

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 449 DE 2024 CÁMARA “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”.

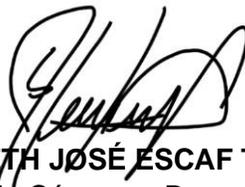
Bogotá, 14 de enero de 2024

Honorable Representante
GERARDO YEPES CARO
Presidente
Comisión Séptima Constitucional
Cámara de Representantes
Ciudad

Referencia: Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Número 449 de 2024 Cámara

Honorable Representante:

En cumplimiento del encargo hecho por la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional de la Cámara de Representantes del Congreso de la República y de conformidad con lo establecido en el artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, me permito rendir **Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 449 de 2024 cámara** “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”.



AGMETH JOSÉ ESCAF TIJERINO
Representante a la Cámara – Departamento del Atlántico
PACTO HISTÓRICO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CONTENIDO

1. Objeto del proyecto
2. Trámite de la iniciativa
3. Antecedentes del proyecto
4. Justificación del proyecto
5. Impacto Fiscal
6. Conflicto de intereses
7. Proposición
8. Texto propuesto para primer debate
9. Referencias

1. Objeto del proyecto

El presente proyecto de ley se radicó con el propósito de dignificar las condiciones de los contratistas de prestación de servicios y protegerlos de abusos mediante 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.

2. Trámite de la iniciativa

El Proyecto de Ley número 449 de 2024 (Cámara) fue radicado el día 3 de diciembre de 2024 por 40 congresistas, de los cuales 16 pertenecen a la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

El día 18 de diciembre de 2024, por instrucciones de la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, se designó como ponente único para primer debate del Proyecto de Ley 449 de 2024 al H.R. Agmeth José Escaf Tijerino.

3. Antecedentes del proyecto

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. Posteriormente 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 día 2 de agosto de 2022 fue radicado el proyecto de ley número 113 de 2022 (Cámara) por los Honorables Congresistas mencionados a continuación: H.S. Angélica Lisbeth Lozano Correa, H.S. David Andrés Luna Sánchez, H.S. Ana Paola Agudelo García, H.S. Iván Leonidas Name Vásquez, H.S. Edwing Fabián Díaz Plata H.R. Olga Lucia Velásquez Nieto, H.R. Agmeth José Escaf Tijerino, H.R. Juan Carlos García Gómez, H.R. María Fernanda Carrascal Rojas, H.R. Elkin Rodolfo Ospina Ospina, H.R. Carolina Giraldo Botero, H.R. Cristian Danilo Avendaño Fino, H.R. Juan Diego Muñoz Cabrera, H.R. Daniel Carvalho Mejía, H.R. Duvalier Sánchez Arango, H.R. Santiago Osorio Marín, H.R. Jaime Raúl Salamanca Torres, H.R. Alejandro García Ríos, H.R. Juan Sebastián Gómez Gonzáles, H.R. Catherine Juvinao Clavijo.

El día 29 de septiembre de 2022, por instrucciones de la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, se designó como coordinador ponente y único ponente para primer debate del Proyecto de Ley 113 de 2022 al H.R. Agmeth José Escaf Tijerino.

Por instrucciones de la Mesa Directiva de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, mediante Resolución No. 003 del 25 de octubre de 2022, se acumularon los proyectos de ley número 113 de 2022 Cámara, “*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 proyecto de ley número 166 de 2022 (Cámara) “Por medio de la cual se establecen beneficios para las personas naturales contratadas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por parte de las entidades del estado” y el proyecto de ley número 178 de 2022 (Cámara) “Por medio del cual se dignifican las condiciones de los contratos de prestación de servicios en persona natural y se dictan otras disposiciones”.

En la resolución 003 de 2022 de la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, del 25 de octubre de 2022, se consideró que los proyectos mencionados en el inciso anterior contaban con un objeto equivalente y se orientaban a “establecer beneficios y proteger a las personas naturales contratadas mediante modalidad de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por parte de las entidades del Estado” (Resolución 003 de 2022, Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes).

El artículo 154 de la Ley 5ta de 1992 establece que “el ponente deberá informar sobre la totalidad de las propuestas que le han sido entregadas, además de las razones para acumularlas o para proponer el rechazo de algunas de ellas”, por lo que el articulado entonces propuesto para primer debate recogió la intención general de los proyectos de ley 166 de 2022 (Cámara) y 178 de 2022 (Cámara).

En particular, los artículos 1, 2, 3, 5, 9, 10, 11 y 13 del proyecto de ley 178 de 2022 (Cámara) fueron incluidos en las disposiciones generales del texto propuesto para primer debate o en los artículos del capítulo asociado a las garantías de los contratistas. Adicionalmente, los artículos 4, 6, 8 y 12 fortalecieron el articulado propuesto en términos de adicionar garantías a los contratistas de prestación de servicios como el procedimiento de pago de honorarios, la certificación de obligaciones, las capacitaciones y la actualización del manual de contratación de las entidades estatales. Por el contrario, se determinó que el artículo 7 se debía incluir parcialmente debido a un impacto fiscal no estimado en parte de las consideraciones incluidas en el mismo.

En cuanto al proyecto de ley 166 de 2022 (Cámara), los artículos 1, 2 y 12 del proyecto de ley estaban incluidos en las disposiciones generales del texto propuesto para primer debate. Adicionalmente, los artículos 4, 5, 8 y 11 fortalecieron el articulado propuesto en términos de adicionar garantías a los contratistas de prestación de servicios como la licencia de maternidad y paternidad, licencia en caso de aborto, las actividades de bienestar de las entidades y la afiliación a cajas de compensación familiar. En contraposición, los artículos 3, 6, 7, 9 y 10 fueron acogidos parcialmente debido a impactos fiscales indeterminados como la no obligatoriedad del registro como responsable

de IVA a los contratistas, el descanso remunerado con una proporcionalidad superior a la de un empleado con contrato laboral y la prestación del servicio en modalidad remota.

El día 26 de octubre, por instrucciones de la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, se designó al H.R. Agmeth José Escaf Tijerino como ponente único para primer debate del Proyecto de Ley No. 113 de 2022 (Cámara) acumulado con los Proyectos de Ley No. 166 y 178 de 2022 (Cámara). Sin embargo, radicado el informe de ponencia, no se logró surtir su primer debate y se procedió a su archivo.

