

¿"FRENO EN SECO" A LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON ENTIDADES PÚBLICAS?: REALISMO MÁGICO EN CLAVE DE DISCURSO POLÍTICO

El realismo mágico en América Latina se define como un género literario que incluye situaciones ficticias y elementos fantásticos, pero que son presentados como cotidianos dentro de la realidad de los personajes de las obras. El divorcio entre el discurso político y la realidad es otra característica evidente del estilo narrativo, expuesto por Gabriel García Márquez a la perfección en su obra *Cien años de Soledad*. Este artículo pretende ilustrar cómo las intenciones políticas del actual gobierno nacional de "frenar" los contratos de prestación de servicios con entidades estatales resulta un clásico ejemplo del realismo mágico en clave de discurso político, que, desde el punto de vista jurídico y económico, resulta en el corto plazo inviable para el buen funcionamiento del aparato del Estado.

Desde la candidatura para la presidencia del 2018, el hoy presidente Gustavo Petro proponía que las personas con contrato de prestación de servicios se transformarían a trabajadores de planta. En un Tweet del 26 de mayo de 2018¹ señaló: "Quienes tengan contrato de prestación de servicios en el actual gobierno nacional serán laboralizados en plantas de personal para seguir el servicio público en mi gobierno". Esta propuesta se mantuvo en el Programa de gobierno de la Colombia Humana: Potencia Mundial de la Vida en cuyo punto 2.4.5. Pacto por el trabajo indicó: "Impulsaremos un estatuto del trabajo que garantice el derecho fundamental al trabajo digno, decente y seguro que incluya (...) a los trabajadores contratados mediante Órdenes de prestación de Servicios y demás formas temporales". Posesionado el presidente Petro en el foro 'Retos de la formalización laboral en Iberoamérica' en octubre de 2022 aseguró: "El contrato de prestación de servicios debe pasar a la historia"² Más allá de los anuncios políticos, analicemos el marco normativo con el que el actual gobierno nacional ha pretendido materializar sus intenciones, para determinar si existe o no un realismo mágico en sus propuestas desde un punto de vista jurídico.

El Gobierno de la Colombia Humana emitió el 17 de septiembre de 2022 la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, en la cual dispuso que las entidades públicas solo podrán celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión cuando estos sean estrictamente necesarios por el volumen de trabajo que tenga a su cargo su planta de personal o por la necesidad de conocimientos especializados. Función Pública presentó posteriormente el Plan Nacional para la Formalización Laboral del Empleo Público en Equidad para el 2023. Así, emitió la Circular Conjunta 100-005 del 29 de diciembre de 2022 en la que fijó los lineamientos del Plan de Formalización del Empleo Público en Equidad-Vigencia 2023. En esta circular se ordena en su numeral tercero que:

¹ Véase <https://twitter.com/petrogustavo/status/1000470141866475520?lang=es>

² Véase ["El contrato de prestación servicios debe pasar a la historia": Presidente Petro \(caracol.com.co\)](https://caracol.com.co/El-contrato-de-prestacion-servicios-debe-pasar-a-la-historia-20221001)

“La contratación directa a través del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión deberá tener un término de duración de cuatro (04) meses, plazo este durante el cual los órganos, organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial deberán elaborar los estudios técnicos requeridos y establecer la planta temporal de personal necesaria y suficiente que supla las necesidades misionales y administrativas que se requieran.”

Luego, Función Pública emitió la Circular Conjunta No. 01 del 5 de enero de 2023 mediante la cual profirió lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios para la vigencia 2023. En esta circular la entidad reiteró el plazo máximo de los cuatro meses de duración de los contratos de prestación de servicios con entidades estatales del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y Territorial. Sin embargo, contempló cuatro excepciones a la regla general: a) cuando la entidad tenga la necesidad de contar con una experticia o conocimiento especializado en una materia determinada; b) cuando la persona natural goce de estabilidad ocupacional reforzada; c) cuando el contrato este celebrado con una persona jurídica y d) cuando los contratos sean celebrados para el desarrollo de actividades no vinculadas a funciones permanentes financiados con recursos de proyectos de inversión.

