



CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
VS
NÓMINAS PARALELAS EN EL CAMPO DISCIPLINARIO

TRABAJO PRESENTADO POR: ANDRÉS MAURICIO GAITÁN GUZMÁN

CODIGO: 3200390

FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DERECHO SANCIONATORIO
DUODÉCIMA COHORTE

2014

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS V. NÓMINAS PARALELAS EN EL CAMPO DISCIPLINARIO.

Andrés Mauricio Gaitán Guzmán

(Abogado titulado, egresado Universidad de Manizales)

“La realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma describe”.

Corte Constitucional - Sentencia C-614 de 2009

RESUMEN

Actualmente, los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados por las Entidades Estatales traen consigo el desconocimiento de normas y preceptos legales, lo cual conduce a la proliferación de nóminas paralelas generando la confusión con el contrato laboral; pues éste primero se ubica en una posición irregular y es abiertamente contrario a la Constitución Nacional.

El tema en desarrollo “Contrato de prestación de servicios profesionales y su correlación con la posible existencia de las nóminas paralelas en las entidades públicas desde la óptica Disciplinaria” además de buscar identificar las características del contrato de prestación de servicios profesionales, sus aplicaciones en las entidades del estado, muestra gran importancia, puesto que pretende detectar si la modalidad de contrato de prestación de servicios profesionales se ajusta a las políticas públicas o se presta para la celebración de gran cantidad de contratos laborales creando nóminas paralelas en las entidades estatales; ello claro está, bajo el complemento de la óptica disciplinaria frente a la cual se determinarían las implicaciones que trae la presencia de las nóminas paralelas en las entidades del estado y en caso de encontrarse y/o hallarse cualquier causal que amerite y de procedencia a una investigación disciplinaria que, posteriormente, generaría una sanción conforme a los preceptos legales establecidos para tales efectos.

PALABRAS CLAVES

Contratación administrativa, principio de transparencia, vinculación estatal, interés general, deberes y derechos de la administración, violación al régimen disciplinario.

CONTRACT DELIVERY SERVICE PAYROLL Vs. PARALLEL FIELD OF DISCIPLINE

ABSTRACT

Currently, contracts for professional services entered into by the State Entities bring ignorance of rules and legal principles, which leads to the proliferation of parallel payroll generating confusion with the labor contract; it is first placed in an irregular position and is openly contrary to the Constitution.

The subject development " contract to provide professional services and its correlation with the possible existence of parallel payroll in public entities from the Disciplinary optics" in addition to seeking to identify the characteristics of the contract to provide professional services , its applications in the entities state , shows great importance , since it aims to detect if the type of contract for the provision of professional services conforms to public policy or is suitable for holding large amount of labor contracts creating parallel payroll in state institutions ; it is clear , under Plug-disciplinary perspective against which the implications that brings the presence of parallel payrolls and state entities should be and / or have found any cause to warrant and provenance is determined to a disciplinary investigation that subsequently generate a penalty according to established legal principles for such purposes.

KEYWORDS

Administrative contracting, transparency principle, state entailment, general interest, right and duties of the administration, violation of the disciplinary regime.

JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo estudia las generalidades de los contratos de prestación de servicios profesionales y detectara si ellos realmente responden a políticas del Estado cumpliendo con la legislación determinada al respecto (Art. 32 de la Ley 80 y Decreto 2170 de 2002). Lo procedente en razón de que en el Estado Colombiano se observa como las entidades públicas acuden con mucha frecuencia a esta modalidad de contratación, siendo cuestionada su práctica por muchos sectores y llegándose inclusive a decir repetidamente que esta modalidad de contratación está encaminada a ocultar un verdadero vínculo laboral, al rebajar costos y a pagar favores políticos disfrazados tras la argumentación de insuficiencia de personal de planta para la realización de las labores misionales en las diferentes dependencias.

El adelanto de este estudio implico la remisión a la memoria y definición de lo que es el contrato de prestación de servicios profesionales, sus etapas, el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre el tema de contratación por prestación de servicios en entidades de Estado, su correlación con la posible existencia de nóminas paralelas y las posibles sanciones a las que habría lugar bajo la óptica disciplinaria en torno a la prevención del daño antijurídico.

