

EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN ENTIDADES DEL ESTADO COMO FORMA DE PRECARIZACION LABORAL Y FUENTE DE CORRUPCION

Julián Andrés Zapata Franco

RESUMEN

En las entidades estatales, el contrato de prestación de servicios ha pasado de ser la excepción, para convertirse en regla general, actualmente existen verdaderas nominas paralelas que denotan una política nefasta, en la medida de que este tipo de contratación socava elementales garantías laborales, y particularmente la estabilidad en el empleo y las prestaciones sociales. En ese orden de ideas a la luz de la constitución de 1991, dicho contrato visto desde esta perspectiva sería inconstitucional, en tanto no comulga con las prerrogativas laborales consagradas en el ordenamiento superior ni en la legislación que debe seguir la ruta que aquella le traza. Del mismo modo dicha figura contractual en algunos casos promueve practicas insanas en la administración pública, en buena medida por la discrecionalidad que le asiste a los nominadores para elegir directamente a la persona que ha de desempeñar la actividad contratada, vulnerando principios de la contratación estatal como lo son el de la igualdad, de la transparencia, y en fin propicia que personas con buenas capacidades y méritos para acceder a un empleo público sean desplazadas por otras que responden a intereses partidistas y patronazgos políticos. Esta circunstancia es contraproducente pues torna la administración publica ineficiente y la pone al servicio de intereses particulares, en desmedro del interés general.

Palabras clave: *Prestación de servicios, Estado, derechos, laboral, estabilidad, clientelismo.*

THE CONTRACT FOR THE PROVISION OF SERVICES IN STATE ENTITIES AS A FORM OF WORK PRECARISATION AND SOURCE OF CORRUPTION

ABSTRACT

In state entities, the service contract has gone from being the exception, to become a general rule, there are currently parallel payrolls that denote a harmful policy insofar as this type of contract undermines elementary labor guarantees, and particularly Stability in employment and social benefits. In the light of the Constitution of 1991, this contract seen from this perspective would be unconstitutional, as it does not commune with the labor prerogatives enshrined in the superior order or legislation that must follow the route that it traces. Likewise, this contractual figure in some cases promotes insane practices in the public administration, largely due to the discretion of the nominators to directly choose the person to perform the contracted activity, violating principles of state contracting as They are the one of equality, of transparency, and in the end propitiates that people with good capacities and merits to accede to a public employment are displaced by others that respond to partisan interests and political patronages. This circumstance is counterproductive because it renders the public administration inefficient and puts it at the service of particular interests, to the detriment of the general interest. The following brief historical background, normative, some academic work and jurisprudence on this figure, certainly very controversial.

Key words: *Service delivery, State, rights, labor, stability, clientelism.*

INTRODUCCION

Actualmente en las entidades estatales colombianas predomina la vinculación laboral a través de la figura del contrato de prestación de servicios, este se caracteriza por ser excepcional, temporal y solo ser procedente en tanto en la planta de personal de la respectiva entidad no exista quien pueda desarrollar determinada labor. Hasta ahí todo parece normal, no obstante se le reprocha a dicha figura contractual el hecho de que no genera estabilidad en el empleo, no se reconocen prestaciones sociales, se esconden con esta verdaderas relaciones laborales, y como si lo anterior fuera poco promueve malas prácticas administrativas, favoreciendo el patronazgo político, el clientelismo entre otras formas de corrupción.

En esos términos y usado para esos fines el contrato de prestación de servicios es abiertamente inconstitucional y contradice la esencia del Estado social de derecho.

Con el presente no se pretende satanizar dicha figura contractual en su concepción, sino más bien en el indebido uso y manejo que se le da a la misma, en ese sentido se considera que deberían realizarse ajustes, particularmente en la variable de la selección del contratista, ya que las demás requieren cambios de fondo, es decir tienen que ver más con la carrera administrativa y la creación de cargos en propiedad, para recurrir al contrato de prestación de servicios cuando sea estrictamente necesario.

