

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2022

“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”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto establecer 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.

Artículo 2. Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplicará exclusivamente a las entidades estatales y a los contratos prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que estas suscriban.

Artículo 3. Calidad tributaria de los honorarios percibidos por la prestación del servicio personal. Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por medio de contratación directa, no generarán al contratista la obligatoriedad del registro como responsable del Impuesto al Valor Agregado -IVA-. Así mismo, el valor en honorarios correspondiente al contrato de prestación de servicios, no será sumado al valor total anual que obligue al registro como responsable del Impuesto al Valor Agregado -IVA-

Parágrafo 1. El presente artículo aplica siempre y cuando la persona natural no suscriba más de un contrato de prestación de servicios o de apoyo a la gestión de forma concomitante.

Artículo 4. Licencia de maternidad y paternidad. 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 paternidad y maternidad, cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social, en los mismos términos que los trabajadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo o la norma que lo modifique o sustituya.

Para gozar de este beneficio se deberá estar al día con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud al momento de solicitar la licencia.

Este beneficio no conlleva relación laboral, ni modificación de la naturaleza de contrato de prestación de servicios por medio de contratación directa. De igual forma, no conlleva a la modificación de las condiciones y términos del contrato, ni a la suspensión del mismo.

Parágrafo 1. Las entidades estatales contratantes no podrán hacer el uso de la figura de la suspensión del contrato para eludir el otorgamiento de la licencia de maternidad o paternidad.

Artículo 5. Licencia en caso de sufrir 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 una licencia de dos o cuatro semanas, cubierta por el Sistema General de Seguridad Social en los mismos términos que las trabajadoras, de conformidad con lo establecido en el artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo o la norma que lo modifique o sustituya. Para gozar de este beneficio se deberá estar al día con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud al momento de solicitar la licencia.

Este beneficio no conlleva relación laboral, ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios por medio de contratación directa. De igual forma, no conlleva a la modificación de las condiciones y términos del contrato, ni a la suspensión del mismo.

Parágrafo 1. Las entidades estatales contratantes no podrán hacer el uso de la figura de la suspensión del contrato para eludir el otorgamiento de la licencia.

Artículo 6. Prestación del servicio en modalidad remota. Las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con entidades del Estado podrán convenir con la entidad contratante, que el desarrollo de sus actividades se pueda realizar de manera remota, total o parcialmente siempre y cuando el objeto del contrato así lo permita.

Artículo 7. Descanso remunerado. Las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por medio de contratación directa, tendrán derecho a convenir con el supervisor del contrato el equivalente al cinco por ciento (5%) de los días totales de ejecución de su contrato al disfrute de descanso sin tener que suspender el contrato.

Este beneficio no conlleva relación laboral, ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios por medio de contratación directa.



Artículo 8. Inclusión de contratistas a actividades de bienestar. Las entidades del estado deberán vincular a las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, por medio de contratación directa, a las actividades de bienestar institucional programadas para los funcionarios de planta de la respectiva entidad.

Este beneficio no conlleva relación laboral, ni modificación de la naturaleza del contrato de prestación de servicios por medio de contratación directa.

Artículo 9. Pago de aportes a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Las personas naturales que celebren hasta dos contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, solo estarán obligadas a realizar el aporte correspondiente a salud y pensión con respecto al contrato de mayor valor.

Artículo 10. Afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales a cargo de la entidad. Las entidades del estado deberán vincular a su cargo, al Sistema General de Riesgos Laborales, a las personas naturales con las cuales celebren contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

Artículo 11. 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 por medio de contratación directa.

Artículo 12. Vigencia y derogatoria. La presente Ley rige a partir de su expedición y publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

DAVID LUNA SÁNCHEZ

Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

“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”.

1. Contexto

De acuerdo con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y los funcionarios, cuyos sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución y la Ley, serán nombrados por concurso público.

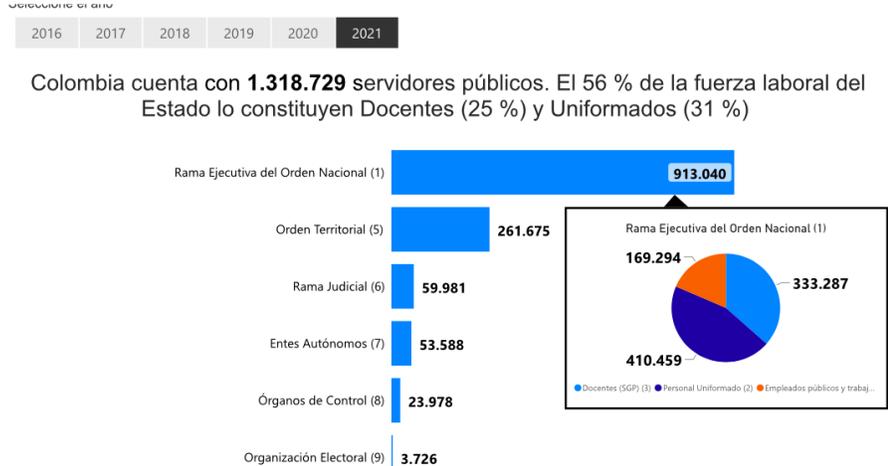
Esta máxima constitucional, sin embargo, no se ha materializado en la realidad y continúa siendo una aspiración de la Constituyente. De acuerdo con el Departamento Administrativo de la Función Pública, a febrero de 2022, Colombia cuenta con 1.318.729 servidores públicos, de los cuales el 25% lo constituyen docentes y 31% uniformados¹. A su vez, de acuerdo con información de esta misma Entidad, solo 97.802 de estos servidores públicos son de carrera administrativa (Rama ejecutiva del orden nacional)².