El 29 de agosto de 2023 los Honorables Congresistas: H.S. Angélica Lozano Correa, H.S. Sor Berenice Bedoya Pérez, H.S. Fabián Díaz Plata, H.R. Cristian Danilo Avendaño Fino, H.R. Olga Lucía Velásquez Nieto, H.R. Carolina Giraldo Botero y H.R. Agmeth José Escaf Tijerino, procedieron a radicar un nuevo texto teniendo en cuenta algunos de los aportes de la ponencia del Representante Agmeth Escaf.

A este proyecto de ley se le asignó el número 173 de 2023 (Cámara) y el día 4 de octubre de 2023, por instrucciones de la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, se designó como único ponente para primer debate del Proyecto de Ley 173 de 2023 al H.R. Agmeth José Escaf Tijerino. Sin embargo, radicado el informe de ponencia y debido al tránsito legislativo producido en especial por las reformas laboral, pensional y de salud en esta célula legislativa, no se logró surtir su primer debate por lo que se procedió a su archivo.

Con fundamento en lo anterior el H.R. Agmeth José Escaf Tijerino procedió a radicar de nuevo el 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”, al que se le asignó el número 449 de 2024.

4. Justificación del proyecto

Disposiciones generales

En Colombia la contratación por prestación de servicios ha sido utilizada como una manera de enmascarar relaciones laborales tanto en el sector público como en el sector privado, puesto que permite eludir las garantías laborales de los trabajadores, al igual que las obligaciones de los empleadores. Una de las razones principales por la cual se ha perpetuado esta situación es que, con excepción de las consideraciones de las altas

cortes en la materia, Colombia carece de regulación específica sobre el contrato de prestación de servicios que permita prevenir dichos encubrimientos.

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.

Siendo este el caso en Colombia, este tipo de contratos se ha convertido en la manera de evadir el esquema de protección social de los trabajadores, atentando contra la dignidad humana al dejarlos sin las garantías mínimas que van de la mano de ejercer una labor bajo un contrato laboral. “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 documentos 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, en la mayoría de casos, no existe diferencia 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. Esto implica que es necesario que el Estado actualice sus plantas de personal, de modo que todo aquel que cumpla con funciones propias de un contrato laboral sea contratado bajo dicha modalidad. Pero también implica que mientras esa

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.

transición ocurre, es necesario ampliar las garantías otorgadas a los contratistas, de modo que ejerzan su labor en una situación más digna.

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

- 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.

Esta es una realidad a la que se ven enfrentados los contratistas constantemente. De acuerdo con el derecho de petición respondido por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, del 6 de octubre de 2021, con corte del 31 de agosto del 2021, las 10 entidades del Estado con más procesos de declaratoria de contrato realidad, ya sea activos o terminados suman 13.665 procesos. Esto refiriendo únicamente a las personas que, teniendo una pretensión, decidieron empezar un proceso judicial.

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

Tabla 1. Ranking según número de procesos

#	Entidad	Nº Procesos	Suma Pretensión indexada (millones)	Porcentaj e Número procesos	Porcentaje Pretensio nes
1	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - NIVEL CENTRAL	2.623	\$263.974	15%	13%
2	PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION	1.980	\$220.079	12%	11%
3	PAR CAPRECOM LIQUIDADO	1.815	\$235.863	11%	12%
4	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	1.516	\$247.806	9%	12%
5	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES	1.262	\$107.241	7%	5%
6	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL	1.134	\$155.794	7%	8%
7	INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION	942	\$109.138	6%	5%
8	DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL	784	\$80.168	5%	4%
9	UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION	777	\$120.716	5%	6%
10	CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM	762	\$135.502	4%	7%

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI
Fecha de corte: 31 de agosto de 2021

Desde otra perspectiva, y como preocupación principal por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, esto también tiene una afectación importante al patrimonio público puesto que las pretensiones de tantas personas llegan a sumas considerables de dinero por las cuales el Estado es responsable. Haciendo el análisis basado en las 10 entidades con la mayor suma de pretensiones en su contra, tanto en procesos activos como terminados, el Estado, con corte al 31 de agosto de 2021 podría ser responsable de un billón cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos dieciocho millones (1.440.418.000.000) de pesos por declaratoria de contrato realidad.

Cabe mencionar que, de acuerdo a la respuesta al mismo derecho de petición, el Estado a 2019 había perdido el 55% de este tipo de demandas en su contra. De modo que, son abusadas cantidades considerables de contratistas, y cuando algunos de ellos deciden acudir a la justicia, el costo para el Estado por no haber hecho las cosas bien desde el inicio también es considerable. Es claro entonces que implementar parámetros para limitar el abuso de la figura de la prestación de servicios no solo es un paso en dignificar la labor de cientos de miles de trabajadores, sino que también tiene la intención de reducir las disputas frente a la jurisdicción y proteger el patrimonio público.

Tabla 2. Ranking según pretensiones

#	Entidad	Nº Procesos	Suma Pretensión indexada (millones)	Porcentaj e Número procesos	Porcentaje Pretensio es
1	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - NIVEL CENTRAL	2.623	\$263.974	15%	13%
2	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE	1.516	\$247.806	9%	12%
3	PAR CAPRECOM LIQUIDADO	1.815	\$235.863	11%	12%
4	PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACION	1.980	\$220.079	12%	11%
5	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL	1.134	\$155.794	7%	8%
6	CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM	762	\$135.502	4%	7%
7	UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION	777	\$120.716	5%	6%
8	INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION	942	\$109.138	6%	5%
9	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES	1.262	\$107.241	7%	5%
10	DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL	784	\$80.168	5%	4%

Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI
Fecha de corte: 31 de agosto de 2021

Finalmente, la magnitud de las personas vinculadas a las actividades estatales mediante un contrato por prestación de servicios también justifica la atención prioritaria que merece un tercio de la población ocupada, en virtud de la garantía de sus derechos y la dignificación de las condiciones de contratación con el Estado. En el mes de septiembre de 2022 el número de personas ocupadas en el sector de Administración pública y defensa fue de 753.361, lo que representa un incremento de más de 85 mil personas ocupadas en este sector respecto al mes de septiembre del año anterior (668.140). En ese sentido, los contratistas de prestación de servicios en el sector de administración pública representan el 32% del total de ocupados en este sector, lo que implica que 1 de cada 3 personas en Colombia, que trabajan en actividades estatales, están vinculadas mediante un contrato por prestación de servicios.

