

Contrato de prestación de servicios: ¿Cuál es el problema?

Autores

Catalina Buitrago
Andrés García-Suaza
Iván Daniel Jaramillo Jassir
Carlos Felipe Holguín
Alexander Sarango Iturralde

Agosto 2022

Contrato de prestación de servicios: ¿Cuál es el problema?

Principales Resultados

- Los sectores que más emplean trabajadores vinculados por prestación de servicios corresponden con sectores asociados al sector público. Si bien esta forma de contratación genera mecanismos de flexibilidad que responden a actividades donde el encuadramiento autonomía-subordinación, supone la prevalencia del principio de primacía de la realidad, más que su eliminación se requiere una revisión y mayor vigilancia.
- La directriz de la jurisprudencia constitucional, contenida en la sentencia C-614 de 2009 debe fundamentar el diseño de la política pública de corrección de las formas de vinculación para la prestación de servicios al Estado.
- Como política pública de corto plazo, resulta conveniente, evaluar los alcances de las funciones operativas que desarrollan los trabajadores de planta y evaluar los parámetros de equivalencia de los trabajos encomendados a los contratistas.
- En general, los trabajadores con contratos de prestación servicios se encuentran menos satisfechos con sus condiciones laborales, aun cuando su ingreso mediano es superior al observado entre los asalariados. Mientras que un 31,9% valora la independencia y flexibilidad de horarios

Introducción

El contrato de prestación de servicios se ha convertido en una forma de contratación usual en Colombia que, a diferencia de un contrato de trabajo, está caracterizado por la independencia y autonomía de quien presta servicios personales, y en este sentido su naturaleza se orienta al cumplimiento de funciones y finalización de productos. De acuerdo a datos recientes de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, en Colombia existen 2,2 millones de cotizantes independientes (UGPP, 2022), los cuales cabrían

dentro de esta modalidad de contratación. Dichos datos se corroboran por el RELAB, el Registro Estadístico de Relaciones Laborales construido por el DANE (ver Tabla 1).

Tabla 1. Relaciones laborales dependientes e independientes Actualizaciones a un mes 2022 a 2020

Mes	Dependientes					Independientes				
	Frecuencias			Var. anual (%)		Frecuencias			Var. anual (%)	
	2022	2021	2020	2022-2021	2021-2020	2022	2021	2020	2022-2021	2021-2020
Enero	9.223.227	8.518.657	8.767.005	8,3%	-2,8%	2.088.657	1.926.896	1.977.942	8,4%	-2,6%
Febrero	9.554.998	8.827.440	8.968.690	8,2%	-1,6%	2.230.633	2.061.799	2.047.623	8,2%	0,7%
Marzo	9.639.670	8.928.087	8.736.570	8,0%	2,2%	2.215.705	2.107.832	1.995.900	5,1%	5,6%
Abril	9.664.938	8.962.815	8.323.248	7,8%	7,7%	2.232.965	2.129.825	1.956.922	4,8%	8,8%
Mayo	9.745.944	8.907.404	8.344.132	9,4%	6,8%	2.236.681	2.138.044	2.010.064	4,6%	6,4%
Junio		8.988.403	8.373.030	-	7,3%		2.150.987	2.034.520	-	5,7%
Julio		9.100.944	8.409.947	-	8,2%		2.171.974	2.038.390	-	6,6%
Agosto		9.234.550	8.442.988	-	9,4%		2.190.189	2.047.270	-	7,0%
Septiembre		9.313.060	8.572.588	-	8,6%		2.187.801	2.088.144	-	4,8%
Octubre		9.406.120	8.690.997	-	8,2%		2.218.683	2.112.478	-	5,0%
Noviembre		9.551.516	8.806.140	-	8,5%		2.285.207	2.181.023	-	4,8%
Diciembre		9.420.340	8.726.743	-	7,9%		2.225.573	2.130.759	-	4,4%

Fuente: DANE (Mayo 2022).

Ante la propuesta reciente por parte del Ministerio de Trabajo de eliminar este tipo de contratación, cabe reflexionar sobre cuáles son los pros y los contras de este tipo de vinculación laboral, y analizar en qué medida constituyen un factor que afecta la calidad del empleo. Este informe busca hacer un breve análisis que compare este tipo de contratación con los contratos laborales a la luz de la legislación y de los más recientes datos de mercado laboral, aportando un análisis descriptivo de los empleados bajo este tipo de contrato con el fin de identificar quienes serían los más afectados con la eliminación de esta figura. Vale la pena preguntarse: ¿Son los contratos de prestación de servicios una figura que genera barreras a la generación de empleo formal? ¿En qué medida este tipo de contratos fomentan la carencia de condiciones de trabajo decente?

