

STJ

Bogotá D.C,

[REDACTED]

[REDACTED]

ASUNTO: Respuesta al radicado 2020ER2370 / Petición de interés particular sobre protección laboral reforzada.

Respetada [REDACTED]

En atención a su solicitud y de conformidad con nuestras competencias, este Departamento, por disposición del artículo 1 del Decreto Distrital 580 del 26 de octubre de 2017¹, tiene a su cargo el establecimiento de directrices técnicas respecto de la gestión del talento humano para el Distrito Capital, sin que ello implique el ejercicio de atribuciones en materia de definición de lineamientos o procedimientos al interior de las entidades públicas distritales, para la administración de su personal, por lo cual este organismo, no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta.

ENTORNO FÁCTICO

En su comunicado presenta la siguiente consulta:

“¿Tienen los contratistas en condición de prepensionados algún tipo de estabilidad laboral reforzada, o les aplica el retén social a pesar de que esta figura está dispuesta únicamente para funcionarios vinculados bajo una relación legal y reglamentaria?”

ANTECEDENTES RELACIONADOS

La Constitución Política de 1991 consagra:

“ARTICULO 123. *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

¹ “Por el cual se modifica la estructura interna del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, se determinan las funciones de las dependencias y se dictan otras disposiciones”

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Ahora bien, con respecto a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispone:

“ARTICULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

30. Contrato de prestación de servicios.

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.”

Frente al particular, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

“La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos.”

(Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, no tienen la calidad de servidores públicos, quienes contratan con el Estado.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



Casos o situaciones para los que aplica la estabilidad ocupacional reforzada en el contrato de servicios.²

Los precedentes consultados referidos a la estabilidad ocupacional reforzada aplican en el contrato de servicios en los siguientes casos o situaciones en que se pueda encontrar el contratista:

1. Mujeres embarazadas o en licencia de maternidad.
2. Trabajadores discapacitados.
3. Trabajadores con enfermedades graves o limitaciones en su estado físico o mental.

Sin embargo, no todas las acciones de protección solicitadas en las situaciones descritas prosperan ante los Jueces de Garantías Constitucionales, al no poderse demostrar el nexo causal entre la condición especial del contratista y la terminación del contrato.³

El Departamento Administrativo de la Función Pública a través del Concepto No. 128551 de 2020 señaló lo siguiente:

“El Decreto 491 de 20204 dentro de sus considerandos tiene que la Organización Internacional del Trabajo -OIT insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generados por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida

Ahora bien, con relación a los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, en su artículo 16, dispone lo siguiente

Actividades que cumplen los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las personas naturales vinculadas a las entidades públicas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, continuarán desarrollando sus objetos y obligaciones contractuales mediante trabajo en casa y haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Aquellos contratistas cuyas obligaciones sólo se puedan realizar de manera presencial, continuarán percibiendo el valor de los honorarios durante el período de aislamiento preventivo obligatorio, previa verificación por parte del supervisor de la cotización al Sistema General de Seguridad Social. Esto sin perjuicio de que una vez superados los hechos que dieron lugar a la Emergencia Sanitaria cumplan con su objeto y obligaciones en los términos pactados en sus contratos.

² Fuente formal: Ministerio del Trabajo, radicado 08SE201812030000000803 de 2017. Respuesta Radicado No. 11EE2017120000000008439 – 2017, Estabilidad Laboral Reforzada de Pre –pensionados / Autorización para despedirlos

³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-151-17.htm>

⁴ Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y particulares que cumplan las funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios en las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

La declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de las mismas no constituyen causal para terminar o suspender unilateralmente los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión celebrados con el Estado.

De acuerdo con la norma en cita, la medida de protección a los contratistas de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión consiste en que aquellos contratistas cuyas obligaciones sólo se puedan realizar de manera presencial, continuarán percibiendo el valor de los honorarios durante el período de aislamiento preventivo obligatorio, previa verificación por parte del supervisor de la cotización al Sistema General de Seguridad Social. Esto sin perjuicio de que una vez superados los hechos que dieron lugar a la Emergencia Sanitaria cumplan con su objeto y obligaciones en los términos pactados en el contrato.