En el sistema jurídico Colombiano, constituye una premisa fundamental el hecho de que la ley, los decretos, las resoluciones, los contratos, los acuerdos y en general cualquier actuación administrativa que modifique situaciones jurídicas laborales, no pueden generar desmedro de los derechos de la clase trabajadora, ya que o bien hacen parte del bloque de constitucionalidad, o están consagrados en el estatuto superior, de igual forma la legislación laboral como la consagrada

en el Código Sustantivo del Trabajo, reivindica los derechos laborales, por ejemplo, el artículo 9 *protección al trabajo. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.*

Ahora bien, no se pretende afirmar tercamente que la figura es exclusivamente usada con estos fines, ni que sea inadecuada en sí misma, pero si es cierto que mal utilizada no hace otra cosa que desproteger a los trabajadores, generándoles condiciones de inestabilidad, pues trabajan siempre con la zozobra de perder su empleo en cualquier momento, sin contar con prestaciones sociales; esto aunado al aprovechamiento de esta figura para montar fortines burocráticos, clientelismo y demás formas de corrupción que afectan la administración pública.

Es preocupante que por ejemplo en el sector público por cada 100 trabajadores de planta, haya 107 por prestación de servicios. (Fuente Mintrabajo 2012).

En diciembre de 2015 el departamento administrativo de la función pública reportó que aparecían en sus bases de datos un número de 229.408 contratistas independientes, de los cuales 50.461 tuvieron más de un contrato.

De tal modo que se realizará un estudio de la figura, analizando el antes, su concepción y el ahora de la misma, una especie de diagnóstico, valiéndonos para el efecto de referentes, académicos, normativos y en menor medida jurisprudenciales.

EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN ENTIDADES DEL ESTADO COMO FORMA DE PRECARIZACION LABORAL Y FUENTE DE CORRUPCION

La globalización entendida como el fenómeno social, económico, político, tecnológico y cultural que hizo más estrechos los canales de comunicación a todo nivel entre las naciones y por ende acarrió una interdependencia entre las mismas, en el sentido de que las decisiones o sucesos ocurridos en cualquiera de ellas repercute en las demás, ha traído consecuencias no muy benéficas para el mundo laboral y particularmente para los trabajadores. Aquella en tanto convirtió nuestro mundo en uno más competitivo, y ha reforzado el sometimiento de este al dios “capital”, ha propendido por la flexibilización de las relaciones laborales minando las expectativas legítimas de las personas a tener un trabajo estable, con todas las prestaciones sociales, y ha contribuido con una sistemática precarización de las condiciones de trabajo. Esta flexibilización laboral se ha manifestado de muchas formas, esto es, en empresas de servicios temporales que realizan una intermediación de naturaleza lucrativa entre empresas y talento humano; cooperativas de trabajo asociado que desnaturalizaron sus fines en contra de los intereses de sus “asociados”, y el muy acuñado contemporáneamente contrato de prestación de servicios, entre otras figuras que flexibilizan las relaciones laborales con la consecuente afectación de la estabilidad laboral y calidad del empleo.

Los contratos de prestación de servicios *“son aquellos que celebran las entidades estatales de todo nivel para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad; estos contratos solo 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 celebran por el termino estrictamente indispensable”*. Así reza la ley 80 de 1993 en su artículo

32, en ese sentido estos se caracterizan por ser temporales, excepcionales, suscribibles solo si en la planta de la entidad no existe un cargo que cumpla esa función, o que pese a existir el cargo en la planta de personal, se requiera de una persona con determinadas capacidades para desarrollarlo. Lo cierto es que se ha desnaturalizado el propósito del contrato, y actualmente se utiliza esta figura, para consolidar fortines burocráticos, ahorrarse unos pesos, tráfico de influencias y lo que es objeto esencial del presente socavar las garantías laborales y los beneficios prestacionales que se derivan de las mismas. En ese orden de ideas, como se concibe que sea el propio Estado *Social* de Derecho el que promueva figuras como estas que contrarían principios constitucionales como la protección del mismo Estado al trabajo, tal como está consagrado en nuestra Constitución Nacional en su artículo, *25 El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas; artículo 53 ibídem, el Congreso expedirá ...La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales ... primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social...***

Sobre el contrato de prestación de servicios se ha escrito mucho, pues ha generado mucha controversia, incluso entre los jueces colombianos que debieron enfrentar las deficiencias legislativas en tanto aquellas no previeron la posible desnaturalización de esta figura que no en pocas ocasiones se utiliza para fines distintos del que para que fue dispuesta.

Estudios acerca del contrato de prestación de servicios

A continuación, se hará un breve recuento de algunos artículos académicos, que guardan relación con la línea expuesta en el presente artículo, veamos.