Mecanismos de seguimiento a situación de contratistas y actualización de plantas

Como se mencionó previamente, uno de los propósitos principales del presente proyecto de ley es asegurar la utilización adecuada del contrato de prestación de servicios, de manera que las únicas personas contratadas bajo esta figura en la práctica ejerzan

funciones en las condiciones propias de un contratista, y no bajo las condiciones propias de una relación laboral, pero sin las garantías que la acompañan.

Para cumplir con esta meta es necesario tener información completa acerca de los contratos que se celebran con el Estado, tanto laborales como de prestación de servicios. De modo que se requiere un registro actualizado y público de los contratistas por prestación de servicio, en cabeza de Colombia Compra Eficiente, puesto que es la entidad encargada de administrar el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP).

También se requiere un informe anual expedido desde cada entidad frente a la distribución contractual de su capital humano. El seguimiento tiene 2 propósitos principales. El primero es la transparencia en el uso de recursos públicos, tanto frente a las entidades de control, como a la ciudadanía. Es de interés público que la información acerca del personal de cada entidad sea de fácil acceso y actualizada en tiempos razonables para facilitar la veeduría. Esto permitirá monitorear el progreso de cada entidad en el tiempo, las cualificaciones del personal ejerciendo cada función, sus obligaciones contractuales, e incluso la composición del capital humano de la entidad en materia de género.

Del mismo modo, su segundo propósito es ayudar a diagnosticar la situación de cada entidad, y esta información puede luego ser utilizada en estrategias de actualización de las plantas de personal, al igual que para identificar falencias ya sea en el tipo de trabajos para los que se está contratado por prestación de servicios, el presupuesto operacional de la entidad, en imbalances injustificados con respecto al género del capital humano, entre otros.

Dicho reporte no podrá ser entregado de manera unilateral por la entidad, sino en conjunto con los sindicatos existentes en cada entidad, con la intención de generar mayor transparencia, y limitar la capacidad de enmascarar u ocultar la situación real, en la práctica de la entidad, puesto que es esta la beneficiada al abusar de la modalidad de prestación de servicios.

La armonización de los sistemas de información también es fundamental para tomar decisiones de política pública y de gestión de la administración estatal de manera informada y técnica. El proceso de armonización de estos sistemas requiere la unificación de categorías en las que se basan los criterios de recolección de información. El articulado de este proyecto de ley plantea una solución a este problema.

El Decreto 1083 de 2015 establece los criterios y directrices para la operación del Sistema General de Información Administrativa del Sector Público. En su contenido se plantean los objetivos del SIGEP, entre los que se encuentran el registro y el almacenamiento de información de personal al servicio del Estado y el “seguimiento y evaluación de la organización institucional y de los recursos humanos al interior de cada entidad” (Decreto

1083 de 2015, Título 17, ARTÍCULO 2.2.17.3). Si bien existe un procedimiento reglamentado para la conformación de este sistema de información, existen oportunidades de mejora que son necesarias para tomar decisiones de gestión pública de manera oportuna.

Entre las oportunidades de mejora se encuentra la actualización en tiempo real de la información de los servidores públicos y de las personas naturales vinculadas por prestación de servicios con el Estado, que incluya tipo de vinculación, obligaciones y/o funciones, asignaciones salariales, pago de honorarios y valor de los contratos, entre otras características de identificación.

En su calidad de ente rector en asuntos de contratación pública, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (ANCP – CCE) es la encargada de administrar el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), que funciona como una plataforma transaccional y como un sistema de información con registros de las cuentas de las entidades estatales y sus proveedores. Esta plataforma permite que las entidades del Estado creen, evalúen y adjudiquen procesos de contratación con proveedores que están también registrados en el sistema de compras públicas.

Una oportunidad de mejora evidente que puede hacer el sistema es separar las compras públicas de los contratos con personas naturales que celebra el Estado. La separación de estos rubros permite crear categorías comunes con los demás sistemas de información, en particular con el SIGEP, en el que se le dé un énfasis a la información de identificación de los contratistas de prestación de servicios. En ese contexto, el presente proyecto de ley ofrece una opción de fortalecer el seguimiento a la población contratada por prestación de servicios en el Estado, a través del fortalecimiento de los sistemas de información y de su armonización, que resulta en evidencia para la toma de decisiones con información clara, pública y pertinente.

Para asegurar el uso adecuado del contrato de prestación de servicios, también es necesario que el contratista pueda de manera expedita tomar acción en caso de ser sometido a condiciones indignas, o que implican un abuso de este tipo de contrato. El artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 1755 de 2015 regulan el derecho de petición como mecanismo que permite a cualquier persona solicitar:

“el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos” (Decreto 1755 de 2015, artículo 1).

El marco jurídico del derecho de petición es una herramienta mediante la cual cualquier persona –bien sea trabajador o contratista de prestación de servicios- puede realizar una

solicitud de información o realizar una petición concreta relacionada con el reconocimiento de un derecho atribuible a los trabajadores subordinados, como es el caso concreto de una solicitud ante un posible caso de encubrimiento de relaciones laborales en cualquier entidad del Estado. No obstante, las personas no suelen utilizar este mecanismo sino la vía judicial para denunciar abusos en el marco de los contratos de prestación de servicios. Adicionalmente, los tiempos de respuesta asociados al derecho de petición no son pertinentes en el contexto en el que se enmarca esta discusión. En ese contexto, el proyecto de ley ofrece una medida regulatoria que garantiza un procedimiento expedito para que se tramiten las solicitudes, quejas y reclamos de los contratistas de prestación de servicios.

Adicionalmente, frente a los acuerdos de laboralización, 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.

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.

Del mismo modo, también es necesario crear mesas de trabajo con la participación de varios sectores que se apoyen de, entre otras fuentes, los informes anuales y los acuerdos colectivos nacionales como el de 2019 previamente mencionado, al igual que el del 2021, y futuros, para progresivamente mejorar la situación de los contratistas y prevenir el abuso de la prestación de servicios. Es imperativo que además de múltiples entidades del Estado también se incluya a la academia y a las asociaciones sindicales, de

modo que el objetivo de seguimiento, vigilancia y control se cumpla a cabalidad y de manera objetiva, y que sus recomendaciones sean aplicables y productivas.

Garantías mínimas de los contratistas

El presente proyecto de ley pretende dignificar la situación de los contratistas de prestación de servicios que contratan con el Estado, así como propender por el uso adecuado y genuino de esta figura.

