 lo que atañe a las implicaciones de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios, vale la pena señalar que avanza en reiterar que tenemos un grave problema en la contratación pública, en tanto se encubren relaciones laborales bajo la figura del contrato de prestación de servicios, ello pese a:

“1.Las constantes advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en «el uso indiscriminado» de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido.

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.

2. La Organización Internacional de Trabajo (OIT), vine advirtiendo la expansión de esta actividad fraudulenta en varios ordenamientos, a través de la Recomendación 198 de 2006, invitó a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de las prácticas de empleo encubierto.

3. En el escenario nacional, y, particularmente, en el caso del contrato de prestación de servicios, la proliferación de demandas que alegaban el ocultamiento de relaciones laborales obligó a esta jurisdicción a desarrollar el concepto del «contrato realidad».¹³»

El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.¹³ (Negrilla fuera del texto original)

La celebración del contrato de prestación de servicios debe formalizarse a través de las modalidades de la contratación directa, pues así lo dispone el artículo 2, numeral 4, literal h), de la Ley 1150 de 2007. La Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública

Características de los contratos estatales de prestación de servicios.

- ❖ Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta
- ❖ permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados»
- ❖ El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales»

En lo que atañe a la duración de los contratos, al término estrictamente indispensable: en el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales debe haber unos estudios previos; el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. El objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por

¹³ Sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios.

“la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada”.

“término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que, de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento”.¹⁴

En lo que se refiere a la solución de continuidad, la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

SON 30 DÍAS PORQUÉ: Cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. Su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución.

Ahora bien en materia de seguridad social vale la pena señalar que 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 a 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

¹⁴ Sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios

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”.

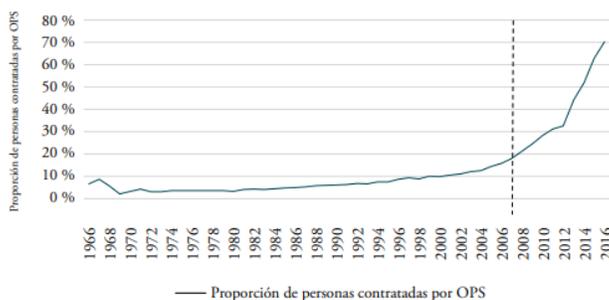
Es pertinente manifestar que con ocasión del aseguramiento los independientes tienen derecho a disfrutar de los riesgos que aseguran, y en ese sentido no sería justo que su contratante utilizará su situación desfavorable para justificar la terminación de su relación contractual, máxime cuando el riesgo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

Prevención del daño antijurídico contra el Estado

Acorde con respuesta a derecho de petición de Función Pública, según la información reportada por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, quien es la entidad encargada de administrar el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, con fecha de corte 30 de septiembre de 2021, 435.613 contratistas de prestación de servicios tienen un contrato activo con el Estado.

“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)”¹⁵

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



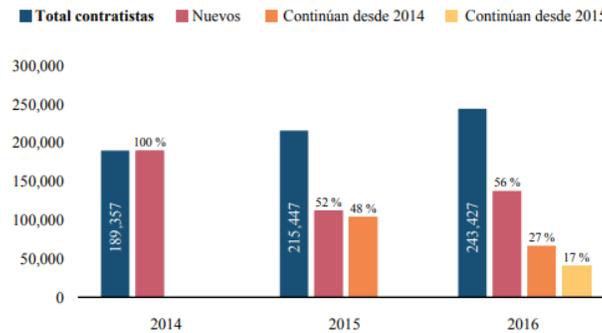
Fuente: elaboración propia con datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares 2008-2017

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.

¹⁵ *Ibidem*.

“De acuerdo con estadísticas de Colombia Compra Eficiente la contratación aumenta de forma dramática en el sector público”¹⁶

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 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.”¹⁷

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem

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 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 31 de agosto de 2021, se identificaron un total de 17.049 procesos contra el estado relacionados con contratos realidad.