PRETENSIÓN DEL ESCRITO

El contrato de prestación de servicios debe tener por objeto suplir necesidades de las entidades públicas en la ejecución de sus funciones administrativas requeridas para el debido funcionamiento del organismo, y este no puede ser utilizado para ocultar una efectiva y requerida vinculación laboral; por tanto, quien obra en forma contraria a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, incurre en el desconocimiento de sus deberes y debe responder disciplinariamente por su conducta.

Este alcance Disciplinario, será la Tesis Central frente a la cual se desarrollara el presente escrito; toda vez que el Legislador, en cumplimiento de sus funciones, en Pro de los cometidos de la Administración Pública y con el fin de evitar la proliferación de nóminas paralelas, ha determinado el alcance disciplinario que servirá de sustento para desvirtuar la presunta naturaleza de las relaciones laborales frente a las cuales el Estado Colombiano crea vínculo entre la Administración y sus Administrados. Y es, en razón de lo precedente, que la configuración de la sanción, no solo dependerá de la suscripción de un contrato de prestación de servicios sino también del desconocimiento de la normatividad de la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos.

ANÁLISIS

Para ubicarnos, es necesario determinar los antecedentes y evolución histórica de la administración pública en Colombia, lo que nos remite a la historia legislativa en materia de función pública y contratos de prestación de servicios.

Aproximadamente desde los años de 1930 nace en Colombia la carrera administrativa; se puede decir que surgieron las primeras iniciativas para la organización de las personas del servicio público pretendiendo de esta manera regular el tema del servicio civil, durante muchos años, se estuvo consolidado preceptos jurídicos y éticos acerca del tema de contratación con el fin de crear una ley general de funcionarios públicos que reúnan ciertas condiciones de tal modo que estuvieran preparados, capacitados, acondicionados y calificados de manera clara y específica para cumplirse la tareas del Estado y las del cargo y funciones a ejercer; es así como en un principio las relaciones laborales estaban basadas por un vínculo de filiación y por la participación política además de los llamados nexos de amistad y relaciones familiares, con lo cual se pretendía considerar la ocupación de los cargos públicos más como una recompensa y en ocasiones como casi un derecho sucesoral, situación que desencadenó una coyuntura por presencia de los mismos agentes en el cargo.

Podemos determinar la errática, inconsciente, deficiente transformación que Colombia ha venido viviendo de una manera lenta, paquidérmica de la Administración Pública. Es así como desde las formas de trabajo en los años 30, con el decreto 2400 de 1968, momento en el cual la administración pública adquirió por fin más comprometedoras responsabilidades tanto cualitativas como cuantitativas y en el que se desarrollaban y regulaban los aspectos fundamentales de la carrera administrativa y el servicio civil. Dicha situación solo se consolida con la Constitución de 1991, en la que se consagra un capítulo entero dedicado a la función pública a grandes rasgos, y se establece que el servidor público, es por excelencia, el depositario del interés general, será bajo este principio que él deberá orientar las políticas públicas, la aglomeración de los principios de equidad, progresividad y legalidad, así mismo, en los artículos 123 y 125 de la Constitución Política, se establece que el ingreso al empleo público es por sistema de carrera y por medio de un concurso, los demás serían la excepción; y se enfatiza en que en ningún caso, la filiación política podrá determinar el nombramiento, ascenso o remoción de un empleo de carrera como se establecía anteriormente.

No obstante, se institucionalizó y arraigo una práctica gubernamental en contravía del orden Constitucional y legal, para la utilización del contrato de prestación de servicios, es así como el Estado Colombiano emplea este tipo de contrato como un instrumento para cumplir con sus políticas de reducción de gasto público, pero las entidades a la vez con base en esta política y supuestamente para que estas entidades desarrollen un objeto social de manera adecuada y eficaz, por lo que requieren del personal idóneo para desarrollar fines y objeto, tal fin aplica desde las Administraciones actuales y se basa en el sistema de patronazgo y clientelismo políticos, como mecanismo para mostrar agradecimiento y apoyo a los partidos políticos, eventos que han determinado la perpetuación y la perversión de toda la legislación determinada en la contratación estatal en todos los ámbitos más marcado aun en la contratación personal que conlleva a la contratación aun sin cumplir una serie de requisitos que el Estado a determinado claramente pero que por esos intereses se han ignorado.