En el artículo denominado, ***EL DEBATE JURIDICO ENTORNO AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS***, escrito por Mariela Vega de Herrera docente investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada, la autora deja ver como hay una estrecha relación entre la reducción de las plantas de personal en las entidades estatales y directamente proporcional a este aumento también se incrementaron los contratos de prestación de servicios en estas entidades.

Además aduce que dicha modalidad contractual *“permite evadir los sistemas de selección exigidos para la contratación estatal lo mismo que para el ingreso y permanencia en el sector oficial. Además, con la desfiguración del concepto legal del contrato de prestación de servicios se logra eludir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, lo cual se traduce en desmejoramiento de las condiciones económicas de los contratistas”*.

En el trabajo de grado denominado ***ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA***. La Politóloga Stephanie Johana Pérez Quintero, estudia las incidencias de esta modalidad contractual en un periodo determinado de tiempo, de la monografía en cita se puede destacar que la autora hace especial énfasis en las consecuencias negativas que tiene esta figura para las entidades de derecho público, pues predomina lo que llama patronazgo político, lo que atenta contra la eficiencia en la administración pública e indefectiblemente contra el interés general. Para destacar manifiesta la autora que; *“En lo que respecta a la figura del contrato de prestación de servicios, se evidencia un escenario de completa distorsión de la forma*

como ha sido utilizada esta modalidad contractual, en los términos de la Ley 80 del 93, que ha dispuesto que este tipo de contrato sea excepcional y temporal en la administración pública, configurando las llamadas “nóminas paralelas”, denunciadas tantas veces por los órganos de control y curiosamente nunca por la Comisión Nacional del Servicio Civil, y que son un grupo de personas contratadas por la modalidad de prestación de servicios para ejercer función pública de manera permanente o fuera de la temporalidad que permite la ley”. En este aparte y en otros del trabajo se alude a la falta de inoperancia de la CNSC frente a estas situaciones, que pasan por encima de la meritocracia para dar paso al patronazgo político, al clientelismo y a la insana práctica de yo te elijo y tú me eliges o eliges a alguien cercano a mí.

Otro aspecto importante para destacar del trabajo en cita es lo que aduce la autora es lo que ella denomina como, *“un problema de carácter financiero que surge de los litigios que obligan al Estado a pagar cuantiosas sumas por el reconocimiento de una relación laboral disfrazada de contratos de prestación de servicios, y por tanto, se han constituido en un factor de detrimento del patrimonio público. Lo anterior, ocurre aun cuando desde el diagnóstico realizado por el Programa de Renovación de la 28 Administración pública, fue enfático en señalar la gran carga fiscal en la que incurría el Estado producto de sanciones y condenas”*. Con argumentos como este se refuta el de aquellos que defienden la figura contractual alegando que la implementación de la misma le ahorra recursos al Estado.

En el artículo de reflexión denominado, ***CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUS EFECTOS COMO FORMA DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO*** de la autoría de ***ROBERTO LEÓN SUÁREZ*** y ***JORGE ANDRÉS TRIANA***, se realizan por parte de aquellos fuertes críticas frente a los efectos que tiene el contrato de prestación de servicios, desde el punto de vista de los derechos laborales; afirman en su trabajo publicado en el año 2012 que,

“La tercerización laboral, el Contrato de Prestación de Servicios, llegan a convertirse en formas utilizadas para evadir e incumplir los derechos laborales tanto en el sector privado como público, ante las posibles omisiones o acciones en las actuaciones del empleador y del servidor público en representación de una entidad del Estado. Al respecto, las “nóminas paralelas” se han convertido en un fenómeno público denunciado no solo por los organismos de control sino por el mismo gobierno. Estas consisten en la excesiva contratación por prestación de servicios, manifestada en casi la quinta parte del personal de planta de una entidad, dadas las posibilidades tan amplias de maniobra que permite la ley en aplicación de éste contrato, su facilidad de realización a veces sin acto de justificación sumado a las ambigüedades y vaguedades concebidas en su forma”. En este punto asemejan el contrato de prestación de servicios a una forma de tercerización laboral pues efectivamente con este se busca evadir las cargas prestacionales propias de una relación laboral, lo que va en contravía de los derechos de la clase trabajadora.