¹ Departamento Administrativo de la Función Pública. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/servidores-publicos-en-el-estado>. Consultado el 20 de julio de 2022.

² Respuesta a derecho de información por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública de fecha 4 de agosto de 2022.

Distribución de los Servidores Públicos en Colombia

Última Actualización: 07/02/2022



Fuente: Departamento Administrativo de la Función Pública. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/servidores-publicos-en-el-estado>. Consultado el 20 de julio de 2022.

Por su parte, de acuerdo con la información de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- a 3 de febrero de 2022, se encontraban activos 811.635 contratos (contratos sin estado “terminado”, “cerrado”, “liquidado”, “terminado sin liquidar” y “suspendidos”), reportándose 485.134 contratistas por un valor total de \$13.705.545.639.648.

Al comparar las cifras suministradas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se tiene que, actualmente en Colombia hay 1.318.729 servidores públicos; frente a 811.635 contratos de prestación de servicios, cifra que da cuenta que una gran parte de las funciones estatales están siendo realizadas por contratistas, no por servidores públicos. A su vez, si se tiene en cuenta el número de servidores públicos de carrera administrativa, la diferencia resulta aún más significativa.

Por otro lado, de acuerdo con información del Departamento Administrativo de la Función Pública, **en el año 2020 se vincularon 112.428 contratista de prestación de servicios; mientras que solo se vincularon 7.665 empleados de planta³**. Es decir, se presenta una

³ Respuesta a derecho de información por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública de fecha 19 de enero de 2022.

relación de 1 a 15. Lo anterior evidencia que, en lugar de incrementarse el número de funcionarios públicos, se ha incrementado el número de contratistas.

2. El contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión con personas naturales

El contrato de prestación de servicios profesionales fue contemplado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “Por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, señalándose lo siguiente:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (...)”

De esa manera, el legislador diferenció desde el texto legal los contratos de prestación de servicio de los contratos laborales, estableciendo como características de los primeros que: 1. Las actividades que se desarrollan son relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. 2. Estas actividades no pueden realizarse por parte de personal de planta o requieren conocimientos especializados. 3. No generan relación laboral ni prestaciones sociales.

El Consejo de Estado ha proferido una amplia jurisprudencia en donde se desarrollan los elementos que permiten identificar los contratos de prestación de servicios y su diferenciación de los contratos laborales.

“El régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) de los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) de los trabajadores oficiales (relación contractual laboral); y, c) de los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Respecto a la solución de controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios, es necesario referirse al principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, el cual tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla”⁴. En esa medida, el principio de la realidad es el elemento determinante para establecer que se está frente a un caso de contrato laboral y no un contrato de prestación de servicios.

A su vez, en virtud del principio de la realidad, la jurisprudencia ha analizado si en los casos en concreto se han presentado los elementos del contrato laboral; y si en la práctica estos se cumplen, se determina que se está frente a un contrato laboral y no un contrato de prestación de servicios.

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Que la subordinación es el elemento esencial de toda relación laboral y, además, es el factor que lo diferencia del contrato de prestación de servicios, por lo tanto para verificar su existencia se deberá analizar el soporte probatorio que fue recaudado en el proceso para finalmente determinar si la relación que se suscitó entre las partes cumple con los requisitos para que se configure el contrato realidad a que hace referencia el artículo 53 de la Constitución Política”⁵.

⁴ Consejo de Estado. Sentencia 2011-00400 de 2020.

⁵ Ibídem.

De igual manera, la jurisdicción constitucional de manera excepcional ha reconocido el contrato realidad en contratos de prestación de servicio en los casos en los cuales se trata de sujetos de especial protección constitucional: *“La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede para solicitar reclamaciones de naturaleza laboral y la declaratoria del contrato realidad porque el carácter de dicha acción es subsidiaria y residual. No obstante, esta regla también contiene una excepción que consiste en la posibilidad de que la mentada acción constitucional puede ser ejercida por los sujetos que son titulares de una especial protección constitucional por parte del Estado, por tanto, cuando existe una amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, esta resulta ser una herramienta eficaz e idónea en procura de su respectivo amparo”*⁶.

La aplicación reiterada de la teoría del contrato realidad en contratos de prestación de servicios, tanto por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, como la jurisdicción constitucional, pone de presente que en la práctica el contrato de prestación de servicios se usa en muchas ocasiones para enmascarar contratos laborales, en detrimento de los derechos de quienes en realidad son trabajadores y no contratistas. Derechos como la afiliación a seguridad social, licencias de maternidad y paternidad, disfrute de vacaciones y acceso a programas de bienestar; entre otros. Es decir, el enmascaramiento de los contratos laborales como contratos de prestación de servicios no es una práctica aislada en la realidad colombiana.