El contrato laboral y la prestación de servicios (Autonomía vs subordinación)

El binomio autonomía-subordinación subyace a la caracterización fundacional de la disciplina iuslaboral. En efecto, los primeros manuales de Derecho del Trabajo fundamentaron el nacimiento de la disciplina jurídica que se ocupa del trabajo subordinado en la diferenciación clásica *locatio operarum/locatio operis*.

“La *locatio operarum* tiene por objeto una determinada cantidad de trabajo, de energía productiva, de actividades físicas o intelectivas (...). La *locatio operis* en cambio tiene por objeto una cantidad de trabajo no en sí, sino en cuanto se obtenga del artífice un determinado resultado: Una parte promete y garantiza a la otra que el resultado será obtenido gracias a la propia actividad. (...)”. (BARASSI, L. 1901).

La naturaleza jurídica del denominado arrendamiento de servicios inmateriales civil o comercial está ligada a la prestación de servicios por cuenta propia que no está gobernado por la estructura tuitiva laboral que se orienta a la protección de la parte débil de la relación sustancial que el derecho reconoce.

El nacimiento del derecho del trabajo, acontecimiento jurídico del siglo XX, incorporó con apoyo en el principio de primacía de la realidad, una nueva modalidad que pretendía corregir la desigualdad, en el ámbito individual la relación obrero-patronal, habilitando y limitando los poderes de control empresarial, al tiempo de establecer un marco protector del trabajador que compromete su disponibilidad y libertad.

La estructura sobre la que se edificó el sistema de encuadramiento laboral se adscribe a una técnica presidida por el principio de primacía de la realidad sobre las formas (R. 198 de la OIT, art. 53 C.P. y art. 24 del C.S.T.).

La determinación de la naturaleza de la relación de los servidores con el Estado está condicionada por la imputación de dos criterios: el orgánico y el funcional, que actúan como parámetro de contraste para inferir el régimen aplicable a la relación de los servidores públicos. El criterio orgánico consistente en la clasificación del ente de vinculación dentro de la estructura del Estado se mezcla en Colombia con el criterio funcional dado por la categoría de servicios que se encomiendan a los servidores públicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del decreto 3135 de 1968, cuyo tenor literal enseña:

“Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

Dadas las especiales disfuncionalidades en la vinculación al estado, en empleos de carácter permanente, a partir del recurso a órdenes de prestación de servicios como espacio de degradación de derechos que la política de intervención debe procurar corregir de conformidad con el mandato de la jurisprudencia constitucional:

“En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la

entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.

Finalmente, esta Corporación conmina a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social a que adelanten estudios completos e integrales de la actual situación de la contratación pública de prestación de servicios, en aras de impedir la aplicación abusiva de figuras constitucionalmente válidas.” (Corte Constitucional, sentencia C-614 de 2009) (Resaltado y subrayas fuera de texto).

En este sentido, en desarrollo de lo ordenado por la sentencia de la Corte Constitucional C-614 de 2009 la Contraloría General formuló control de advertencia para que se abandone la contratación por conducto del contrato de prestación de servicios, en supuestos excluidos del marco de habilitación legal con la consecuente recomposición del presupuesto direccionado a la formalización de empleos.

“En consecuencia con lo anteriormente expuesto, mediante el precitado pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional se reitera a las autoridades administrativas, que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves

consecuencias administrativas.” (Contraloría General de la República, Función de Advertencia, 26 de marzo de 2012).

En este sentido, es deseable, promover la política de formalización laboral a través de la difusión y capacitación de los servidores que toman las decisiones en materia de vinculación de personal que califiquen de manera adecuada las vinculaciones y ejecuten cada relación en coherencia con la calidad jurídica de los trabajadores que enmarcaran los elementos de defensa de las modalidades adoptadas.

Como política pública de corto plazo, resulta conveniente, evaluar los alcances de las funciones operativas que desarrollan los trabajadores de planta y evaluar los parámetros de equivalencia de los trabajos encomendados a los contratistas. En sectores, como el de salud, de prevalente deslaboralización y consecuente desconocimiento de derechos, la jurisprudencia constitucional ha precisado el necesario respeto del principio rector de primacía de la realidad en el encuadramiento de la naturaleza jurídica de la vinculación.

“Dada la naturaleza de las funciones de auxiliar de enfermería, se puede deducir que esta función no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que “quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios”. Además, la actividad que se desarrolla por un auxiliar de enfermería no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud. En palabras del Consejo de Estado, lo expuesto “no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se

debe presumir”. En consecuencia, le corresponderá a la entidad demandada desvirtuar dicha presunción”. (Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2020).

En supuestos específicos, de utilización de contratos de prestación de servicios para encubrir o disfrazar verdaderas relaciones laborales la jurisprudencia ordinaria laboral ha dispuesto la aplicación del principio de primacía de la realidad como fórmula de identificación de la naturaleza del vínculo.

“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 usen los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, lo relevante es el contenido material de esta y los hechos que la determinan.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 2285-2019, rad. 73707, 17 de julio de 2019).

En el mismo sentido, la orientación de la jurisprudencia ordinaria laboral reafirmó:

“Entonces, todo lo asentado se puede sintetizar en que la declaración de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación respecto de la cual se proclama su carácter laboral, entraña el desplazamiento de la voluntad de las partes por la de la ley, en todas las materias en las que no tienen libertad de consenso por tratarse de derechos mínimos e irrenunciables y, en tal medida, las cláusulas que se opongan directamente a la regulación laboral, serán ineficaces (CSJ SL5523-2016, CSJ SL986-2019).

Aquí dimana una imperativa conclusión: al declararse que la relación jurídica que unió a las partes en contienda fue de naturaleza laboral y no de prestación de servicios, cualquier pacto realizado por las mismas en sentido contrario, sin hesitación ninguna, no produce efecto alguno, aun, se insiste, así se haya efectuado con el avenimiento expreso del trabajador.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 2080-2022, rad. 89403, 27 de abril de 2022).

¿Quiénes son los prestadores de servicios?

Tener información comprensiva sobre los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad de prestación de servicios suele ser complejo, dada la dificultad de distinguir entre las diferentes modalidades. Sin embargo, la más reciente versión de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), permite identificar si un trabajador por cuenta propia se desempeña bajo esta figura de contratación. Si bien los Datos de UGPP (2022) establecen que existe un total de 2,2 millones de cotizaciones independientes, esta es una cota superior del total de trabajadores bajo la modalidad de prestación de servicios. De hecho, de acuerdo con GEIH entre enero y mayo de 2022 se identifican un promedio de 1,04 millones de trabajadores con este tipo de contrato.

¿Qué características tienen estos trabajadores? En su mayoría son hombres (53,3%) con educación superior (Tabla 2). En comparación con el total de asalariados, son además en mayor proporción trabajadores mayores de 28 años. La composición de nivel educativo es particularmente diferencial respecto a los asalariados: un 58,7% de los trabajadores con contrato por prestación de servicios tiene formación universitaria o posgrado, mientras que este porcentaje para los asalariados es de 31,3%. De cierta forma implica que dicha figura de contratación se está implementando sobre

trabajadores con capacidad de prestar servicios profesionales, lo cual se alinea con la naturaleza de dicha figura.

Por otra parte, en la Tabla 2 se evidencia que en el año 2022 hay un gran contraste entre el porcentaje de empleados por prestación de servicios que se encuentran ocupados en el sector público (20,9%) y el porcentaje de asalariados (5%). Además, el hecho de que los contratos de prestación de servicios se concentran alrededor de los niveles de formación más altos explicaría que el ingreso mediano (1.333.570 COP) sea mayor que el ingreso mediano de los asalariados (971.302 COP). Sin embargo, al observar la satisfacción de los empleados por prestación de servicios, el 21,9% desearían mejorar su salario, lo cual contrasta con el 16,1% de los asalariados desearían mejorar su salario. Esto podría evidenciar una fuente de subempleo entre la población vinculada mediante prestación de servicios, implicando que las expectativas salariales de esta población no se están cumpliendo.

La implementación de contratos de prestación de servicios también debe corresponderse con la oferta efectiva de servicios y no como sustituto del contrato de trabajo. Si bien esto no puede medirse directamente en la GEIH, si se encuentra evidencia sobre el correcto emparejamiento entre trabajadores en esta figura de contratación. El primer hecho relevante es que un 57,6% de estos trabajadores aceptarían un trabajo como asalariado, lo cual es consistente con el hecho de que 54% se encuentra en este empleo ya que no encontró empleo como asalariado. Sin embargo, vale destacar también, que un porcentaje de 31,9% considera que este tipo de empleo le ofrece independencia y flexibilidad, características cruciales en las nuevas formas de contratación y las demandas del sector productivo.

Ahora bien, el número de personas satisfechas con su tipo de contrato es evidentemente mayor en los asalariados (81,7%) que en los trabajadores por prestación de servicios

(45,8%). Sin embargo, una particularidad interesante es que mientras en el 2021 tan solo el 36,2% de los trabajadores por prestación de servicios reportaban estar satisfechos con el contrato que tenían, en 2022 esta cifra aumentó en 9,6pp.

Finalmente, es relevante mencionar que una mayor proporción de personas con contrato de prestación de servicios desearían mejorar sus ingresos, en comparación con los asalariados, esto para ambos años. Además, el ingreso mediano mensual para los contratados por prestación de servicios aumentó considerablemente entre el año 2021 y 2022 en contraste con los asalariados, inclusive en el 2022 los de prestación de servicios tuvieron un ingreso mucho mayor, esto puede ir de la mano con la relación mencionada anteriormente entre el tipo de contrato y el nivel de educación.

Vale anotar que los sectores que más emplean trabajadores vinculados por prestación de servicios corresponden con sectores asociados al sector público. En particular, Administración pública y defensa, salud y educación. Si bien esta forma de contratación genera mecanismos de flexibilidad que responden a actividades donde no aplica el binomio autonomía-subordinación, más que su eliminación se requiere una revisión y mayor vigilancia.

El equipo del observatorio, con el ánimo de medir las percepciones de los internautas alrededor de los contratos por prestación de servicios, diseñó un instrumento¹ que permitiera contrastar los datos medidos a través de la GEIH. El 62,3% de los encuestados consideraron que los contratos por prestación de servicios ofrecen mayor independencia y flexibilidad que un contrato laboral. No obstante, el 71% de los trabajadores por prestación de servicios que respondieron la encuesta se sienten peor remunerados. Un dato que vale la pena resaltar es que, a pesar de que el 42% de los

¹ La encuesta realizada contó con 68 respuestas vía Twitter. Aunque el fin último de la encuesta era recoger percepciones, esta no buscó ser representativa.

encuestados estaban de acuerdo con la afirmación de la nueva ministra de trabajo quien destacó que los contratos por prestación de servicios iban en contravía de la dignidad salarial, el 76,8% aún se encontraba de acuerdo con que existiera esta modalidad de vinculación laboral.

Por último, en la Tabla 3 según la Clasificación de Actividades Económicas (CIIU), se observan los sectores económicos donde hay una mayor proporción de trabajadores por prestación de servicios. En general, el sector que cuenta con más personas que operan bajo este tipo de contrato es el de Administración pública y defensa (20,9%), este cuenta con planes de seguridad social de afiliación obligatoria. Los otros sectores con participación considerable de prestación de servicios son el sector de Actividades de atención de la salud humana (12,29%), seguido por el de Educación (7,95%), Actividades jurídicas y de contabilidad (6,94%) y Comercio al por menor (4,64%).

Tabla 2: Características de los trabajadores independientes con contratación por prestación de servicios y los asalariados

		Enero - mayo 2022	
		Contratados por prestación de servicios	Asalariados
Total de personas		1.043.831	10.130.317
Mujeres		46,7%	42,8%
Jóvenes		19,8%	27,5%
Sector público		20,9%	5,3%
Ingreso mediano (COP)		1.333.570	971.302
Horas semanales promedio trabajadas		43,8	48,1
Nivel más alto de educación	Ninguno	0,4%	1,4%
	Bachillerato	24,0%	46,9%
	Técnico o tecnológico	16,9%	20,4%
	Universitario	40,9%	22,1%
	Posgrado	17,8%	9,2%

Satisfacción	Sí aceptaría trabajo como asalariado	57,6%	NA
	No encontró trabajo como asalariado	53,6%	NA
	Más independencia y flexibilidad de horarios como independiente	31,9%	NA
	Satisfecho con jornada laboral actual	84,5%	86,2%
	Conformes con el contrato que tienen	45,8%	86,6%
	Desean mejorar sus ingresos	21,9%	16,1%

Fuente: GEIH. Elaboración propia

Tabla 3: Principales sectores en los que se desempeñan los trabajadores por prestación de servicios

Código CIU - 2 dígitos	Descripción CIU - 2 dígitos	Porcentaje
84	Administración pública y defensa; planes de seguridad social de afiliación obligatoria	20,90%
86	Actividades de atención de la salud humana	12,29%
85	Educación	7,95%
69	Actividades jurídicas y de contabilidad	6,94%
47	Comercio al por menor (incluso el comercio al por menor de combustibles), excepto el de vehículos automotores y motocicletas	4,64%
	Otras actividades económicas	47,28%

Fuente: GEIH. Elaboración propia

Referencias

BARASSI, Ludovico, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, Società Editrice Libreria, 1901.

DANE (2022a). Mercado laboral de la Juventud.
https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/boletin_GEIH_juventud_mar22_may22.pdf