Antecedentes históricos y normativos del contrato de prestación de servicios

Para el efecto de realizar un análisis holístico del contrato de prestación de servicios se debe indagar por los inicios de esta modalidad de la contratación estatal, y un poco más allá para referir los inicios del empleo público en el país, en ese sentido hay que remontarse a finales de la poca colonial donde predominaba la esclavitud y la hacienda, durante ese periodo de nuestra historia la monarquía reinante empezó a promover la modernización del Estado que básicamente propendía por hacerlo más eficiente, a través de la abolición de viejas prácticas como el nepotismo, favorecimiento de intereses particulares, carencia de aptitud de funcionarios, entre otras.

(Roth, 2006). En ese tiempo la Corona Española otorgaba los cargos de naturaleza pública atendiendo a criterios como, la prestación de servicios militares o en la marina real y los demás cargos de menor jerarquía eran otorgados a través de subastas públicas, dichos cargos podían ser

vitalicios. En síntesis para vincularse a una actividad laboral pública eran tenidos en cuenta aspectos personalísimos, patrimoniales, políticos, etc. Ya en época de la república y como uno de los primeros intentos por organizar la función pública encontramos en el título 5 artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886, del siguiente tenor, *“la ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; **las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos**, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación, y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público”*. Y el 63 ibídem que predicaba que *“No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o en reglamento”*. Dichas preceptivas procuran limitar las facultades nominadoras, y radican en cabeza del legislativo aspectos claves del acceso a la función pública como son los regímenes de incompatibilidades, calidades de los aspirantes a los cargos públicos, régimen disciplinario e incluso aspectos relacionados con la seguridad social. Más adelante aparecieron las primeras legislaciones acerca de la carrera administrativa como por ejemplo la ley 165 de 1938 por medio de la cual se crea la carrera administrativa modificada por la Ley 19 de 1958, en las que se empezó a reglamentar la función pública se crea la Esap y se dictan en general disposiciones sobre el servicio civil y la carrera administrativa. Infelizmente en el año de 1968 el Decreto 2400 de esa anualidad, (Perez). *“Creó lo que el profesor Germán Puentes ha llamado, la ventanilla siniestra que permitió el ingreso extraordinario de funcionarios, sin ningún concurso de méritos que certificara las capacidades y destrezas de estas personas”*, contrario a la normativa, se generaron los espacios legales necesarios, para consolidar casi por 38 años, el sistema patrimonialista y de clientelismo político, pues en todas las entidades estatales se

nombraron recomendados políticos, a los cuales de tiempo en tiempo, se les regularizaba su situación incorporándolos automáticamente a la carrera administrativa”.

El aparte subrayado hace parte de una práctica que se ha enquistado en la administración pública y que como se afirmó viene desde la época de la colonia y perdura hoy día en pleno siglo XXI. Y es que la contratación a través de la prestación de servicios, le permite al nominador en cada caso escoger a dedo la persona que ha de desempeñar esa función en la medida de que los montos para contratar directamente aun en los municipios de sexta categoría son altos y que decir de los ministerios y demás entes del estado que manejan presupuestos billonarios. Resulta preocupante que la contratación pluricitada no solo vulnere legítimas expectativas laborales, sino que sea usado además para prácticas corruptivas que le hacen mucho daño a las administraciones y en general a la sociedad colombiana. En tiempos más recientes la constitución de 1991 le dedicó un título completo a la función pública en el título 5 capítulo 2 en los que en resumen se dispone lo siguiente:

Artículo 122. *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben...* En el artículo el constituyente conmina al congreso a legislar de forma concisa el régimen jurídico de las personas que se vinculen a trabajar para el estado. En el Artículo 123 se preceptúa que, *son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad...La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.* En este último inciso podríamos encuadrar a los contratistas por prestación de servicios, es decir la constitución avala

aunque no de forma concreta el que los particulares puedan transitoriamente desempeñar funciones públicas, como lo es a través de un contrato de prestación de servicios en una entidad de derecho público.

