



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado N°: 1200OAJ-2024-0000050-IE
No. Caso: 958976
Fecha: 09-02-2024 18:15:29
TRD:
Rad. Padre:

MEMORANDO

Bogotá D.C.

PARA: GUSTAVO ADOLFO MARULANDA MORALES
Dirección General

DE: JEFE DE OFICINA

ASUNTO: CONCEPTO JURÍDICO - CONDICIONES DE VINCULACIÓN PERSONAL EN
MISIÓN PROYECTOS DE ACTUALIZACIÓN 2024

Estimado Director Gustavo Adolfo;

En atención a la solicitud de emitir concepto jurídico relacionado con: *el tipo de documento que se debe aportar por parte del IGAC, para efectos de realizar la suscripción del contrato con los fondos (Fondo Colombia en Paz y Fondo Acción), y si este documento puede ser un anexo al contrato*, emitimos pronunciamiento de conformidad con las funciones establecidas para la Oficina Asesora Jurídica en los numerales 2 y 8 del artículo 12 del Decreto 846 del 29 de julio de 2021 "*Por el cual se modifica la estructura del Instituto Geográfico Agustín Codazzi*", en los siguientes términos:

Consideramos que en el marco del contrato o convenio que se realicen con los fondos se deben establecer las condiciones en las cuales estos prestaran los servicios que requiere el Instituto, por lo tanto, generar un documento anexo que se denominaría "*Anexo Condiciones Para la Vinculación de Personal en Misión*", en el cual se estipulen todas las condiciones que requiere el IGAC, para el correcto desarrollo del contrato como son perfiles, roles y salarios de los trabajadores en misión es totalmente válido.

De lo contrario, de no ser procedente el anexo, entonces se deberían dejar establecidos los términos del anexo en la minuta del contrato o convenio respectivo, con las cláusulas determinadas en las cuales se mencionen los términos en que se debe ejecutar lo pactado para efectos de poder hacer exigibles las obligaciones, los términos del mismo y la claridad para todas las partes.

Con el fin de que no se presenten problemas a futuro con la ejecución de los contratos laborales de los trabajadores en misión al servicio de las empresas de servicios temporales, y como quiera que el IGAC va a supervisar unas actividades, es necesario que se aclaren todos los términos

de la contratación del Instituto con los fondos y de estos a su vez con las empresas de servicios temporales, con el fin de prevenir la existencia de contrato realidad, la declaración de solidaridad o responsabilidad patronal.

Para efectos de lo anterior, la única forma de prevenir que no se susciten problemas o complicaciones de ámbito laboral entre los contratantes y los trabajadores en misión es el correcto cumplimiento de toda la normativa laboral; por lo tanto se debe tener totalmente claro que la ejecución de contratos de trabajo con empresas de servicios temporales genera el pago de todas las prestaciones sociales, descansos remunerados, dotación laboral y pagos de la seguridad social a favor de los trabajadores, así las cosas, se debe contar con el presupuesto respectivo del costo total del trabajador a contratar con el salario y todos los factores salariales producto de la relación laboral.

De igual manera, se debe tener total claridad respecto a la modalidad del contrato de trabajo que van a suscribir estas empresas con los trabajadores, y, se sugiere que sean contratos de trabajo por obra o labor determinada, con el fin de que no se genere pago de indemnización al momento de la terminación del contrato, de lo contrario si se celebra otro tipo de contrato se deben cancelar las indemnizaciones respectivas si se presenta una terminación sin justa causa del contrato de trabajo por parte del empleador.

Es muy importante dejar pactada la obligación de la afiliación al sistema de seguridad social desde el inicio del contrato de trabajo y para las salidas a campo es obligatorio que el trabajador se encuentre afiliado a la ARL con el respectivo riesgo que genera la actividad que se va a realizar.