Los contratos de prestación de servicios profesionales parten de la fuente normativa contemplada en el artículo 209 de la Constitución Política. Esta norma creó en 1991 la regla en Colombia que la función administrativa se desarrolla, entre otras, mediante la desconcentración de funciones. Esta figura permite que el Estado, para ejecutar sus deberes, puede garantizar la prestación eficiente de sus actividades a través de particulares. El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula la figura y señala dos requisitos para su celebración con personas naturales: que las actividades no puedan realizarse con personal de planta y/o requieran conocimientos especializados. Además, esta norma indica que en ningún caso estos contratos general relaciones laborales ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 declaró exequibles las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta o” y “en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales” contenidas en la norma citada, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada. De antaño, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo y en caso de un abuso de las formas jurídicas, la administración estará obligada al pago de la respectiva indemnización.³

De esta forma, para la celebración de contratos de prestación de servicios con el estado, el vínculo debe estar definido en su necesidad por insuficiencia de planta

³ Sentencia C-056 de 1993. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

de personal o de conocimientos especializados en una materia específica. Considerando lo anterior: ¿existe alguna diferencia de lo planteado en la ley y en la

jurisprudencia de la Corte frente a las nuevas directrices del Gobierno Nacional? En mi opinión, los lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios se quedarán en buenas intenciones, porque las excepciones contempladas en la Circular Conjunta No. 01 de 2023 terminarán convirtiéndose en la regla general. Recordemos que dentro de los lineamientos contemplados en la circular dispone que “en aquellos casos en los que exista la necesidad de contar con una experticia o conocimiento especializado en una materia determinada, con el que no se cuenta en la planta de personal, se podrán suscribir contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión por un plazo mayor a los cuatro (4) meses antes señalados...”. Por lo tanto, basta que la entidad pública exprese las razones motivadas por las que se opta por un plazo de ejecución mayor a los cuatro meses, en lugar de la creación de un empleo de planta temporal, para que tenga plena validez y se permita su ejecución.

Los lineamientos del gobierno actual para “frenar” los contratos de prestación de servicios son un buen ejemplo de cómo el realismo mágico vive en el contexto político colombiano. Por supuesto, que estas directrices reflejan una realidad en Colombia que la sociedad ya conoce: existe un abuso de la figura jurídica del contrato de prestación de servicios en las entidades del Estado. Sin embargo, los lineamientos se entremezclan con elementos de típicos de ficción basados en una falta de información verídica, tales como: 1) otorgar un plazo irrisorio de cuatro meses para que las entidades estatales desarrollen las acciones necesarias para determinar, crear y proveer la planta de personal necesaria y suficiente para suplir las necesidades misionales y administrativas que han sido provistas a través de contratos de prestación de servicios ;2) emitir estos lineamientos sin un estudio serio de la cantidad de contratistas y de su real necesidad para el buen funcionamiento del Estado; 3) el gobierno nacional no tiene un estudio consolidado del costo que representará para las finanzas del estado la transición en cuatro años. Recordemos que la remuneración de un empleado público incluye: asignación básica, prima de antigüedad, gastos de representación (si aplica para el cargo), prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, subsidio de alimentación (para el nivel 1 asistencial), auxilio de transporte (si aplica) y prima de riesgo (si aplica). Lo anterior en comparación a los honorarios mensuales que devenga un contratista del Estado. Por último, 4) desconoce que la Constitución, la Ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado permiten válidamente celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, siempre que se respeten sus criterios.

A modo de cierre, es conocida la admiración que tiene el presidente Gustavo Petro acerca de 'Gabo', al punto que se ha comparado con el premio Nobel de Literatura.⁴ Sin embargo, un tema tan delicado como la transición de los contratistas del estado al empleo público requiere un debate profundo y riguroso, basado en estudios académicos y cifras reales, que a la fecha desconocemos. Las finanzas públicas y el buen funcionamiento del Estado están en juego, si dejamos que el realismo mágico se apodere de ellos. El problema no radica en la figura del contrato de prestación de servicios, sino en la forma como algunas entidades han abusado de la figura.

Por: Néstor Julián Sacipa Lozano

nsacipa@scolalegal.com

6 de febrero de 2023

⁴ A modo de ejemplo véase <https://www.pulzo.com/elecciones-2022/gustavo-petro-vuelve-comparar-con-gabriel-garcia-marquez-estoy-punto-PP1524720> o <https://www.semana.com/confidenciales-semanacom/articulo/la-revelacion-de-gustavo-petro-acerca-de-gabo/449688-3/>