En este sentido, no se pretende hacer desaparecer los contratos de prestación de servicios ni tampoco proceder a una absoluta “laboralización” de los contratistas o imponer una única forma de vinculación por parte del Estado, sino adicionar garantías y proveer de herramientas legales a los operadores jurídicos para que en la práctica hagan un buen uso de dicha tipología contractual.

Conscientes de la constante tendencia de fuga del derecho del trabajo (ERMIDA & HERNÁNDEZ, 2002), ya mediante el contrato de prestación de servicios o mediante el uso de cualquier otra modalidad, no resultaría eficaz la eliminación o supresión normativa de una figura para restar los abusos a la misma. Lo anterior, en tanto la tendencia continuará siendo la de acudir a otras figuras para alcanzar el mismo fin fraudulento.

De hecho, se observa que la doctrina desde antaño ha identificado el fraude al contrato de trabajo mediante, por ejemplo, cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales y otras tipologías de contratación civil o comercial como el contrato de mandato, de agencia mercantil, de preposición, de corretaje, entre otros (Orjuela, Segura & Tovar, 2012). Se advierte entonces un catálogo de distintas figuras a elegir para disfrazar relaciones laborales, por lo que se insiste en que eliminar la figura del contrato de prestación de servicios no resolvería el abuso que sufre dicha modalidad contractual, pues simplemente se migraría a otra figura para evitar la aplicación del derecho laboral, así como evadir la carga prestacional y garantista que un vínculo subordinado conlleva.

Este proyecto de ley nace del presupuesto fundamental consistente en que el trabajo humano debe ser protegido en todas sus expresiones, y que el Estado es el primer llamado a promover y respetar de manera absoluta los derechos que se deriven de las distintas expresiones del trabajo humano, tal y como lo señaló la Corte Constitucional:

“De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, el trabajo goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. La Corte ha destacado que esa especial protección se predica no solamente de la actividad laboral subordinada, regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, sino que la misma se extiende a otras modalidades, entre las cuales se cuentan aquellas en las que el individuo lo ejerce de manera independiente, puesto que, más que al trabajo como actividad

abstracta se protege al trabajador y a su dignidad” (Corte Constitucional, T-645, 2011)

Esto, en consonancia con la tendencia internacional reciente que busca el reconocimiento de unas garantías mínimas sin importar la modalidad contractual en la que se desarrolle el trabajo humano, tal y como lo especificó la OIT al proponer la creación de una Garantía Laboral Universal (GLU):

Todos los trabajadores, independientemente de su modalidad contractual o de su situación laboral, también deben gozar de una protección adecuada que les garantice condiciones de trabajo humanas para todos.

...

Recomendamos el establecimiento de una Garantía Laboral Universal que comprenda:

- a) *derechos fundamentales de los trabajadores: libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y del derecho a no ser sometido a trabajo forzoso, trabajo infantil o discriminación; y*
- b) *un conjunto de condiciones de trabajo básicas: i) <<un salario vital adecuado>>⁸; ii) limitación de las horas de trabajo⁹; y iii) mayor seguridad e higiene en los lugares de trabajo¹⁰ (Organización Internacional del Trabajo, 2019).*

Siguiendo esta línea protectora del trabajo humano en sus distintas formas, el articulado propuesto en el presente proyecto pretende dar una respuesta a distintas problemáticas que surgieron precisamente de las dificultades con las que en la práctica se encuentran los contratistas objeto de la presente regulación en aspectos tales como: el pago de aportes a seguridad social; la simplificación de procesos; el ejercicio de su derecho de asociación sindical; la estabilidad ocupacional; el disfrute de derechos relacionados con situaciones de salud, de maternidad o de paternidad, del descanso necesario; o en actividades de bienestar, capacitación, transporte y alimentación.

⁸ El Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), prevé un salario mínimo, teniendo en cuenta: a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; y b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo. Se pueden diseñar las modalidades de aplicación de manera que también regulen el pago a destajo y el salario por hora de los trabajadores por cuenta propia.

⁹ Constitución de la OIT, 1919.

¹⁰ Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), de la OIT.

En ese sentido el presente proyecto de ley pretende dignificar las condiciones de los contratistas de prestación de servicios otorgando garantías en materia de:

1. Pago de honorarios en plazos razonables.
2. Derecho de asociación sindical y autorización de descuento de la cuota sindical.
3. Garantía de no terminación anticipada.
4. Licencias de maternidad, paternidad, aborto y enfermedad.
5. Cláusula de disfrute del descanso necesario.
6. Inclusión de contratistas en actividades de bienestar y capacitación.
7. Derechos de los contratistas en materia de transporte y alimentación.
8. Cláusula penal obligatoria.
9. Acceso a cajas de compensación familiar.
10. Incorporación del criterio anti trámites para la ejecución del contrato de prestación de servicios.
11. Establecimiento de indicios de relaciones de trabajo subordinadas.
12. Extensión de la prescripción de las acreencias laborales de 3 a 10 años.
13. Establecimiento de responsabilidad solidaria en hipótesis de triangulación.

Se procede entonces a señalar el fundamento que dio origen a las garantías que se quieren ofrecer a los contratistas, y su justificación, en el orden antes referido.

- **En lo relacionado con el pago de honorarios:**

Dadas las constantes quejas y dilaciones en lo relacionado con el pago de honorarios, lo que a su vez repercute sobre derechos fundamentales como el mínimo vital de los contratistas para satisfacer sus necesidades básicas luego de haber prestados sus servicios, se propuso en la presente ley un procedimiento para que dentro de un término razonable, se diriman las controversias que podrían dilatar el pago efectivo de los honorarios del contratista.

- **En lo relacionado con el derecho de asociación sindical y la autorización de descuento de la cuota sindical**

La Carta Política establece una serie de principios en el sentido de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales se conviertan en meros enunciados abstractos carentes de eficacia, máxime si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales legitiman el orden jurídico y son garantía esencial para el respeto a la dignidad humana.

Una expresión de estos derechos es precisamente el de la libertad de asociación por parte de los contratistas. De hecho, ha estado en discusión si las personas naturales contratistas o subcontratistas gozaban del derecho de asociación sindical. Al respecto, la Corte Constitucional expresó:

“6.2.1. Bajo el anterior razonamiento, los contratistas, personas naturales, del Estado son una categoría de ciudadanos al servicio del Estado aparte de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos, que pueden gozar del derecho de asociación sindical, en la medida en que así lo dispone la Carta cuando reconoce este derecho a todos los trabajadores sin importar el tipo de vinculación o de si se trata de una empresa privada o una entidad pública. También, porque no se encuentran dentro de la exclusión constitucional de esta prerrogativa, pues no son miembros de la Fuerza Pública y porque a la luz de los Convenios 87 y 98 de la OIT, parte del bloque de constitucionalidad, este derecho se reconoce a todos los trabajadores sin ninguna distinción” (Corte Constitucional, T-376, 2020).