Recientemente, el Consejo de Estado (expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)SUJ-025-CE-S2-2021) de 9 de septiembre de 2021 - Sentencia de unificación), en un intento por corregir el reiterado enmascaramiento de contratos laborales como contratos de prestación de servicios, estableció jurisprudencialmente la tesis según la cual el elemento esencial para distinguir entre los dos tipos de contratos es la temporalidad. Así para que no se configurara el contrato realidad, debería establecerse un periodo de treinta (30) días hábiles entre un contrato de prestación de servicios y otro:

“(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2010.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal”⁷.

En conclusión, la precitada jurisprudencia estableció el término de 30 días hábiles que deberá mantenerse entre un contrato y el siguiente, como elemento que define el contrato de prestación de servicios. Esta tesis del alto tribunal generaría que los contratistas, que desarrollan la actividad de manera habitual, se vieran sometidos a recesos de 30 días hábiles entre sus contratos, mermando sus ingresos durante el tiempo establecido por la jurisprudencia. Las voces en contra de la sentencia que estableció este elemento diferenciador de los contratos laborales, volvió a abrir el debate sobre que muchos hogares tienen como único ingreso los honorarios que se perciben por concepto de contratos de prestación de servicio y de apoyo a la gestión y que la “pausa obligatoria”, afectaría sin lugar a dudas su ingreso mínimo.

3. Beneficios a contratistas de prestación de servicios y de apoyo a la gestión

La contratación inadecuada mediante contratos de prestación de servicios ha generado la violación de derechos de personas naturales, a las que a pesar de cumplir funciones permanentes en las entidades del Estado, se les vincula a través de contratos de prestación de servicios, en los que no se le garantizan derechos laborales como vacaciones, descansos remunerados, acceso a actividades de bienestar, licencias de maternidad y paternidad, entre otras.

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo “*Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al*

⁷ Consejo de Estado. Expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021.

esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo”⁸.

En ese escenario, a pesar de que el proyecto reconoce que el contrato de prestación de servicios es un contrato distinto al contrato de trabajo y a pesar de que se defiende que el contrato de prestación de servicios sea usado solo en los casos en los que se requiera; es decir, para cumplir actividades de carácter no permanente, su uso generalizado en el contexto colombiano, casi desplazando a los contratos laborales en el sector público, hace necesario adoptar medidas que propendan por la materialización de elementos del trabajo decente en este tipo de contratación.

En ese sentido, y como medida de protección al elevado número de personas contratadas mediante esta modalidad en el sector público, se busca extender algunas prerrogativas propias de los contratos de trabajo a contratos de prestación de servicios que suscriban las entidades estatales con personas naturales. En el articulado se señala de manera expresa que los beneficios que se reconocen no conllevan a la transformación de la naturaleza del contrato y por el contrario, y solo buscan establecer unos beneficios a las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión. Entre los beneficios se encuentran: medidas en materia de la determinación del IVA, licencias de maternidad, paternidad, descanso remunerado, trabajo remoto, pagos al sistema de seguridad social en salud y pensiones y acceso a bienestar.

2. Conclusiones

El Proyecto de Ley pretende **establecer beneficios a favor de las personas naturales que suscriban contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión**, teniendo en cuenta el elevado número de personas contratadas mediante esta modalidad en el sector público. En esa medida, se establecerán beneficios en materia de la determinación del IVA, licencias de maternidad, paternidad, descanso remunerado, trabajo remoto, pagos al sistema de seguridad social en salud y pensiones y bienestar.

3. Situaciones que pueden llegar a configurar conflicto de interés

Siguiendo lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 2003 de 2019, que modifica el artículo 291 de la Ley 5 de 1992, que dispone el incluir “(...) un acápite que describa las circunstancias o eventos que podrían generar un conflicto de interés para la discusión y votación del

⁸ Organización Internacional del Trabajo. Tomado de: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm



proyecto, de acuerdo al artículo 286” y lo establecido en la Sentencia C-302 de 2021 de la Corte Constitucional que declaró inconstitucional el literal e) del artículo 1 de la Ley 2003 de 2019, que consagraba que los congresistas no incurrían en conflicto de interés cuando participan, discuten o votan artículos que benefician a los sectores económicos de los financiadores de su campaña electoral, me permito manifestar que considero que el presente proyecto es de carácter general y no implica un conflicto de interés de carácter particular. Se trata de beneficios a un tipo de contrato, que si bien es cierto, podría modificar situaciones personales de quienes hoy se encuentran vinculados mediante contratos de prestación de servicios; su impacto es de carácter general y no particular.

No obstante lo anterior, en todo caso, el congresista que así lo considere, puede manifestar las razones por las cuales pueda encontrarse incurso en un conflicto de interés.

Cordialmente,

DAVID LUNA SÁNCHEZ

Senador de la República