Es claro que cualquier Estado no cuenta con el personal adecuado para cumplir sus funciones; y, eventualmente, tal personal resultara insuficiente o la labor a desarrollar no será propiamente pública o administrativa. Frente a esa clase de eventos, el legislador permite a las entidades públicas hacer uso del contrato de prestación de servicios definido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. La norma enunciada, última reglamentación hecha en esta materia y aún vigente dispone:

“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:

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 cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Subraya, Negrilla y Cursiva fuera de texto).

Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades que ayuden a la coordinación de la administración o al funcionamiento de una entidad pública y sólo puede suscribirse en los siguientes 2 eventos: 1. Que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad; o 2. Que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados que no poseen tales servidores. Es por ello que el contrato de prestación

de servicios en considerado un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidades de la administración y a la imposibilidad de satisfacer las mismas con el personal que labora en la entidad pública respectiva; toda vez que si los servidores de la entidad pueden atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción. Con ello, suscribir un contrato de prestación de servicios sin presentarse alguno de los eventos enunciados generaría el cumplimiento de la normatividad vigente; en detrimento de la Administración Pública y en contra de la esfera disciplinaria.

En la actualidad el tema de la contratación por prestación de servicios ha cobrado una gran relevancia que anteriormente no gozaba pese a ser una figura legalmente concebida desde las primeras legislaciones contractuales administrativas. En efecto esta modalidad de contrato está concebido exclusivamente como un instrumento de colaboración para el desempeño de actividades transitorias, relacionadas con la Administración y el cumplimiento de sus funciones; que, por su naturaleza excepcional, no permite su uso para el ejercicio de funciones ordinarias de naturaleza pública ni sustitutivas o complementarias de la planta de personal, su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no puedan cumplirse por personal de planta o cuando las labores requeridas exijan conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad.

Sin embargo, puede presentarse en muchas ocasiones que la administración, con el fin de reducir costos representados en la vinculación permanente de personal; hace uso indebido y multiplicado del contrato de prestación de servicios con el objeto de que sean atendidas actividades relacionadas con la administración y el funcionamiento de las entidades públicas, haciendo uso de la referida figura para encubrir verdaderas relaciones de trabajo. Pero el contrato de prestación de servicios está considerado como la obligación de hacer algo, más no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente teniendo en cuenta que la contraprestación al mismo es el pago de una remuneración, lo que implicaría una clara relación laboral demostrando claramente las

tres condiciones por lo que la ley le daría lo que realmente configura el llamado contrato realidad a pesar de estar subordinado y titulado como contrato de prestación de servicios a pesar de que por sus características es otro tipo de contrato laboral.¹

Hoy por hoy, el tema de las nóminas paralelas en los contratos de prestación de servicios genera polémica porque generalmente se han convertido en una práctica recurrente en entidades del Estado y salen a flote en medio de escándalos por favores políticos. El ahorro no es un argumento que pueda sostenerse en todos los casos. Lo que si se debe tener en cuenta es que detrás de esta modalidad de contratación hay muchos ciudadanos que aceptan los trabajos por necesidad. Y si bien abrigan la esperanza de llegar a vincularse de planta, con frecuencia bajan la guardia en el rendimiento al ver transcurrir el tiempo sin que cambien las circunstancias. Este tipo de contratación y las nóminas paralelas van en contra de la función pública, de los objetivos del estado y de la Constitución Nacional, Norma de normas.

Claro está, que para el funcionamiento de una entidad existen varias formas de vinculación legal y reglamentaria al estado, bien sea por, elección popular, carrera administrativa, por periodo, funcionarios de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales que se rigen por contrato laboral, o la excepción son los contratos de prestación de servicios. Sin embargo, estos métodos de vinculación difieren en ciertos aspectos, a saber:

Para que exista contrato de trabajo deben concurrir los siguientes elementos:

a) La actividad personal del trabajador, es decir realizada por el mismo.

¹**Fuentes:**

- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-614-09.htm>

- Consejo de Estado, Sala de consulta y Servicio Civil, Ponente FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, 23 de Noviembre de 2005.

- STEPHANIE JOHANA PÉREZ QUINTERO, Politóloga Universidad Nuestra Señora del Rosario.

- Ley 80 de 1993 Reglamentada por el Decreto Nacional 734 de 2012, Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

- b) La continua subordinación del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes e imponerle reglamentos, lo cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.
- c) Un salario como retribución del servicio.

