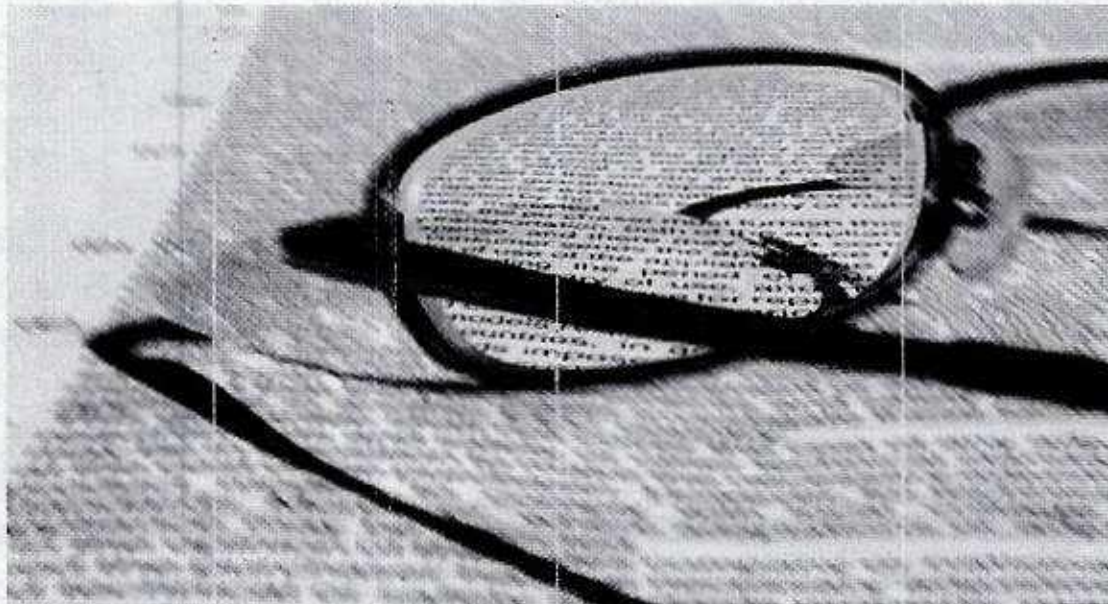


Contrato u orden de prestación de servicios con el Estado: prohibido por regla general

Por: actualicese.com



Publicado: 22 de abril de 2014



Las entidades públicas tienen un número altísimo de contratistas, que en su mayoría, ejercen funciones propias de la administración y por ende deben ser realizadas por empleados o funcionarios públicos. En el fondo, hay un ocultamiento de una relación laboral y como tal unos derechos económicos para el verdadero trabajador y no contratista.

Vinculación con el Estado

Es la Constitución Política la que establece las formas de vinculación laboral con el Estado.

C.N. "Art. 125. 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. [...]"

¿Qué es el empleo público y la prohibición a los contratos de prestación de servicios?

Veamos dos normas sobre el particular primero:

Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 de 1968 “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”

Decreto 1950 de 1973, Art. 7º. “Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.” (Subrayado nuestro).

Corte Constitucional ratificó la prohibición de celebración de OPS por regla general

Mediante la Sentencia C-614 de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 2º de la Ley 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, en los cuales se **prohíbe** celebrar contratos de prestación de servicios para ejecutar funciones públicas.

Entre los apartes de la sentencia en mención, observamos lo siguiente:

“[...] La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran

conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos [...]" (Subrayado nuestro)

Pero la misma Corte Constitucional ratifica lo que la norma dice, **que el contrato de prestación de servicios sí puede ser usado de manera excepcional** y no como se está dando en la actualidad, pues dejó de ser la OPS (*Orden de Prestación de Servicios o contrato*), la excepción, a ser la habitualidad, violando la premisa constitucional de quien cumpla funciones públicas, ingrese por concurso de méritos o por elección según los cargos descritos en la C.N.

Señala entonces la Corte Constitucional en la citada sentencia:

"[...]A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución, desviación práctica que desborda el control de constitucionalidad abstracto y su corrección corresponde a los jueces contencioso administrativos, o, excepcionalmente, al juez constitucional por vía de la acción de tutela; práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que la Corte Constitucional no puede pasar inadvertida, pues afecta un tema estructural en la Carta de 1991, cual es el de la carrera administrativa como instrumento esencial para que el mérito sea la única regla de acceso y permanencia en la función pública, por lo que se insta a los órganos de control a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación

de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto, y se 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 [...]"

Incluso, es tan abiertamente ilegal la mayoría de las contrataciones por prestación de servicios en las entidades públicas, que la Corte Constitucional concluye la sentencia precitada, instando a la Contraloría, la Procuraduría y el Minprotección Social, para 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"* en actividades laborales/funciones públicas (negrilla nuestra).

Derechos económicos del verdadero trabajador: sentencias en contra de las Entidades Públicas

La *"Primacía de la Realidad sobre la formalidad"* es un principio general del Derecho Laboral, tanto al derecho privado como en el público.

De tal manera que si existen los elementos que configuran una relación laboral (*subordinación, personal y remuneración*), existe así se haya suscrito un contrato mercantil como es el contrato/orden de prestación de servicios, **sin importar que el contratante sea ente particular o público.**

Por todo lo anterior, son cientos y cientos de contratistas del Estado, quienes están demandando a las respectivas entidades públicas **y están ganando**, pues están demostrando que cumplen labores propias de un empleado/funcionario público.

¿Qué podría ganar un contratista en un pleito judicial?

Al probar la existencia de una verdadera relación laboral en el cumplimiento de funciones públicas tiene derecho al reconocimiento de prestaciones sociales, el pago compartido de la seguridad social que pagó sólo como independiente, la devolución de retenciones en la fuente sobre honorarios si no aplicaba al salario que hubiera recibido y los demás perjuicios que se demuestren.

Lo que no se puede pretender es el reintegro, pues el art. 125 de la C.N. establece que el ingreso al servicio público debe ser por méritos o elecciones.