Esta conclusión se enmarca también en el artículo 20¹¹ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo XXII¹² de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 22¹³ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

¹¹ Artículo 20: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

¹² Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden, político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

¹³ Artículo 22. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Políticos y en el artículo 15¹⁴ la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

En esta misma línea, la OIT en el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) estableció:

“Artículo 2: Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 11: Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

En armonía con lo anterior, el Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), expresa que:

“Artículo 1:1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”.

En el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), la OIT determinó:

“Artículo 3. A los efectos del presente Convenio, la expresión organización de empleados públicos designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos.

Artículo 4: 1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo. (...)

¹⁴ Artículo 15. Derecho de Reunión: Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación: 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Artículo 9: Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se derive de su condición y de la naturaleza de sus funciones”.

Nótese cómo incluso los empleados públicos, salvo excepciones como los miembros de la Fuerza Pública, son titulares del derecho de libertad sindical, por lo que con mayor razón los contratistas del Estado gozan de este derecho, tal y como lo recordó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al considerar que una posición distinta contraviene “los postulados de rango constitucional y conduce a resultados desproporcionales (sic) frente a la libertad sindical que tienen todos los trabajadores a conformar asociaciones, con independencia de la naturaleza de la relación que los rige”(STL7928-2022).

Además de lo anterior, se autorizó al contratante para que retuviera de los honorarios, previo consentimiento escrito otorgado por parte del contratista, la suma correspondiente por concepto de cuota sindical y girarla así a las organizaciones sindicales correspondientes. Lo anterior con fundamento en la dificultad que en la práctica estaban teniendo las organizaciones sindicales para dicho recaudo.

- **En lo relacionado con la garantía de terminación no anticipada y las licencias de maternidad, paternidad, aborto y enfermedad:**

Ahora bien, en lo relacionado con la garantía de terminación anticipada, se debe recordar lo establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del 9 de septiembre de (2021) para los contratistas de prestación de servicios. Vale la pena señalar que reitera el 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.

2. La Organización Internacional de Trabajo (OIT), viene 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».”

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.

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.

Las características de los contratos estatales de prestación de servicios fueron sintetizadas en que:

- 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 materializada la subordinación o dependencia, sino simplemente la coordinación entre las partes para la normal ejecución del contrato. 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, la referida sentencia de unificación del Consejo de Estado, estableció lo que debe entenderse por término estrictamente indispensable:

“son precisamente la temporalidad y excepcionalidad de la contratación la característica fundamental que debe habilitar al operador jurídico para hacer uso de este tipo contractual. En otras palabras, el CE enfatizó en que con los contratos estatales de prestación de servicios “no pueden suplirse, de manera definitiva las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias” (Tovar, 2021).

Además, 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 “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”, señala la sentencia.

El Consejo de Estado fijó en 30 días hábiles, en principio y como marco de referencia¹⁵, el término cuya consecuencia jurídica es la de establecer la interrupción o la solución de continuidad a efectos de determinar la prescripción de derechos en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral. Es decir que de no superarse dicho lapso entre contratos sucesivos de prestación de servicios, se puede concluir “la existencia de una unidad de vínculo contractual” siempre y cuando “se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades”.

Ahora bien, frente a las garantías relacionadas con la estabilidad ocupacional, y en especial con la condición de salud, se tiene que es un término genérico que incluye las categorías de enfermedad sea esta aguda o crónica, trastorno, traumatismo y lesión. En una condición que afecta la salud también pueden considerarse otras circunstancias como el embarazo, el envejecimiento o anomalías congénitas o predisposiciones genéticas.

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 el término de “estabilidad ocupacional reforzada”, pero únicamente para aquellos individuos que se encuentren en unas determinadas condiciones. Lo anterior, 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 proteger 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.

La Corte Constitucional en Sentencia SU049 de 2017 señaló 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, manifestó qué:

“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

¹⁵ Se observa en la sentencia: “139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que 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”.

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

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” (Corte Constitucional, SU049,17)

En lo que atañe a la cobertura de las contingencias de los riesgos a la salud entre ellas incapacidades y licencias de maternidad o 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 el ejercicio de sus labores. Tampoco es aceptable que se discrimine a un contratista por su situación de maternidad o paternidad, poniéndose en riesgo incluso la estabilidad económica de una familia.

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 en el caso de la figura de trabajador independiente, 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 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 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 establece:

“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 precisa:

“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.

- **En lo relacionado con la cláusula de disfrute de descanso necesario:**

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 y plena a un solo contrato de prestación de servicios. Se recuerda que el derecho a un descanso es inherente a la dignidad humana.

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, y 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, así como para mejorar sus relaciones afectivas y de esparcimiento. Este derecho no podrá ser compensado y no constituye un factor económico adicional. 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 que pueden o no ser mensuales mientras que el contrato laboral parte de la lógica del salario y la entrega de factores prestacionales.

- **En lo relacionado con la inclusión de contratistas en actividades de bienestar y capacitación y en garantías en materia de transporte y alimentación:**

Sobre estos puntos se considera que reporta beneficios para todos los intervinientes la inclusión de los contratistas en actividades de bienestar y capacitación del contratante, pues con ello no solo se disminuirá la materialización de riesgos laborales sino que además se contribuirá a tener un ambiente laboral u ocupacional más sano, que propenda concretamente por la disminución de los riesgos psicosociales.

Sobre el reconocimiento de garantías en materia de alimentación y transporte, sirvió de base el artículo 5¹⁶ del Decreto 4369 de 2006 pues este equipara algunos beneficios entre los trabajadores en misión y los que otorga la usuaria a sus trabajadores directos. Además, esto cumple un efecto disuasorio pues elimina el incentivo de vincular contratistas para evitar el reconocimiento de este tipo de derechos, abaratando así el rubro relativo a mano de obra, pues, en cualquier caso, esto es, contratando de manera directa trabajadores subordinados o contratistas, el Estado estará obligado a reconocer dichos beneficios.