Luego el Artículo 125 ibídem, determina que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. En este inciso se encuentran los contratistas de prestación de servicios, de tal modo que la carrera administrativa es la regla general y la contratación a través de la prestación de servicios es la excepción, aunque valga anotar que la realidad dista mucho de la norma en el entendido de que el contrato de prestación de servicios se ha convertido paulatinamente en regla y la carrera administrativa la excepción, e itérese que los móviles de esta circunstancia no obedecen a temas presupuestales, sino a las facilidades y discrecionalidad de elección de personas para desempeñar funciones públicas que otorga la figura creada con la ley 80 de 1993. En la legislación civil el contrato de servicios está regulado por el código de dicha especialidad, y se puede desprender la existencia legal de este contrato de la lectura del artículo 1495 que es del siguiente tenor: *Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, **hacer** o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.* Según la definición anterior se entiende que en el contrato de prestación de servicios la obligación es de hacer algo, el contratista hace algo, presta un servicio, una asesoría, consultoría, entre otras actividades atendiendo a las necesidades de la administración, siempre que dicha actividad no pueda ser realizada por personal de la planta de la respectiva dependencia. De igual forma y en la misma codificación se señala en su título XXV capítulo IX. **Del arrendamiento de servicios inmateriales** del siguiente tenor: *“Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una*

composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2054, 2055, 2056, y 2059 de dicha codificación”.

En la legislación comercial el contrato de prestación de servicios se asemeja al Contrato de suministro de servicios que se encuentra en el artículo 968 de la codificación comercial que dispone lo siguiente: *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*. En el derecho público el contrato de prestación de servicios lo encontramos en la ley 80 de 1993 de la contratación estatal en su artículo 32, que consagra la figura del contrato de prestación de servicios en los siguientes términos. *“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”. Es un hecho que hay ocasiones en que en la planta del personal de una entidad no exista una persona con ciertos conocimientos y habilidades necesarias para desempeñar una actividad útil para los fines de la administración, en ese supuesto es perfectamente válida la contratación por prestación de servicios, pues obedece a los fines y al espíritu con que fue creada la norma, pero muy cierto es también que a veces se celebran estos contratos y se renuevan constantemente, lo que denotaría que no es una función transitoria de la administración sino más bien constante y requeriría entonces la creación del cargo en la entidad. De lo expuesto anteriormente se puede inferir que el contrato de prestación de

servicios se rige por disposiciones civiles y comerciales, siempre y cuando se suscriban con personas de derecho privado naturales o jurídicas.

Ahora bien como era de esperarse la legislación laboral, no consagra disposición alguna sobre el contrato de prestación de servicios, aunque en el artículo 2 No. 6 de la Ley 712 de 2001 por medio de la cual se modifica el código de procedimiento laboral, del siguiente tenor, *“Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive”*. En este inciso encuadran las controversias suscitadas dentro de una relación de contrato de prestación de servicios, aunque valga aclarar que no podrán ser ventilados litigios sobre el reconocimiento y pago de la liquidación de prestaciones sociales, toda vez que mientras no se pruebe la existencia de contrato realidad no podrán exigirse tales acreencias.

En lo que atañe a aspectos de la seguridad social de los contratistas por prestación de servicios tenemos el decreto 1703 de 2002, que dispone lo siguiente sobre la materia. *ARTÍCULO 23. Cotizaciones en contratación no laboral. Para efectos de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de **derecho público** o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría y cuya duración sea superior a tres (3) meses, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En los contratos de vigencia indeterminada, el Ingreso Base de Cotización será el equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor bruto facturado en forma mensualizada.*

Por su parte el decreto 2800 de 2003 en su artículo 3, estipula que La afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales no configura ni desvirtúa posibles relaciones laborales.

Por su parte la jurisprudencia en tratándose del contrato de prestación de servicios le ha reconocido al mismo las siguientes características, la prestación de servicios es una obligación de hacer, es decir consiste en la realización de actividades que se encomiendan a una persona llamado contratista, teniendo en cuenta sus aptitudes, su formación profesional, su experiencia y en general las capacidades necesarias para ejecutar la labor satisfactoriamente. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades Las actividades para las cuales se le contrata están dentro de los fines y objetivos de la respectiva entidad estatal.

El contratista es autónomo en el ejercicio de su labor, es decir no recibe órdenes acerca de cómo debe realizar su trabajo, simplemente se le plantea una tarea o un objetivo y él pone su conocimiento y su experiencia para llevarlo a cabo, la autonomía del contratista es uno de los elementos claves del contrato de prestación de servicios.

