I. FECHA DEL ESTUDIO PREVIO

ENERO DE 2025

II. DEPENDENCIA SOLICITANTE

DIRECCIÓN DE PERSONAL DEL COMANDO. - (DIPEC)

III. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD

Antecedentes:

En el marco legal de la Formalización que se constituyó en el Estado colombiano, como un deber ser y una prioridad frente al daño antijurídico que durante los últimos años se ha generado, se hace necesario observar este ejercicio con una claridad normativa, teniendo en cuenta que desde 1968 y hasta el 2023 se ha expedido las normas y jurisprudencia suficiente para hacer de esta política un deber para el Comando. A continuación se desagrega el marco legal de la formalización laboral, como una herramienta legal propia de la Administración Pública:

Decreto Ley 2400 de 1968 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones" Artículo 2o. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. (...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

SENTENCIA C-614 DE 2009 Declarado Exequible RESUELVE: Declarar EXEQUIBLE el último inciso del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, por los cargos analizados en esta decisión.

Decreto 222 del 02 de febrero de 1983 "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones"

Capítulo 11. Contrato de Prestación de Servicios.

> Artículo 163. De la definición del contrato de prestación de servicios. Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta.
>
> No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.
>
> Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.
>
> Artículo 167. De la remuneración a las personas naturales. Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicio sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.

SENTENCIA C-056/93 Declarado Constitucional Resuelve: PRIMERO. - Declarar constitucional la parte acusada del artículo 163 del Decreto ley 222 de 1983, con la modificación introducida por el artículo 25 del Decreto ley 1680 de 1991. SEGUNDO. - Declarar constitucional en su integridad el artículo 167 del Decreto 222 de 1983.

Ley 80 de 1993 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"III. Del Contrato Estatal

> 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:
>
> (...)

2o. Contrato de Consultoría

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidas a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

3. 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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Parágrafo 1. A los contratos de consultoría, de prestación de servicios o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.

SENTENCIA C-154 DE 1997 Declarar Exequibles Resuelve: Declarar EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenidas en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

SENTENCIA C-949 DE 2001 Declarar Exequibles Resuelve: 1. Declarar EXEQUIBLES las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993: · El artículo 2°, ordinal 2°, literal a), de la Ley 80 de 1993, en lo relacionado con la expresión: "Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación" y el literal b) de la misma norma.

· El artículo 6° inciso 1°, en cuanto a la expresión: "También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales" y el artículo 7°

· El artículo 16 inciso 2°, en lo relativo a la expresión "y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto mismo"; y el artículo 18 en cuanto a la expresión "bien sea" y "o de otro contratista".

· El Parágrafo 2° del artículo 32

Ley 1438 del 19 de enero de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

Artículo 59. Operación con terceros. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

SENTENCIA C-171 DE 2012 Declarar exequible Resuelve: PRIMERO.- DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados.

Ley 1952 del 28 de enero de 2019 "Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario"

Artículo 54. Faltas relacionadas con la Contratación Pública.

1. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.
2. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incursa en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.
3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.
4. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.
5. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.
6. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.
7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Sentencia 00799 de 2018
Consejo de Estado
Asunto: Contrato de prestación de servicio suscrito entre el demandante y el municipio de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Santander-Aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad en relaciones laborales.

Sentencia 2014-90305 de 2020
Consejo de Estado
Referencia: Unidad Nacional de Protección – UNP. Medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho. Tema: contrato realidad.

SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 Consejo de Estado.
Temas: Contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Finalmente la Ley 2294 de 2023 "*por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2022- 2026 "Colombia Potencia Mundial De La Vida*", en su articulado señala como una meta de las entidades públicas la formalización laboral, así:

ARTÍCULO 82. FORMALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN EQUIDAD, CON CRITERIOS MERITOCRÁTICOS Y VOCACIÓN DE PERMANENCIA. El Gobierno nacional, a través del Departamento Administrativo de la Función Pública, liderará el diseño e implementación de un plan de formalización del empleo público, que contribuya a que los órganos, organismos y entidades de la Administración Pública provean todos los cargos de las plantas de personal, la creación de nuevas modalidades de acceso al empleo público y se haga un uso racional de la contratación por prestación de servicios. El Departamento Administrativo de la Función Pública propondrá los ajustes normativos necesarios para viabilizar la transformación institucional del Estado.