Finalmente, sobre el tema de garantías y con el convencimiento de la mejor utilización del contrato de prestación de servicios, se incorporó un artículo que pretende dar equilibrio contractual en lo relacionado con las cargas de las partes y las consecuencias por el incumplimiento. Fue por esto, se estableció que 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.

Prevención de encubrimiento de relaciones laborales en el sector público

Siguiendo los lineamientos dados por la OIT en el artículo de la Recomendación 198, consistente en que: “Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo”, se consideró el establecimiento de algunos que faciliten la

¹⁶ Artículo 5°. Derechos de los trabajadores en misión. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.
Se entiende por lugar de trabajo, el sitio donde el trabajador en misión desarrolla sus labores, junto con trabajadores propios de la empresa usuaria.

labor del operador jurídico a la hora de determinar si está frente a una relación laboral subordinada o no.

Los indicios que se plasmaron fueron los más representativos, pero la lista no es taxativa ni es constitutiva de tarifa legal. Esto quiere decir que serán las autoridades judiciales quienes valorarán estos indicios y todos los demás medios de convicción que hayan sido oportuna y regularmente aportados al proceso en aplicación de los principios de libertad probatoria y de apreciación de la prueba bajo las reglas de la sana crítica.

Sobre la ampliación del término de prescripción, lo que se pretende es que tanto la declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral como los derechos laborales que se deriven de dicha declaratoria puedan ser exigibles en un término de 10 años, y no de 3, como es la regla general en la actualidad. Lo anterior, en tanto un término de prescripción corto funciona como incentivo a la defraudación de las relaciones laborales mediante figuras como el contrato de prestación de servicios. Este término se planteó con fundamento en lo recomendado por la

“Modificar la regla de prescripción de la acción laboral (artículo 488 del C.S. del T.) ordinaria para que la misma tenga una extensión igual a la de la acción civil ordinaria (10 años)” (Ramírez, 2021)

Bajo esta misma línea, y ante el crecimiento de la utilización legítima e ilegítima de figuras de triangulación (simple intermediario, empresas de servicios temporales, cooperativas de trabajo asociado, contrato sindical, contratista independiente, cesión de contratos de trabajo, entre otras), se pretende ampliar la responsabilidad de quienes intervengan en estas figuras para proteger los derechos de los contratistas, ya sea por un incumplimiento derivado de un uso genuino del contrato de prestación de servicios, o por el uso fraudulento del mismo al ocultar una relación laboral subordinada.

Para ello se estableció la responsabilidad solidaria en ambas hipótesis, pues según lo establecido por el artículo 1568 del Código Civil, esta modalidad de responsabilidad solo opera en virtud de lo convenido por las partes, o el testamento o por disposición legal.

Se espera que con el establecimiento de esta responsabilidad solidaria, la cual permite habilitar la condena a cualquiera de los involucrados en dichas relaciones multipartitas, y con ello aumentar el número de patrimonios que puedan llegar a responder, se desestime el uso fraudulento de esta modalidad. De hecho, resulta útil pues en la práctica se ha observado que algunos sujetos exigen a las personas naturales que creen personas jurídicas para que la vinculación se realice con dichas personas jurídicas e intentar ocultar la prestación personal del servicio por parte de una persona natural evitando así la aplicación de la presunción de existencia de contrato de trabajo y la materialización de otros indicios.

Finalmente, se pretende imponer a las autoridades judiciales que mensualmente compulsen copias al Ministerio del Trabajo de los expedientes con sentencias

condenatorias en firme para que se inicie la investigación en contra de las entidades públicas y privadas que fueron declaradas responsables en virtud del principio de primacía de la realidad por encubrimiento de relaciones laborales. Lo anterior, para que se proceda a imponer las multas correspondientes. Este artículo surgió como respuesta a la inquietud de algunos inspectores de trabajo de imponer sanciones por ocultamiento de relaciones laborales subordinadas ante el temor de ir en contra de lo establecido en el artículo 486 del CST pues dichos “funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores”. De esta forma, además de las condenas que imponga el juez, quienes oculten verdaderas relaciones laborales subordinadas podrán ser sancionados con multas.

En conclusión, las normas propuestas no buscan impedir a los contratistas que acudan a la jurisdicción para solicitar, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, la declaración del vínculo real cuando consideren que estuvieron prestando sus servicios bajo una modalidad subordinada de trabajo humano. De hecho, tal y como lo señaló desde antaño la Corte Constitucional el contratista puede acudir ante la autoridad competente y demostrar la existencia de una relación laboral (Sentencia C-154, 1997). La carga de la prueba dependerá de si aplica o no la presunción de existencia del contrato de trabajo (Tovar, 2018, p.57 y ss.).

Lo que pretende el presente proyecto de ley es aumentar las garantías en los genuinos contratos de prestación de servicios que se ejecuten con autonomía e independencia y dentro de un marco básico de coordinación contractual. Además, como se anticipó, busca evitar los abusos y promover el buen uso del contrato de prestación de servicios.

5. Impacto fiscal

El artículo 7° de la Ley 819 de 2003 prevé que la exposición de motivos de los proyectos de ley que ordenen gasto u otorguen beneficios tributarios deberán contener un análisis de impacto fiscal que debe ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Asimismo, consagra que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe rendir concepto en el que estudie el impacto fiscal de la iniciativa.

Sobre el análisis de impacto fiscal, el mismo puede realizarse durante el trámite legislativo de la iniciativa y el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público puede allegarse en cualquier momento.

Por último, es importante señalar que el concepto que eventualmente emita el Ejecutivo “no obliga a las células legislativas a acoger su posición, sin embargo, sí genera una obligación en cabeza del Congreso de valorarlo y analizarlo”. Es por esto que una eventual oposición gubernamental al proyecto por razones fiscales no significa que el mismo necesariamente deba ser archivado por tales motivos.

6. Conflicto de intereses

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 2003 de 2019, según el cual *“El autor del proyecto y el ponente presentarán en el cuerpo de la exposición de motivos un acápite que describa las circunstancias o eventos que podrían generar un conflicto de interés para la discusión y votación del proyecto, de acuerdo al artículo 286. Estos serán criterios guías para que los otros congresistas tomen una decisión en torno a si se encuentran en una causal de impedimento, no obstante, otras causales que el Congresista pueda encontrar”*, y de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución política, en el cual se establece que *“Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración”*. En este acápite planteamos que frente a los posibles impedimentos que se pudieren presentar en razón a un conflicto de interés en el ejercicio de la función legislativa, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a. Se entiende como conflicto de interés una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista.
- b. Que un beneficio particular es aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado.
- c. Que un beneficio actual es aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión
- d. Que un beneficio directo es aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

En consecuencia, de encontrar sospecha sobre un posible conflicto de intereses será necesario acudir al artículo 286 de la Ley 5 de 1992 modificado por el artículo 1 de la ley 2003 de 2019 en el cual se establece Régimen de conflicto de interés de los congresistas.