La autonomía del contratista se traduce también en el hecho de que aquel no debe cumplir horarios de trabajo, por lo que su subordinación no es respecto de x o y persona sino más bien se da respecto del objeto contratado. Otro elemento importante a tener en cuenta es la naturaleza temporal de dicho contrato, es decir, su duración no es indefinida, aquella está determinada por el cumplimiento del objeto contratado. En este punto es bueno aclarar que en caso de que la necesidad del servicio o labor se torne duradera o indefinida debe crearse el cargo en la planta para que lo realice un funcionario de carrera administrativa. De ese modo se estará a tono con las disposiciones constitucionales que rigen la materia y se estarán formalizando para bien relaciones laborales que hasta entonces estarían disfrazadas bajo un velo jurídico que le impedirían a la persona que estuviere desarrollando la actividad acceder a los beneficios que solo un contrato de trabajo le podría garantizar. En cuanto al alcance del objeto del contrato de prestación de servicios. Si bien una interpretación preliminar del numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 permitiría concluir

que es posible la celebración de este contrato para la ejecución de cualquier objeto que tenga relación con la administración o funcionamiento del organismo, lo cierto es que el contenido obligacional se circunscribe a una prestación de hacer, esto es, la realización de actividades o el despliegue de alguna acción o conducta. Así, dentro de esta modalidad de prestación que delimita el objeto del contrato, las entidades pueden desarrollar una amplia gama de actividades relacionadas con su administración o con el funcionamiento de la entidad, esto es, labores afines o inherentes a los objetivos misionales de la entidad estatal, de manera que puedan contar con el concurso de terceros para facilitar o apoyar a la entidad en el cumplimiento de sus funciones públicas o administrativas.

Ahora bien una vez revisada a groso modo el contrato de prestación de servicios se expondrán las críticas que devienen de la desnaturalización del objeto del mismo, pues itérese la figura contractual no es mala en sí misma, pero no así la forma en que es utilizada en los entes del estado, tanto del nivel central como en el territorial. En ese orden de ideas se debe empezar afirmando que resulta paradójico a la luz de la constitución de 1991 que se funda en un estado social de derecho que sea el mismo quien más permita la precarización del trabajo, se esperaría que el Estado sea el que empiece a ejecutar una política de formalización de empleo más eficiente.

En un hecho que desde la incorporación del contrato de prestación de servicios en el estatuto de la contratación estatal, se ha desnaturalizado su propósito y hoy en día es común encontrar nominas paralelas. Resulta también reprochable el hecho de que debido a la flexibilidad y requisitos para celebrarlo tan ambiguos se utiliza para desconocer verdaderas relaciones laborales o para favorecer prácticas perversas de la administración pública como el clientelismo.

La Corte Constitucional ha caracterizado el contrato de prestación de servicios de la siguiente forma, con ocasión de la decisión de una acción pública de constitucionalidad contra las frases “no

*puedan realizarse con personal de planta o" y "En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenidas en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.; manifestó entonces la Corte que: El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. **La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.** Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. **Sentencia C-154/97 Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.***

En sentencia T-903 de 2010 la corte constitucional se pronunció sobre la acción de tutela instaurada por Gilmer Sierra García contra el Municipio de Montenegro, Quindío, para que le

fueran cancelados los salarios al señor Gilmer Sierra en virtud de sus labores como celador y aseo del centro docente Los Fundadores, toda vez que según e31 petente se daban los supuestos para la declaratoria de la existencia de contrato realidad. En dicho fallo la Corete más allá de definir la naturaleza del contrato de prestación de servicios se refiere a la procedencia de la acción de tutela, *“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”*.

Como quiera que uno de los reproches que se le hace a la mala utilización del contrato de prestación de servicios a nivel estatal es la selección del contratista en tanto se ha afirmado que ciertamente hay casos en los que no prevalece el principio de la selección objetiva del mismo y en ese sentido aparte de la precarización laboral que deviene del contrato habrá que sumarle más bien su aporte a engrosar las cifras de corrupción del país. La Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, refiriéndose al procedimiento para la selección objetiva del contratista manifestó lo siguiente:

“Si bien los contratos que celebran las entidades públicas están sometidos a las disposiciones comerciales y civiles, salvo lo dispuesto en la ley de contratación pública (art. 13 ley 80), una de las materias de las que se ocupa el legislador en defensa del interés público comprometido en la gestión contractual de la administración, es la relacionada con la escogencia del contratista, en cuanto constituye uno de los mecanismos de garantía de selección objetiva del mismo, en

aplicación de los principios que informan la actividad administrativa y, en particular, los de transparencia, igualdad y economía”.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE 2005

El Honorable Consejo de estado, ha fungido como garante de los derechos que devienen de las relaciones laborales, al respecto ha manifestado, “*Sea lo primero advertir, que la Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios **no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales** y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos”.*

CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE (2011).