Aunado lo anterior, reunidos estos tres elementos existirá un contrato de trabajo el cual no dejara de serlo independientemente de cómo se nomine.

Por su parte, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por:

- 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) Como elemento esencial la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico.
- c) La vigencia del contrato es temporal y su duración debe ser por tiempo limitado.
- d) Su forma de remuneración es por honorarios.
- e) No se genera en estos contratos ninguna relación laboral y por ende no hay lugar al pago de prestaciones sociales.
- f) La afiliación al sistema integral de seguridad social se debe realizar como trabajador independiente.

Concluyendo, para que exista un contrato laboral, se deben cumplir tres presupuestos: subordinación, remuneración (Salario) y prestación personal de la labor; por su parte, un contrato de servicios no supone las mismas condiciones ni requisitos de un contrato laboral, puesto que en el caso de un contrato de servicios, la obligación es de hacer algo, mas no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, aunque en los dos casos, obviamente hay remuneración.

Ahora bien, en el ámbito de las Nóminas Paralelas, es común que las Entidades con el fin de eludir el pago de Aportes parafiscales y Seguridad social contrate su personal

por servicios, pero las labores y las condiciones reales del desarrollo del servicio hacen que se den los presupuestos para ser considerada una relación laboral. Sin embargo, Cuando exista alguna duda entre que vinculación emplea una entidad para el ejercicio de sus funciones, se presumirá que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado que “Si existe siquiera como posibilidad la atribución para que el patrono de órdenes y para el trabajador la obligación correlativa de acatarlas hay subordinación jurídica que es nota distintiva del contrato de trabajo”.

En cuanto a la reglamentación legal, tenemos que el contrato de prestación de servicios profesionales, es el contrato más utilizado por las entidades del Estado, cuya regulación se encuentra consignada en la ley (Numeral 3, artículo 32 Ley 80 de 1993 y Decreto 2170 de 2002) de la siguiente manera:

“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”².*

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 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”.*

² Numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 del estatuto general de Contratación Administrativa

Así las cosas, claro está que el referido es un contrato mediante el cual se vincula una persona natural en forma excepcional con el único propósito de suplir actividades o labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar actividades especializadas que no puede asumir el personal de planta, aclarándose que si bien con el Contrato se materializa una relación contractual entre la entidad estatal y la persona natural, no se admite el elemento de subordinación de parte del contratista, toda vez que este actuara como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual.

En el ámbito jurisprudencial, como punto de referencia respecto al Contrato de Prestación de servicios y las Nóminas Paralelas en las entidades públicas la Corte Constitucional (Sentencia C-094 de 2003), se pronunció sobre la demanda inconstitucionalidad del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Norma que al tenor expresa:

Artículo 48. Faltas gravísimas. *Son faltas gravísimas las siguientes:*

29. *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.*

El actor argumenta que *“La norma demandada carece de la claridad y precisión exigible a todo tipo disciplinario pues eleva a falta de esa índole el que el objeto del contrato de prestación de servicios recaiga sobre el cumplimiento de funciones propias de la administración, desconociendo que esa situación es un elemento ineludible de los contratos de prestación de servicios. También considera como elemento del tipo el que la función requiera dedicación de tiempo completo cuando ésta puede ser una exigencia de la labor contratada. Finalmente, genera confusión en cuanto al alcance de las excepciones consagradas pues se ignora si de acuerdo con ellas se pueden celebrar contratos de prestación de servicios caracterizados por la subordinación del contratista a pesar de que ella no es permitida por el régimen contractual”*.

Sin embargo, el Alto Tribunal Argumento lo siguiente:

“El legislador, debido a la proliferación de nóminas paralelas, ha decidido calificar la suscripción de contratos de prestación de servicios que desvirtúen su naturaleza para ocultar verdaderas relaciones laborales como una falta gravísima y ello constituye una herramienta efectiva para combatir esa clase de prácticas y prevenir la violación de los derechos de las personas que puedan ser afectadas con esa clase de contratos”³.

Así las cosas, la norma demandada es exequible pues en muchas ocasiones la administración ha hecho uso del contrato de prestación de servicios para encubrir verdaderas relaciones de trabajo y generar así una nómina paralela con personal vinculado sin agotar el trámite previsto en la Constitución y la ley. Por lo tanto, la falta disciplinaria es legítima y constituye una herramienta efectiva para combatir esa clase de prácticas; de allí que la falta se estructure a partir de la suscripción de contratos de prestación de servicios que desfiguren su naturaleza como contrato administrativo y que a su amparo generen relaciones laborales.

Adicionalmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional (Sentencia C-614 de 2009) expone lo siguiente frente al tema sub examine:

“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

³Ibidem.

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”.

(...)

*“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 outsourcing, 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”.

Realizado el análisis jurisprudencial, claro está que en diversas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que el trabajo goza de amplia protección en la Constitución y, en palabras del Alto Tribunal *“se define su naturaleza jurídica a partir de una triple dimensión: como valor fundante del Estado Social de Derecho, como principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social del Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador, y como un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social”.*

Con ello, los altos tribunales en pro de salvaguardar los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales; y en busca del cumplimiento del ordenamiento legal ha creado diversos mecanismos con el fin de evitar la proliferación de Nominas Paralelas y es aquí, donde al Ámbito Disciplinario juega un papel importante, al sancionar y con ello evitar la renuencia de las referidas prácticas.

El marco de configuración de la falta disciplinaria no está determinado por todo el ámbito de los contratos de prestación de servicios sino únicamente por aquellos cuyo objeto involucre el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, es decir, ejercicio de potestad pública o autoridad estatal.

Con ocasión de la suscripción de un contrato, independientemente de la denominación que se le dé, se puede crear una relación caracterizada por los elementos que permiten presumir la existencia de un contrato de trabajo; ello generaría un incumplimiento a los deberes y una vulneración al Ordenamiento Jurídico que daría lugar a una posible sanción disciplinaria. El legislador debido a la proliferación de nóminas paralelas ha decidido calificar, al tenor del numeral 29 del Art. 48 de la Ley 734 de 2002, la suscripción de contratos de prestación de servicios que oculten verdaderas relaciones laborales como una Falta Gravísima; la cual constituiría una herramienta efectiva para combatir esta clase de prácticas que podrían generar graves implicaciones para el Estado como lo son la Violación de los derechos de las personas; la generación de relaciones laborales que involucran el desconocimiento del régimen de contratación estatal; el Desconocimiento de múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública; la Vulneración del régimen laboral al propiciar la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública; el Desconocimiento del régimen presupuestal al prever cargos remunerados que no están contemplados en la respectiva planta de personal y el pago de sumas cuantiosas promovidas por demandas y como consecuencia de esas relaciones laborales irregularmente generadas que generarían un grave detrimento patrimonial al Estado.

La Corte Constitucional ha manifestado que “Pese a que el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se desprende que el contrato de prestación de servicios puede tener por objeto suplir necesidades de las entidades públicas en la ejecución de sus funciones administrativas requeridas para el debido funcionamiento del organismo, éste no puede ser utilizado para crear vinculación laboral con la administración sin que se haya agotado el trámite requerido por la Constitución y la ley. Por lo tanto, quien obra en forma contraria a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, incurre en desconocimiento de sus deberes y debe responder disciplinariamente por su conducta”.

Con base en el argumento jurisprudencial transcrito, el legislador debido a la proliferación de nóminas paralelas ha decidido calificar, al tenor de la Ley 734 de 2002, la suscripción de contratos de prestación de servicios, que desvirtúen su naturaleza para

ocultar verdaderas relaciones laborales como una Falta Gravísima de la siguiente manera:

“Artículo 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

29. 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”.

La tipificación señalada como falta gravísima, implicaría que el Servidor Público que suscribiera un contrato de prestación de servicios, con el objeto de ocultar una verdadera relación laboral y dando lugar así a las nóminas paralelas, podría caer incurso en una sanción de carácter Disciplinario por efectuar una omisión de sus deberes (Art. 34) e incurrir en las prohibiciones (Art. 35) señaladas en el Código Único Disciplinario.

Como consecuencia directa, al tenor del numeral 1 del Artículo 44 de la Ley 734 de 2002, el Servidor Público estaría sometido a la Destitución e Inhabilidad General (de 10 a 20 años) por incurrir de manera dolosa en la falta gravísima determinada en el numeral 29 del Artículo 48 de la norma sub examine; o podría caer incurso en una Suspensión (de 1 a 12 meses) en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (de 30 días a 12 meses) por incurrir culposamente en la conducta como lo establece el numeral 9 del Artículo 43 de la Ley 734 de 2002 y el numeral 2 del Artículo 44 de la norma sub examine. Aclarándose, que si la falta afecta el patrimonio económico del Estado, al tenor del inciso primero del Artículo 46 del Código Disciplinario Único, la inhabilidad será de carácter permanente. Lo enunciado, constituye una herramienta efectiva para combatir esta clase de prácticas que podrían generar graves implicaciones para el Estado en razón de la efectiva distorsión del contrato.