En ese sentido, la agencia señala que, de los procesos anteriormente mencionados, 7.736 se encuentran activos (45%) y 9.313 terminados (55%). Entre los procesos terminados, 5.986 terminaron por ejecutoria de la sentencia, de los cuales 3.263 fueron desfavorables para el estado (tasa de pérdida acumulada de 55%). Las presentaciones de **los procesos terminados por ejecutoria con resultado desfavorable para el estado ascienden a \$378.304 millones.**

Se puede determinar un ranking de entidad por número de procesos, a saber:

Tabla 1
ACTIVOS - RANKING SEGÚN NÚMERO DE PROCESOS

#	Entidad	Nº Proceso s	Suma Pretensión indexada (millones)	Porcentaj e Número procesos	Porcentaje Pretensio es
1	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	1.176	\$206.525	15%	21%
2	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - NIVEL CENTRAL	906	\$97.382	12%	10%
3	PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION	801	\$90.231	10%	9%
4	PAR CAPRECOM LIQUIDADO	748	\$87.624	10%	9%
5	DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL	540	\$62.907	7%	6%

Fuente: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Derecho de petición 2021.

En cuanto al ranking acorde con las pretensiones encontramos la siguiente tabla:

Tabla 2
ACTIVOS - RANKING SEGÚN PRETENSIONES

#	Entidad	Nº Proceso s	Suma Pretensión indexada (millones)	Porcentaj e Número procesos	Porcentaje Pretensio es
1	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	1.176	\$206.525	15%	21%
2	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - NIVEL CENTRAL	906	\$97.382	12%	10%
3	PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION	801	\$90.231	10%	9%
4	PAR CAPRECOM LIQUIDADO	748	\$87.624	10%	9%



Fuente: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Derecho de petición 2021.

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.

Acorde con respuesta del Ministerio del Trabajo a derecho de petición del 2021, se reseña que, con corte a 30 de abril de 2021, se tienen los siguientes avances en cuanto a creación de empleos con respecto a 37 entidades:

TABLA 1. Formalización o creación de empleos a la fecha en entidades priorizadas por la mesa del Decreto 1800 de 2019

No.	Entidad	Empleos
1	Agencia Nacional de Tierras – ANT	90
2	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA	428
3	Consejo Superior de la Judicatura	131
4	Contraloría General de la República	2.325*
5	Defensoría del Pueblo	21*
6	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario	2.800*
7	Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio	5
8	Ministerio TIC	201
9	Parques Nacionales Naturales	7
10	Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil	180*
11	Unidad Administrativa Especial Migración Colombia	83*
12	Escuela Superior de Administración Pública - ESAP	120
13	Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC	71
TOTAL		6.462

*Empleos creados en la planta de las entidades

TABLA 2. Formalización de empleos en entidades del orden nacional que no fueron priorizadas por la mesa del Decreto 1800 de 2019 (año 2020)

No.	Entidad	Empleos
1	Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente	104
2	Comisión de Regulación de Comunicaciones	26
3	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	692
4	Unidad Administrativa Especial de Alimentación Escolar – Alimentos para Aprender	60
5	Ministerio de Hacienda y Crédito Público	20
6	Departamento Administrativo de la Función Pública	58
7	Superintendencia de Industria y Comercio	19
8	Agencia de Renovación del Territorio - ART	11
TOTAL		990

De conformidad con el informe presentado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se han creado y formalizado 7.452 empleos.

En consecuencia, es necesario señalar que se deben encaminar medidas afirmativas, con el propósito de fortalecer las acciones derivadas de esta normativa, y entregarles más 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).

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional¹⁸, 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.

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

De los Honorables Congresistas,

--	--

¹⁸ Sentencia C - 094 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<p>ANGÉLICA LOZANO CORREA SENADORA DE LA REPÚBLICA PARTIDO ALIANZA VERDE</p>	<p>AGMETH JOSÉ ESCAF TIJERINO Representante a la Cámara por el Atlántico Pacto Histórico</p>
<p>OLGA LUCIA VELÁSQUEZ NIETO Representante a la cámara por Bogotá Partido Alianza Verde</p>	<p>BERENICE BEDOYA PÉREZ Senadora de la República Partido Alianza Social Independiente - ASI</p>
<p>Cristian Danilo Avendaño Fino Representante a la Cámara Santander Partido Alianza Verde</p>	<p>CAROLINA GIRALDO BOTERO Representante a la Cámara por Risaralda</p>
<p>FABIAN DIAZ PLATA Senador de la República Partido Alianza Verde</p>	

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.

Sentencia de unificación del Consejo de Estado, de la Sala de lo Contencioso del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios

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 y privadas, **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.**