Sin embargo, consideramos que en la discusión y aprobación no existen circunstancias que pudieran dar lugar a un eventual conflicto de interés, dado que se otorgan beneficios de carácter general. Al respecto el Consejo de Estado en la Sentencia del 5 de agosto de 2003 ha insistido en que el conflicto de intereses ocurre cuando el beneficio obtenido por el congresista con la aprobación del proyecto de ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter “particular, directo e inmediato”. De manera que, el interés del

congresista también puede coincidir y fusionarse con los intereses de los electores, y el presente proyecto es una iniciativa de carácter general, impersonal y abstracta, con lo cual no se materializa una situación concreta que permita enmarcar un beneficio particular, directo ni actual.

Sin embargo, la decisión es meramente personal en cuanto a la consideración de hallarse inmerso en un conflicto de interés, por lo cual dejamos a criterio de los Honorables Representantes basado en la normatividad existente y a juicio de una sana lógica.

Cordialmente;



AGMETH JOSÉ ESCAF TIJERINO
Representante a la Cámara – Departamento del Atlántico
PACTO HISTÓRICO

7. Proposición

Con fundamento en las anteriores consideraciones, presento **ponencia positiva** y solicito a los Honorables Representantes que integran la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes dar primer debate al Proyecto de Ley número 449 de 2024 Cámara “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”.

8. Articulado del proyecto de ley

PROYECTO DE LEY No. 449 DE 2024

“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 conocimientos técnicos, científicos, profesionales 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. 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 otorgará carácter de contrato laboral o relación laboral subordinada.

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 en el que se les ordenará a todas las entidades públicas 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. Informe anual de transparencia. Las entidades públicas deberán expedir mediante resolución interna y dentro de los primeros treinta (30) días de cada anualidad, un informe anual de transparencia en el cual se reporte con suficiencia las características del recurso humano. Este informe deberá ser enviado dentro del mismo término al Departamento Administrativo de la Función Pública y especificará, al menos, lo siguiente: el número de contratistas directos; el número de contratistas indirectos (es decir, quienes presten servicios mediante terceros); el número de empleados públicos; el número de trabajadores oficiales; y el género con que se identifiquen.

Además, el informe reflejará por cada cargo o actividad: el perfil del personal vinculado; las funciones u obligaciones contractuales; los requisitos de formación académica y experiencia correspondientes; los montos de ingresos percibidos mensualmente por cada una de las vinculaciones especificadas en el inciso anterior, incluyendo el impacto prestacional mensualizado cuando sea el caso de servidores públicos.

Todos los informes anuales deberán ser depositados en el Departamento Administrativo de la Función Pública, quien verificará su contenido y oportunidad en la expedición del mismo. Además, los informes deberán permanecer publicados en la página oficial de cada

entidad inmediatamente después de su expedición, garantizando su fácil acceso y permanente disponibilidad de consulta.

Artículo 5. Armonización de los sistemas de información. El Departamento Administrativo de la Función Pública y la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente -, fijará categorías comunes para el análisis de la información de los sistemas SECOP y SIGEP. Esto facilitará el seguimiento a la población contratada por prestación de servicios en el Estado y permitirá la consolidación de información detallada de la ejecución de los recursos invertidos en contratación pública. Todo lo anterior en atención al principio de divulgación proactiva de la información consagrado en la Ley 1712 de 2014.

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 del trámite de suscripción y/o 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.

Capítulo II

Garantías mínimas de los contratistas

Artículo 7. 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 8. Garantía de no terminación anticipada. Los contratantes no podrán dar por terminado de forma anticipada los contratos de prestación de servicios con contratistas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud, por ser personas gestantes o en el periodo equivalente a la licencia de maternidad y/o paternidad, salvo que la finalización del vínculo tenga como causa el incumplimiento contractual.

Las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por medio de contratación directa tendrán derecho al disfrute de la licencia de maternidad y paternidad, cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social.

Parágrafo 1. Esta garantía podrá consistir incluso en una ampliación o extensión de las fechas de terminación pactadas en los contratos.

Parágrafo 2. Las entidades estatales contratantes no podrán hacer uso de la figura de suspensión del contrato para eludir el otorgamiento de la licencia.

Parágrafo 3. 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. El contratista deberá efectuar el cobro de la prestación económica ante las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPS) 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 9. Licencia en caso de aborto o parto prematuro no viable. Las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por medio de contratación directa, que en el curso del embarazo sufran un aborto o parto prematuro no viable, tienen derecho a descanso remunerado, en los mismos términos que las trabajadoras dependientes.

Parágrafo 1. Esta garantía podrá consistir incluso en una ampliación o extensión de las fechas de terminación pactadas en los contratos.

Parágrafo 2. Las entidades estatales contratantes no podrán hacer uso de la figura de suspensión del contrato para eludir el otorgamiento de la licencia.

Artículo 10. 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 de duración del contrato de prestación de servicios. El descanso necesario estará 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 periodo del disfrute del descanso necesario debe señalarse por el contratante dentro de la vigencia del término del contrato de prestación de servicios suscrito y con no menos de un mes de anticipación a la fecha de inicio del disfrute, 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 11. 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- Los contratistas podrán radicar de manera electrónica el informe de actividades o de gestión que dé cuenta del cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- 3- El pago de las cuentas de cobro deberá darse dentro de un plazo justo, el cual no puede exceder de 30 días.

Artículo 12. 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 sanciones disciplinarias.

Artículo 13. 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.

Parágrafo 2. El término para la entrega del certificado no podrá superar los cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud realizada por parte del contratista.

Artículo 14. Inclusión de contratistas en actividades de bienestar y capacitación. Las entidades del Estado deberán incluir a las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en las actividades de bienestar institucional programadas para los funcionarios de planta de la respectiva entidad.

Las entidades del Estado deberán incluir a las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios, de las que trata el artículo 2 de la presente ley, dentro de los planes de capacitaciones según lo dispuesto en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST), en lo aplicable a los contratistas.

Estos beneficios no conllevan relación laboral ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

Artículo 15. Derechos de los contratistas en materia de transporte y alimentación.

Los contratistas tendrán derecho a gozar de los beneficios que el contratante tenga establecidos para sus servidores públicos en el lugar de trabajo en materia de transporte y alimentación.

Estos beneficios no conllevan relación laboral ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

Artículo 16. Afiliación a las cajas de compensación familiar a cargo de la entidad.

Las entidades estatales deberán vincular a su cargo a las cajas de compensación familiar a las personas naturales con las cuales celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Este beneficio no conlleva relación laboral ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

Artículo 17. 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.

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

Lo relacionado en este artículo no conlleva relación laboral ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

Artículo 18. Incentivo a la cultura del 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.

Capítulo III

Mecanismos de seguimiento a la dignificación de la situación de los contratistas y prevención de encubrimiento de relaciones laborales en el sector público

Artículo 19. Indicios de existencia de una relación laboral subordinada en el contrato de prestación de servicios. Son indicios de existencia de una relación laboral subordinada, entre otros, los siguientes:

1. Que el contratante exija, de manera unilateral, la ejecución del contrato bajo circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar.
2. Que el contratante exija obligaciones de medio.
3. Que el contratante exija el cumplimiento de horarios o de jornadas laborales.
4. Que el contratante exija el cumplimiento de los reglamentos internos de trabajo.
5. Que el contratante monitoree constantemente las actividades del contratista.
6. Que el contratante implemente o ejerza acciones disciplinarias y sancionatorias.

La anterior lista no es taxativa ni es constitutiva de tarifa legal. Los jueces valorarán estos indicios y todos los demás medios de convicción que hayan sido oportuna y regularmente aportados al proceso en aplicación de los principios de libertad probatoria y de apreciación de la prueba bajo las reglas de la sana crítica.

Parágrafo 1. Las entidades públicas se abstendrán de interferir en la autonomía técnica, administrativa y financiera del contratista.

Parágrafo 2. 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, esta deberá proveer los elementos de trabajo personal requeridos para la prestación del servicio sin que esto conlleve relación laboral ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

Artículo 20. 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.

Las entidades de que trata el artículo 2, numeral 1, de la Ley 80 de 1993 deberán iniciar el procedimiento de actualización y optimización de plantas de personal mínimo una vez cada dos (2) años, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1800 de 2019, la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, para lo cual será determinante el informe referido en el artículo sexto de esta ley, así como la racionalización del gasto según lo establecido en la Ley 617 de 2000.

Artículo 21. 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 son 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 22. Acuerdos de formalización laboral. Las entidades u organismos del sector público en 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 estos acuerdos 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.

Parágrafo. Una vez establecidos dichos acuerdos deben ser cumplidos dentro de los seis (6) meses siguientes, so pena de la iniciación de oficio de los procesos disciplinarios pertinentes en contra de los funcionarios encargados.

Artículo 23. Creación de plantas temporales de personal. 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 24. Actualización del manual de contratación. Las entidades públicas tendrán un término no superior a un (1) año contado 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 25. 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.

Artículo 26. Responsabilidad solidaria en caso de encubrimiento de relaciones laborales. El tercero o los terceros, con independencia de si son personas naturales o jurídicas que hagan parte de la cadena de contratación, serán solidariamente responsables por la condena que soporte el Estado como verdadero empleador sobre todas las obligaciones laborales y de seguridad social de carácter pecuniario que se deriven de dicha condena.

Artículo 27. Prescripción. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en esta ley prescriben en diez (10) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales, en cuyo caso se tendrá la más beneficiosa al prestador del servicio.

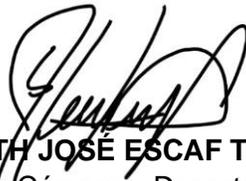
Prescribirán en igual término los derechos laborales de los empleados públicos o trabajadores oficiales que se deriven de la declaratoria de existencia de una relación laboral subordinada.

El simple reclamo escrito del contratista, recibido por el contratante, sobre un derecho debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Artículo 28. Multas por parte del Ministerio del Trabajo. Mensualmente los despachos judiciales deben compulsar copias al Ministerio del Trabajo de los expedientes con sentencias condenatorias en firme para que se inicie la investigación en contra de las entidades públicas y privadas que fueron declaradas responsables en virtud del principio de primacía de la realidad por encubrimiento de relaciones laborales. El Ministerio del Trabajo impondrá las sanciones correspondientes en virtud de lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo.

Artículo 29. Vigencia. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Cordialmente,



AGMETH JOSÉ ESCAF TIJERINO
Representante a la Cámara – Departamento del Atlántico
PACTO HISTÓRICO

9. Referencias

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2021). Respuesta a derecho de petición radicado No. 20218001825028.

Código Sustantivo del Trabajo. (1951).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2021). Sentencia de unificación de jurisprudencia 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-154.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-645.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia SU049.

Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-219.

Corte Constitucional. (2020). Sentencia C-068.

Corte Constitucional. (2020). Sentencia T-376.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019). Sentencia 73707.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022). Sentencia STL7928-2022.

Decreto 1083 de 2015, Título 17, ARTÍCULO 2.2.17.3

Decreto 1755 de 2015, ARTÍCULO 1

Decreto 4369 de 2006

Decreto 1273 de 2018

Ermida Uriarte, O., Hernández Álvarez, O. (2002). *Crítica a la subordinación*. Revista de la Asociación IUS ET VERITAS. Nº. 25.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

Organización Internacional del Trabajo. (2006). *Recomendación 198*. Recuperado de:

Organización Internacional del Trabajo. (2011). *Trabajar por un futuro más prometedor*. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

Ramírez Bustamante, N. (2021). *Cumplimiento de la regulación y conflictividad laboral en Colombia. Contribución a la misión de empleo 2021*. Borrador 3 Trabajo y Derecho. Universidad de los Andes.

Tovar Reyes, S. (2018). *La aplicación del principio de la primacía de la realidad cuando el Estado oculta la vinculación de los empleados públicos en contratos de prestación de servicios*. Universidad Externado de Colombia.

Tovar Reyes, S. (2021). *Unificación de reglas en la teoría del contrato realidad: la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado*. Recuperado de: <https://derlaboral.uexternado.edu.co/uncategorized/unificacion-de-reglas-en-la-teoria-del-contrato-realidad-la-reciente-jurisprudencia-del-consejo-de-estado/>