Así las cosas, claro está, que en cabeza del Juez Disciplinario radica la obligación de determinar si con el actuar de la Administración, al vincular a un trabajador mediante

contrato de prestación de servicios, se respeta o vulnera las disposiciones consagradas en el Código Único Disciplinario y por consiguiente la Constitucional Política. Colofón, la determinación y eventual configuración de la falta disciplinaria, debe realizarse teniendo en cuenta todos los elementos que la integran y no solo uno de ellos. Lo precedente en razón de que el tipo disciplinario consagrado en el numeral 29 del Artículo 48 de la Ley 734 de 2002 como Falta Gravísima requiere la consideración conjunta de los múltiples elementos que la conforman. A saber: 1. Que el sujeto disciplinable celebre un contrato de prestación de servicios con la voluntad de en el ocultar un vínculo laboral legamente constituido; 2. Que el objeto del contrato sea el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad y no el cumplimiento de funciones públicas o administrativas de carácter transitorio; 3. Que esas funciones giren en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo; 4. Que las funciones a desempeñar impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista; y 5. Que no se trate de una excepción legal. Es así, como el operador Disciplinario en busca de su cometido, analizara la vulneración conjunta de cada uno de estos elementos con el fin posterior de tipificar la conducta que posiblemente dará lugar a una sanción en la óptica Disciplinaria.⁴

CONCLUSIONES

Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios es la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito. Por ello, un contrato de prestación de servicios que gire en torno a un objeto que implique la subordinación del contratista a la administración no es en verdad un contrato de esa índole sino una relación laboral.

⁴Fuentes:

- Código Disciplinario Unico -Ley 734 de 2002-.
- SENTENCIA C-094/03 Referencia: expediente D-4023 Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Bogotá, D. C., once (11) de febrero de dos mil tres (2003).

Las Nóminas Paralelas se han convertido en la estrategia adecuada para ahorrar las erogaciones correspondientes al pago de sueldos y prestaciones sociales. El origen de la proliferación indiscriminada abusiva que se hace en el sector público al igual que en la empresa privada del contrato de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios-OPS- parte de políticas globales; pero su fuerza radica en la ley, cuyo desarrollo y cumplida ejecución cumple a cabalidad la administración. Sólo la jurisprudencia y la doctrina en algunos casos, han servido de frenos para detener los efectos nocivos que causa la irregular contratación de prestación de servicios, de manera general sobre la función pública y en concreto sobre los derechos de los servidores del Estado.

Excepcionalmente, la Administración bajo autorización expresa de la ley, puede haber efectuar la suscripción de contratos de prestación de servicios bajo circunstancias especiales; sin embargo no puede existir el abuso de esta figura contractual. Es por ello que la falta disciplinaria gravísima se configura no por la suscripción de un contrato de prestación de servicios sino por el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos. Y es por ello, que los contratos de prestación de servicios son un instrumento legítimo de la administración para la realización de sus fines, y su sola celebración no tiene por qué constituir una falta disciplinaria, pues ella sólo se tipificaría cuando concurre la totalidad de las irregularidades previamente señaladas. Concluyéndose que la finalidad de la norma Disciplinaria es evitar la suscripción indiscriminada de contratos de prestación de servicios que generen nóminas paralelas y la lesión de los derechos constitucionales de los trabajadores.

En Colombia, la manera de gestionar el recurso humano se aleja severamente de lo que la Constitución del 91 había dispuesto que idealmente fuese la función pública. Los empleados del Estado, encargados de realizar las funciones administrativas en el marco de un régimen laboral, han sido paulatinamente relevados, reemplazados y finalmente desplazados por el uso descontrolado de los llamados “contratos de prestación de servicios”, que por su naturaleza puede, legalmente utilizarse solo de

manera excepcional para facilitar y contribuir al cumplimiento de los fines del Estado. En los últimos gobiernos, se ha abusado de la utilización de los contratos de prestación de servicios, dándole una aplicación generalizada, definitivamente evadiendo los límites de la excepcionalidad y temporalidad con que fue concebida dicha figura, al punto de hallar que en la gran mayoría de las entidades estatales de cualquier orden territorial, como entidades descentralizadas y las industriales y comerciales que se rigen por normas administrativas, el número de contratistas sobrepasó con creces al número de empleados de planta.