Así las cosas, si un contratista de prestación de servicios cuya obligación solo se puede realizar de manera presencial, la entidad deberá continuar con los respectivos pagos contractuales, sin perjuicio a que una vez superado el hecho que originó los hechos que dieron lugar a la emergencia cumpla con las obligaciones contractuales. En consecuencia, y en criterio de esta Dirección Jurídica, si un contrato de prestación de servicios termina en el periodo de la Emergencia Sanitaria, sólo podrá prorrogarse o adicionarse si la respectiva entidad lo considera necesario, en el evento contrario, podrá terminarse.”

(Se subraya)

Respecto de la estabilidad laboral reforzada en el Distrito, la Secretaría Jurídica, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor y este Departamento impartieron precisas orientaciones a través de la Circular Conjunta No. 042 del 30 de noviembre de 2018 que se adjunta, en referencia particular a los servidores que ocupan cargos de carrera administrativa con nombramiento provisional y que se encuentran en condición de: embarazo, discapacidad o enfermedad catastrófica, madre o padre cabeza de familia, y pre pensionado o amparado con fuero sindical, frente a la obligación de hacer nombramientos de las listas de elegibles como resultado de los concursos de mérito.

ANÁLISIS

Son servidores públicos toda persona natural que mediante relación de trabajo y bajo continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral y que constan en la Constitución Política, la ley o el reglamento o le son señaladas por autoridad competente. También son servidores públicos los trabajadores oficiales, los de elección popular y periodo fijo.

Como puede apreciar, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no obstante, no tienen la calidad de servidores públicos, quienes los suscriben en calidad de contratistas de prestación de servicios.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co



PETICIÓN

“¿Tienen los contratistas en condición de prepensionados algún tipo de estabilidad laboral reforzada, o les aplica el retén social a pesar de que esta figura está dispuesta únicamente para funcionarios vinculados bajo una relación legal y reglamentaria?”

Con base en lo anterior, encontramos que la referencia más reciente para la protección de los contratistas de prestación de servicios está en el marco del Decreto Legislativo 491 de 2020 y estrechamente ligado a la duración de la emergencia sanitaria, siempre y cuando sus obligaciones solo se puedan realizar de manera presencial. Para los empleados públicos pertenecientes a grupos de protección especial, se encuentran vigentes los lineamientos señalados en la Circular Conjunta No. 042 de 2018.

Los precedentes consultados referidos a la estabilidad ocupacional reforzada aplican en el contrato de servicios en los siguientes casos o situaciones en que se pueda encontrar el contratista:

4. Mujeres embarazadas o en licencia de maternidad.
5. Trabajadores discapacitados.
6. Trabajadores con enfermedades graves o limitaciones en su estado físico o mental.

Sin embargo, no todas las acciones de protección solicitadas en las situaciones descritas prosperan ante los Jueces de Garantías Constitucionales, al no poderse demostrar el nexo causal entre la condición especial del contratista y la terminación del contrato.

El presente concepto se emite en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*

“Sea esta la oportunidad para reiterar nuestra invitación a consultar los conceptos más relevantes emitidos por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, en temas de Gestión del Empleo Público y del Talento Humano, entre otros. Para el efecto, podrá ingresar a la página www.serviciocivil.gov.co, con clic en “PAO” y acceder luego, al ícono de “CONCEPTOS”.

Cordialmente,



GINA PAOLA SILVA VÁSQUEZ

Subdirectora Técnico-Jurídica del Servicio Civil Distrital

ACCIÓN	NOMBRE	CARGO	FIRMA	FECHA
Proyectado por:	Alejandro Parrado Calderón	Profesional Especializado		30/05/2020
Revisado y aprobado por:	Gina Paola Silva Vásquez	Subdirectora Técnico-Jurídica del Servicio Civil Distrital		
<i>Declaro que he revisado el presente documento y se encuentra ajustado a las normas y disposiciones legales, por lo tanto, lo presento para firma de la Subdirectora Técnico-Jurídica del Servicio Civil Distrital.</i>				

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital

Carrera 30 No 25 – 90,
Piso 9 Costado Oriental.
Tel: 3 68 00 38
Código Postal: 111311
www.serviciocivil.gov.co