Todos los cargos de las plantas de personal, la creación de nuevas modalidades de acceso al empleo público y la contratación por prestación de servicios, estará sujeta a las disponibilidades presupuestales de cada vigencia fiscal, al Marco Fiscal de Mediano Plazo y al Marco de Gasto de Mediano Plazo.

PARÁGRAFO PRIMERO. Cuando se vayan a proveer empleos a través de una planta temporal nueva, como una de las maneras de formalizar el empleo, y se haya agotado el procedimiento establecido en los artículos 2.2.1.2.6 y 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015 respecto de su provisión, se deberá garantizar en condiciones de igualdad la inclusión principalmente de los jóvenes, las personas con discapacidad, las personas con identidad de género diversa y otras poblaciones vulnerables, buscando siempre la paridad de género, de acuerdo con lo dispuesto en las normas para estos efectos. Lo anterior, también será aplicable

cuando los órganos, organismos y entidades de la Administración Pública amplíen, modifiquen o provean sus plantas de personal.

PARÁGRAFO SEGUNDO. El Departamento Administrativo de la Función Pública diseñará los lineamientos técnicos necesarios para que los procesos de formalización sean complementarios con otros procesos de fortalecimiento institucional en los órganos, organismos y entidades de la administración pública, contemplando la cualificación del empleo público, y promoviendo la eficiencia del gasto.

Sobre los lineamentos señalados por el Departamento Administrativo de la Función Pública, se emitió la "Guía de fortalecimiento institucional Construcción de un documento técnico para la formalización laboral, por un trabajo digno y en equidad, razón por la cual se requiere contratar un experto que permita establecer fases de fortalecimiento institucional que den una transición adecuada hacia la modernización y den a través de la modificación de la planta de personal un proceso de formalización laboral objetivo y técnico.

El Comando General de las Fuerzas Militares, durante las últimas vigencias ha celebrado contratos con el propósito de suplir la necesidad de personal en el nivel profesional y técnico de planta, en el ámbito misional, estratégico y apoyo. De lo anterior da cuenta que existe un número promedio entre 80 y 200 contratos celebrados con el fin de dar cumplimiento a las funciones propias del Comando. Sin embargo, lo anterior ya se ha advertido y es la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-723/16 quien se ha pronunciado sobre la permanente y recurrente celebración de contratos por prestación de servicios para realizar los fines misionales y administrativos de las entidades públicas, en los siguientes términos:

"(...) es un hecho constatado por la jurisprudencia que los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplía la figura del contrato de prestación de servicios para enmascarar relaciones laborales y evadir consistentemente el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado además, la excepcionalidad de este tipo de contratación. En ese contexto, las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas y artilugios estratégicos a los que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral y burlar los derechos laborales constitucionales de los trabajadores al servicio del Estado, sobre todo cuando es éste el principal encargado, a través de sus entidades, de garantizar el cumplimiento de la Carta Política. 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 (...)".

El Comando General de las Fuerzas Militares, debe dar cumplimiento a todas las normas que desde su creación y hasta la fecha se han expedido en donde se le han establecido competencias, funciones y obligaciones, así la normativa da cuenta de:

Decreto 835 del 16 de abril de 1951 se creó el cargo de Comandante General, asignando las funciones que se habían fijado al Jefe de Estado Mayor, es allí donde nace el Comando General de las Fuerzas Militares que concentra bajo su mando a las tres armas y se convierte en la entidad de más alto nivel de planificación y dirección estratégica para las instituciones castrenses de Colombia.

Constitución de Colombia de 1991 reconoce jurídicamente la existencia de las Fuerzas Militares y les entrega su misión a través del artículo 217, cuya finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Decreto 49 de 2003, las Fuerzas Militares, incluyendo el Comando General son entidades centralizadas del Ministerio de Defensa Nacional e independientes, es decir: existen cuatro (4) fuerzas con autonomía financiera, administrativa, legal y contractual que contribuyen a cumplir el mandato constitucional asignado.

Decreto Ley 4176 de 2007 "Por el cual se ajusta a la nueva nomenclatura y clasificación de empleos la Planta de Personal de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa Nacional - Comando General Fuerzas Militares y se dictan otras disposiciones".

Decreto Ley 217 de 2010 "Por el cual se modifica la Planta de Personal de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa Nacional - Comando General Fuerzas Militares y se dictan otras disposiciones".