La jurisprudencia de las altas cortes ha puesto de presente, que la proliferación de nóminas paralelas es una práctica violatoria del ordenamiento jurídico superior; y la normatividad disciplinaria existente para evitar la referida situación se ajusta a la Ley, toda vez que el fin mismo no es la discriminación del contrato, sino más bien la regulación y buena práctica del mismo.

Resumiendo, se tiene hasta el momento un panorama de la función pública colombiana de las siguientes características: en primer lugar, la coexistencia del sistema de patronazgo y clientelismo político al lado de algún grado de meritocracia, tanto en la legislación como en gestión del recurso humano profesional; en segundo lugar, un persistente fracaso en la instauración del sistema de carrera administrativa, y a la vez, grandes dificultades para impulsar la política de profesionalización del servicio civil; en último lugar, una constante desaplicación y omisión de las normas establecidas por la Constitución del 91 en esta materia, sin que al respecto las instancias competentes, en este caso, la propia Comisión Nacional del Servicio Civil, procuraduría general de la nación y otros entes de control hayan investigado, mencionado y finalmente sancionado a los responsables de tales acciones omisiones y desacatos, por lo que esta inveterada y muy arraigada practica ha conllevado a su persistencia en el tiempo y a la vez al determinar realmente una verdadera relación laboral a que se acuda en grandes cantidades a la justicia administrativa para que se les reconozca esta relación, lo que finalmente repercute en un detrimento patrimonial para las entidades estatales.

La existencia de las Nóminas Paralelas presenta un desgaste efectivo para la administración; y a pesar de la normatividad disciplinaria que pretende reducir la aplicación de estas prácticas se presenta en la actualidad una amplia concurrencia de las mismas, que requiere, en proporción al detrimento patrimonial una mayor vigilancia para una correlativa sanción, ajustada a derecho, que disminuya paulatinamente la práctica de las mismas hasta el punto tal, de que la referida figura sea extinguida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1150 de 2007.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993.

Caldas, J. E. (1994). *Elementos de derecho administrativo colombiano*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

Pellicier, A. B. y Rubio, M. G. (2004). *Curso de derecho administrativo laboral. Segunda edición*. Valencia España: Tirant lo Blandí.

Buitrago, J. (2009). *Del empleo público, la carrera administrativa y sus amenazas. Un reto para la democracia*.

Castaño, O. A. (1995). *Derecho administrativo general. Sexta Edición*. Medellín: Abogados Librería.

Sentencia C-154 de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara (Corte Constitucional, 1997).

Sentencia C-209 de 1997. MP. Hernando Remera Vergara (Corte Constitucional Abril 24, 1997).

Sentencia C-094 de 2003. Expediente D-4023. MP. Jaime Córdoba Triviño. (Corte Constitucional Febrero 11, 2003).

Sentencia C-614 de 2009. Expediente D-7615. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Corte Constitucional Sala Plena Septiembre 2, 2009).

Vera, J. B. (2000). *La administración inspectora. En: El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Martín Mateo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, p. 1253 y ss.

Martínez, J. C. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons.

Perilla, V. D. (2005). *Una mirada al Estado postmoderno de Jaques Chevalier. En temas de Derecho administrativo contemporáneo*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario. P. 433 – 435.

Fernández, X. F. (2002). *La provisión de puestos de trabajo en la administración general del Estado*. Madrid: INAP - Instituto nacional de administración pública.

Hernández, P. A. (2004). *Bases constitucionales de función pública: Empleo público*. Bogotá D.C.: Gustavo Ibáñez.

Rodríguez, P. L. (2003). *Manual de derecho contencioso administrativo, control fiscal y jurisdicción coactiva*. Bogotá D.C.: Legis.

Garrido, J. O. (2005). *Tratado de derecho administrativo laboral*. Bogotá D.C.: Doctrina y ley. p. 329

Ricci, J. P. (2005). *El Régimen Jurídico de los Contratos estatales*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.