CONCLUSIONES

Varios siglos después de la época de la colonia siguen reinando en el país prácticas como el nepotismo y el clientelismo, actuaciones ejecutadas bajo el amparo de la figura del contrato de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios fue creado para suplir excepcionalmente necesidades de la administración, pero en algunos casos sus fines se han desviado para satisfacer intereses personales en contra del interés general.

El contrato de prestación de servicios del mismo modo que otras formas de tercerización laboral ha tornado más precarias las situaciones de los trabajadores colombianos, negándoles el derecho a tener un empleo estable y de calidad.

Conforme se reducen las plantas de personal de las entidades estatales, aumentan los contratos de prestación de servicios, generando lo que casi se podría denominar como una política de Estado que va en contra de los más elementales derechos laborales.

Como quiera que le asiste a los nominadores de las diferentes entidades del estado un poder discrecional para la celebración de contratos de prestación de servicios, esta figura se ha convertido en un nuevo fortín burocrático a través del cual se cubren y pagan favores políticos.

En los contratos de prestación de servicios la meritocracia es la excepción y el patronazgo político es la regla.

Con los costos que debe asumir el estado, en razón de las demandas y posteriores condenas que le son impuestas con ocasión de declaratorias de contratos realidad se podrían crear los cargos para proveer a los colombianos trabajos estables y de calidad.

Hay quienes afirman que los contratistas de servicios trabajan más duro y son más eficientes porque trabajan con la zozobra de no saber si les renuevan, mientras que los trabajadores de planta al sentirse seguros de su posición se relajan y son menos eficientes, aunque dicha afirmación podría tener algo de validez no se encontró un estudio que diera credibilidad a esa hipótesis.

Se debe replantear la figura del contrato de prestación de servicios no solo por la precarización de las condiciones de trabajo que conlleva la misma, sino porque también se ha convertido en un foco de corrupción.

REFERENCIAS

León Suárez Roberto y Triana Jorge Andrés. Contrato Estatal de Prestación de Servicios y sus efectos como forma de vinculación con el estado. Universidad Militar NuevaGranada.<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7566/2/LeonSuarezRoberto2012.pdf>

Pérez, S. (s.f.). Análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la Administración Pública Colombiana. Periodo 2002-2010. Análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la Administración Pública Colombiana. Periodo 2002-2010. Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario, Bogotá D.C.

Ramírez, JM <http://www.bdigital.unal.edu.co/4551/1/940362.2011.pdf> La carrera administrativa en Colombia - análisis y perspectivas.

Restrepo Medina, Manuel Alberto. La administración pública en la constitución de 1991: sincretismo involuntario entre la burocracia, el gerencialismo y la gobernanza. Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 365-388, mayo 2011. ISSN 2145-4531.

Roth, A. (2006). La génesis del Estado Republicano en Colombia: elementos para una historia social de la administración pública. Cuadernos de historia del derecho, 281-296.

Suarez, F. (2004). “El sistema de mérito en la administración pública colombiana”. En: Seminario sobre carrera administrativa, ESAP. Citado por Jiménez Benítez, “reforma administrativa y carrera administrativa en Colombia: Frustraciones, razones y oportunidades”.

Vega de Herrera. Mariela. El debate jurídico en torno al contrato de prestación de servicios. Universidad Militar Nueva Granada 2006

Younes, D. (1993). Derecho Administrativo. Bogotá: Temis. Citado por: Ávila, Ricardo, “Diagnostico institucional del sistema de servicio civil de Colombia”. 2002. p. 5. Documento electrónico

La cultura del trabajo en Colombia: Criterios de vinculación, búsqueda de empleo, promoción, empleo y despido de personal en la sociedad premoderna”. Historia Actual Online. No 18, 2009. Pp 42-43. Documento electrónico.

.