Previendo esta serie de situaciones desde un principio, es posible excluir cualquier tipo de responsabilidad de tipo laboral que se suele presentar con la ejecución de este tipo de contratos. De una parte, se excluye la declaración de existencia de contrato realidad si se celebra un contrato de trabajo en el marco de lo establecido por la legislación laboral, se excluye una eventual solidaridad en el pago de obligaciones laborales si se cumple con lo establecido en la legislación laboral y, a su vez, se excluye una eventual culpa patronal si se realiza la afiliación al sistema de seguridad social y se suministran los elementos de trabajo propios para las labores a realizar.

Es muy importante que la empresa de servicio temporal cumpla con el pago de salarios, prestaciones, afiliaciones a la seguridad social, suministro de dotación laboral, de lo contrario es muy probable que este incumplimiento de obligaciones repita en los fondos y a su vez en el Instituto por ser el beneficiario del servicio.

Es pertinente abordar lo referente al tema de la solidaridad en materia laboral, al respecto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, establece lo siguiente:

“...Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades

normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores...”

Al respecto, revisada la norma anterior consideramos que existiría solidaridad del Instituto, en los términos del artículo 34, por cuanto la empresa de servicios temporales no va a tener la autonomía técnica para la ejecución de los contratos laborales y el cumplimiento de las obligaciones que se exige a los trabajadores; y de otra parte el IGAC como beneficiario de la obra sería solidariamente responsable con el contratista, por cuanto las actividades ejecutadas por los trabajadores no son labores extrañas a las actividades normales del Instituto.

Comentado lo anterior, es importante revisar desde el punto de vista contractual si es pertinente y procedente pactar el amparo de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones dentro de los contratos respectivos: Igac y Fondos – Fondos y EST.

En cuanto a la solicitud de alcance al concepto requerido en el cual se expresa:

“...es preciso tener en cuenta que lo anterior, se realiza con base en la inquietud generada desde la Subdirección de Talento Humano al evidenciarse que los salarios de misión y planta deben ser equivalentes (Artículo 79 Ley 50 de 1990), situación que varía en el anexo, dado que estos salarios y perfiles difieren como resultado del estudio de mercado vs. la tabla de salarios del Instituto, situación que se quiere establecer no ocasione un riesgo jurídico para la Entidad, puesto que al trabajar con la tabla de salarios establecidos en el IGAC se tiene el riesgo de no poder garantizar la contratación de las personas a través de la Empresa de servicios temporales, pues se estima que la escala salarial nuestra no es atractiva en los municipios de operación.”

Al respecto, consideramos lo siguiente:

1. Lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 50 de 1990, estableció una equidad salarial para que los trabajadores contratados en misión tengan los mismos derechos y beneficios de la empresa contratante que requiere el servicio y no sea una forma de generar una desbalanza e inequidad para los trabajadores en misión, adicional a esto, se debe tener en cuenta que los servicios temporales solo se permiten para las actividades establecidas en el artículo 77 de la ley citada, por lo tanto la garantía del artículo 79 debe entenderse para los servicios temporales allí establecidos.
2. Analizando el riesgo jurídico, se puede presentar de la siguiente manera: i. Con los servidores públicos del IGAC que realicen las labores del personal contratado con la empresa de servicios temporales, por cuanto ven una diferencia en la remuneración y pueden ver vulnerado su derecho al trabajo en el núcleo del salario y del principio de “a trabajo igual salario igual”. ii. Con las asociaciones sindicales de la Entidad que podrían discutir la celebración de estos contratos con terceros y la vulneración de los derechos de sus asociados y de los servidores de la Entidad.

3. Para efectos de prevenir riesgos, lo ideal es que la oferta salarial sea igual a la de los servidores públicos del IGAC, para no generar diferencias y violación de derechos como se expuso, sin embargo, es de anotar que los servidores públicos tienen unos beneficios adicionales de carácter prestacional a los que tendrían los trabajadores con contrato temporal, los cuales no prevé la legislación laboral para los trabajadores particulares.
4. De igual manera se propone revisar si la forma de contratación debe ser el contrato de prestación de servicios, por cuanto este permite pagar una suma superior que equipara las prestaciones sociales, y permite realizar la propuesta salarial del anexo de condiciones, sumado a lo atractiva que puede ser la remuneración en los sitios donde se va a ejecutar el contrato.

En este orden, también se solicita dar alcance conceptuando acerca de que se puede o debe hacer en *"...aquellos casos en que los perfiles requeridos por el proyecto no se asemejen con los referidos en la tabla de salarios del Instituto..."*, al respecto consideramos:

- Ante la inexistencia de los perfiles en la planta del IGAC, los cuales son requeridos para el desarrollo de los proyectos de actualización 2024 con personal en misión, consideramos que se debe acudir a un documento como los estudios de mercado que sirven de soporte para la contratación estatal, y ellos deben ser el soporte en el cual se establezca el promedio de remuneración de los servicios requeridos por la Entidad.
- Como se trata de empleos con funciones que no son desempeñadas por funcionarios de planta del Instituto, consideramos que no existe riesgo de vulneración de derechos como la igualdad o el trabajo ante la inexistencia de los cargos específicos en el IGAC.

De otra parte, revisado el documento mencionado Anexo Condiciones Para la Vinculación de Trabajadores en Misión, tenemos los siguientes comentarios:

1. No consideramos pertinente citar el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, por cuanto conforme lo establece el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo, el *"Trabajo ocasional, accidental o transitorio es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador"*.

Así las cosas, si los contratos de trabajo se van a ejecutar en el término máximo de un mes, es válida la contratación y justificación de este tipo de contrato, de lo contrario se desvirtúa la razón de ser de esta contratación y entramos en la discusión jurídica del principio de la primacía de la realidad, con las implicaciones respectivas; se sugiere utilizar el numeral 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que permite un término superior de los 30 días.

De otra parte, se propone revisar con los fondos si estos tienen la capacidad para realizar la contratación de personal de forma directa sin la intermediación de la empresa de servicios temporales, téngase en cuenta que de una parte los fondos están cobrando una comisión o porcentaje por la administración de los recursos y la empresa de servicios temporales también va a cobrar otro porcentaje por la gestión y administración de la nómina que se requiere.

2. Se propone revisar y/o ajustar los siguientes títulos 4. *PAGOS NO SALARIALES POR PERNOCTACIONES*, 5. *PAGO NO SALARIO AUXILIO DE ARRENDAMIENTO* y 6. *VIATICOS*, por cuanto estos conceptos involucran un solo concepto como es el de viáticos establecido en el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, y se debe tener claridad respecto a la calidad de los viáticos permanentes, teniendo en cuenta el tipo de obligaciones que se van a ejecutar las cuales la mayoría son de campo y en territorio.

En conclusión y como se manifestó desde un inicio, consideramos totalmente válido que el Instituto, establezca mediante un documento anexo las condiciones en que se deben realizar las actividades objeto del contrato celebrado con los fondos, en lo relacionado a perfiles, roles y salarios, con el fin de dejar de forma clara y expresa las condiciones contractuales.

Igualmente, si se van a celebrar contratos de trabajo con temporales, se recomienda que los salarios deben ser iguales a los que devengan los servidores que prestan los mismos servicios en el Instituto, por cuanto se corre el riesgo de violar a estos últimos el derecho al trabajo en el núcleo de la remuneración y el principio de “*a trabajo igual, salario igual*”, o, en su defecto, revisar si la contratación se realiza mediante contratos de prestación de servicios profesionales.

Esperamos de esta forma, dar respuesta a sus inquietudes, aclarando que, nuestras consideraciones sobre el tema objeto de consulta, se emiten como concepto, el cual, tiene el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 que sustituyó el título II del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-, estos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de la normatividad vigente.

Atentamente;



ANGELA PATRICIA ZABALA LOPEZ
JEFE DE OFICINA
Oficina Asesora Jurídica

Copia: GLORIA MARLEN BRAVO GUAQUETA
Proyectó: ANGELA PATRICIA ZABALA LOPEZ - JEFE DE OFICINA
Elaboró: ANGELA PATRICIA ZABALA LOPEZ - JEFE DE OFICINA
Informados: