

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUS EFECTOS  
COMO FORMA DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO

ROBERTO LEÓN SUÁREZ  
JORGE ANDRÉS TRIANA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ D.C.  
2012

CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUS EFECTOS  
COMO FORMA DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO

ROBERTO LEÓN SUÁREZ  
JORGE ANDRÉS TRIANA SALAMANCA

Artículo de reflexión

DR. JAIRO SANDOVAL CARRANZA

Asesor temático.

DR. DIEGO ESCOBAR

Asesor Metodológico.

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BOGOTÁ D.C.

2012

## **Resumen**

El Contrato Estatal de Prestación de Servicios con persona natural crea la posibilidad para la Administración de vulnerar los principios constitucionales de primacía de la realidad, responsabilidad e igualdad, necesariamente por la vaguedad y ambigüedad que presenta la definición legal establecida en la Ley 80 de 1993. El objetivo del presente artículo es mostrar cómo existiendo una figura de vinculación denominada “Empleo Temporal”, regulado por la Ley 909 de 2004, las entidades recurren a las órdenes de servicio para suplir necesidades abriendo la posibilidad de vulnerar derechos laborales, aspectos que se reflejan, por ejemplo, en las llamadas “*nóminas paralelas*”, lo que, sin lugar a dudas, pone en entredicho la transparencia pública.

## **Palabras claves**

El Contrato estatal, nóminas paralelas, empleo temporal, principios, primacía de la realidad.

## **Abstract**

The Government Contract for the provision of services with natural person creates the possibility for the administration of violating the constitutional principles of the primacy of the reality, responsibility and equality, necessarily by the vagueness and ambiguity that presents the definition established legal and In Law 80 of 1993. The objective of the present article is to show how there is a figure of link called. "Temporary Employment", which is regulated by the Law 909 of 2004, the entities continue to rely on the orders of service to meet needs of the entity by opening the possibility to violate labor rights, aspects that are reflected for example in the so-called parallel payroll, which undoubtedly puts into question the public transparency.

## **Key Words**

The government contract, parallel payroll, temporary employment, principles, primacy of reality.

## Introducción

La aplicación del Contrato de Prestación de Servicios con persona natural regulado por la Ley 80 en su artículo 32, presenta la posibilidad para la Administración Pública de desconocer los principios de primacía de la realidad e igualdad, puesto que debido a vaguedades y ambigüedades en su mismo texto, la interpretación de la norma y su aplicación puede estar equivocada cuando se posibilita por vía de contratación directa sin acto de justificación alguno, contratar personas naturales con el fundamento de no poder cumplir con las funciones, el personal de planta disponible o cuando la labor ha de ser especializada.

Esta situación, vista en contexto, puede generar dos circunstancias perjudiciales:

1.) Quien lo suscribe (contratista), estaría frente a un contrato realidad, al no habersele reconocido las prestaciones sociales debidas; entonces, la administración puede llegar a responder por lo percibido y dejado de pagar. 2.) Se puede vulnerar el principio de igualdad porque al desconocer la primacía de la realidad estaría dando un trato diferente a dos personas que deberían verse en un contexto similar. Para éste último caso se revisará la situación laboral con el Estado regulada por la Ley 909 de 2004, denominada: empleo temporal.

El artículo se desarrolla en tres apartes, dentro de los cuales se buscará dejar la reflexión acerca de la utilidad del Contrato de Prestación de Servicios y su aplicación en la Administración Pública.

En el primer aparte, se define el Contrato de Prestación de Servicios y el Empleo Temporal desde fuentes como la jurisprudencia, la doctrina y la misma ley. Sobre el tema legal, se analizarán las vaguedades o ambigüedades que puede tener el concepto de "*prestación de servicios*", (no poder cumplir con las funciones del personal de planta disponible, que la labor sea especializada y por el término

estrictamente indispensable). A través de un estudio exegético-histórico<sup>1</sup> se indagará en la Ley 80 de 1993, acerca de la génesis de éste concepto; adicionalmente con el método empleado se examinará la Ley 909 de 2004 para entender la forma en que el Legislador concibió el empleo temporal, así mismo las consecuencias que trajo el exceso de las llamadas órdenes de servicio.

En el segundo aparte, se profundiza en torno a los principios constitucionales de primacía de la realidad, la responsabilidad en sus diferentes acepciones verificando diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el empleo temporal, utilizando desde la investigación jurídica en aplicación del análisis semántico, gramatical y lógico, con la doctrina, normatividad y jurisprudencia auscultando algunos *obiter dicta*, para llegar a concluir sobre el punto, por medio de la integración por inducción.

Finalmente, se realiza un estudio del principio constitucional de igualdad utilizando los métodos enunciados, para las fuentes que se trabajarán, aplicando el test integrado de igualdad con el objetivo de verificar si hay vulneración de este principio, haciendo la comparación del contrato de prestación de servicios con el empleo temporal. Es decir, si existe una razón suficientemente válida, a luz de la Constitución Política de Colombia, que justifique el trato diferente que recibe quien se encuentra vinculado con la administración en estricto sentido, frente a quien ejerce su labor como contratista de prestación de servicios.

De acuerdo con tratados internacionales de protección a los trabajadores que ingresan al Bloque de Constitucionalidad, por el artículo 93 de la Carta Política, se ha protegido el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre las partes, la garantía del principio y derecho de igualdad. Por ejemplo, en materia de las prerrogativas en seguridad social, los límites en materia

---

<sup>1</sup> GIRALDO ANGEL JAIME. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Novena Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2002. Página XV.

de responsabilidad disciplinaria y contra el Estado, puesto que no se puede permitir vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores e incluso del mismo interés general por la aplicación indebida de la figura del contrato de prestación de servicios establecido por el Derecho Civil, en consecuencia, ocultando una verdadera relación laboral.<sup>2</sup>

Incluso, el Ministerio del Trabajo, propuso reducir al máximo los contratos de prestación de servicios para incorporarlos en la planta de personal de las entidades: “ *evitar el uso abusivo de las órdenes de prestación de servicios en el Estado*”<sup>3</sup> , según un Comunicado Oficial; al plantear esa opción es porque posiblemente cumplen con funciones similares pero son tratados de manera diferente, incurriendo en el fenómeno de las nóminas paralelas, con la consecuente responsabilidad derivada.

## **1. NATURALEZA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SU SIMILITUD CON EL EMPLEO TEMPORAL.**

### **1.1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en la definición y tipos de contratos estatales, establece en su numeral 3:

*“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*

---

<sup>2</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, 2012. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1B). Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Primera edición 2012. Pag. 345.

<sup>3</sup> <http://www.portafolio.co/economia/nominas-paralelas-las-empresas-desbordan-las-planta>. Consultado el 8 de Septiembre a las 8:30 p.m.

*cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados*. (Subrayado fuera de texto).

*“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”* (Subrayado fuera del texto).

Esta definición parte de conceptos adoptados en la legislación colombiana. El Decreto Ley 150 de 1976 en su artículo 138 derogado por el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, define el contrato de prestación de servicios:

*“Artículo 163: Se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta*. (Subrayado fuera del texto)

*No podrá celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.*

*Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante”.*

Es importante precisar que esta norma contemplaba una clasificación primigenia del contrato de prestación de servicios, incluso en el artículo siguiente:

*“ARTÍCULO 164: Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de*

*datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares”.*

Bajo el sustento normativo actual, el Contrato de Prestación de Servicios es un tipo contractual que realiza la Administración Pública con una persona natural o jurídica con el propósito de que ésta última desarrolle una labor de apoyo relativa a las funciones de la entidad. Ahora bien, si al hablar de persona natural únicamente, el contrato nace a la vida jurídica cuando éstas labores no puedan realizarse por el personal de planta y se requieran conocimientos especializados.

Sin embargo, este desarrollo normativo de carácter histórico permite señalar que no podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, entendiendo éstas como aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante.

De éste análisis, al menos para el año 1983 con el Decreto 222, se puede colegir la existencia de elementos importantes para determinar las diferencias entre un contrato de prestación y uno de carácter laboral con el Estado, en el entendido que, limitaba el desarrollo del contrato de prestación de servicios cuando se trataba del ejercicio de funciones administrativas.

Celso Torrado citando a Carlos Eduardo Naranjo en los comentarios al estatuto de contratación de la administración pública, señala:

*“los contratos de prestación de servicios son aquellos contratos que desarrollan actividades propias de la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que colabore, mejore o ayude con el giro ordinario de las actividades de la entidad estatal en operaciones manuales e incluso intelectuales, como ocurre como el mandato judicial”.*<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> TORRADO Celso en “Trabajo de investigación EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS VIA FRAUDE LABORAL EN LAS ENTIDADES ESTATALES (Universidad de la Sabana Instituto de Posgrados- Bogotá 2011) citando a Carlos Eduardo Naranjo, ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN, página 5

La Corte Constitucional en Sentencia precisó que:

*“un contrato de prestación de servicios es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”<sup>5</sup>*

De igual forma el Consejo de Estado, aclaró que ni el Código Civil, ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, *puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado.*<sup>6</sup>(subrayado fuera de texto).

El mismo Consejo de Estado definiendo el Contrato de Prestación de Servicios exteriorizó:

*“aquel que se celebra con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con el cumplimiento de funciones adscritas a la entidad pública contratante.”<sup>7</sup>*

La realidad es que en la legislación vigente, quedan algunas dificultades de interpretación y aplicación al no estar suficientemente desarrolladas normativa y jurisprudencialmente las expresiones: *“no puedan realizarse con personal de planta”, “requieran conocimientos especializados”* y *“se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

---

<http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/223/1/Celso%20Torrado%20Lopez.pdf>. Consultado el 18 de Septiembre de 2012 a las 9:46 p.m.

<sup>5</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente HERRERA VERGARA HERNANDO. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el 14 de Septiembre de 2012 a las 9:00 p.m.

<sup>6</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sentencia sección primera, expediente 1323, del 16 de mayo de 1991. Magistrado Ponente RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ LIBARDO. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co). Consultado el 10 de Septiembre a las 3:00 p.m.

<sup>7</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sentencia expediente 7660 del 1 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ LIBARDO. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co). Consultado el 11 de Septiembre a las 3:00 p.m.

## 1.2 ANÁLISIS NORMATIVO HISTÓRICO

Según el contexto histórico en el que se presentó dicho contrato, se encontraron los antecedentes normativos desarrollados por el Congreso de la República, más exactamente en los debates suscitados en plenarias de Cámara y Senado, respecto del Estatuto General de la Contratación Estatal, Ley 80 de 1993.

El primer proyecto de ley radicado en Secretaría de Senado con el No. 09 del 5 de mayo de 1992, dijo sobre el Contrato de Prestación de Servicios:

*“Artículo 92: Contrato de prestación servicios.*

*Para los efectos del presente Estatuto se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo del organismo contratante cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.*

*No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas salvo autorización expresa de la Secretaria de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.*

*Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas en todo o en parte a uno o varios empleos de planta del Organismo Contratante.”<sup>8</sup>*

*“Artículo 93: Clases de Contratos de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios entre otros: los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud, distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.*

---

<sup>8</sup>Colombia. Gaceta del Congreso de la República No. 14 de 1992. Página 7.

*Los contratos de consultoría no quedan sujetos a las normas de los contratos de prestación de servicios*<sup>9</sup>

*“Artículo 94: Contratos de prestación de servicios técnicos o científicos. Los contratos de prestación de servicios también podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico o científico.*

*Estos contratos no podrán celebrarse por un término superior a cinco (5) años incluidas las prórrogas, si las hubiere.*

*Artículo 96: Remuneración por servicios de personas naturales. Las personas naturales vinculadas con contrato de prestación de servicios, solo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos en ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.”*<sup>10</sup>

No obstante, pese al desarrollo tan importante que estaba adquiriendo el Contrato de Prestación Servicios, el proyecto de ley presentado en su inicio no fue considerado para la consolidación del trabajo final por parte del Congreso.

El proyecto de Ley No. 149 de 1992, de Cámara y Senado, fue el que recogió finalmente el espíritu de la norma, en lo tocante al tema de la Contratación por Prestación de Servicios, consignándolo en lo que hoy es la Ley 80 de 1993, así:

*“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:*

*1...*

*2...*

*3. Contrato de prestación de servicios.*

---

<sup>9</sup>Colombia. Gaceta del Congreso de la República No. 14 del 5 de febrero de 1992. Página 7.

<sup>10</sup>Ibidem.

*Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad cuando las mismas 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.”<sup>11</sup>*

Sin lugar a dudas, las discusiones en el Congreso modificaron la definición del Contrato de Prestación de Servicios, arribando a la conocida hoy. Cabe anotar que la misma definición fue adoptada desde un principio en las primeras ponencias de las corporaciones respectivas tanto de Senado como de Cámara, lo que denota un consenso general frente al tema, pero sin ninguna justificación del cambio en la disposición normativa.<sup>12</sup>

Sin embargo, llama poderosamente la atención el hecho que en el proyecto inicial,<sup>13</sup> se hiciera un análisis detallado y una exposición más extensa acerca del contrato de prestación de servicios evitando vaguedades y ambigüedades legales, pero como se mencionó, en el proyecto de ley final, es decir, el 149 de 1992, el legislador consigna este concepto como una modalidad dentro del marco de los contratos estatales dando a título enunciativo un significado resumido sobre lo que se debe entender por tal.

En punto de discusión sobre el tema, es igualmente importante mencionar que en todas las ponencias realizadas, tanto en Senado como en Cámara, bajo el título de contratación estatal, se profundizó sobre los temas relativos a las modalidades de contratación existentes pero, en cuanto al Contrato de Prestación de Servicios, no se presentó ninguna discusión.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Colombia. Gaceta del Congreso No. 145 del 21 de Mayo de 1993 página 8.

<sup>12</sup> Al res pecto sobre este punto, véase Gaceta del Congreso No. 75 del 23 de septiembre 1992. Página 6

<sup>13</sup> Se habla del proyecto de ley No. 09 del 5 de mayo de 1992.

<sup>14</sup> Colombia. Gaceta del Congreso No. 145 del 21 de Mayo de 1993. Páginas 3 y 4, “Ponencia para segundo debate Senado- Cámara, Colombia. Gaceta del Congreso No. 141 de 1992. Página 4 “Ponencia para primer debate Senado-Cámara.

Frente a la definición legal, quedan interrogantes: ¿la actividad no puede realizarse con personal de planta de la entidad porque éstos tienen mucho trabajo o porque no son funciones establecidas a un cargo determinado en la entidad?; ¿a qué se hace referencia cuando se habla de conocimientos especializados o específicos?; ¿se refieren estos a la función o al cargo?; por último, ¿qué se entiende por el término “*estrictamente indispensable*”?

Surge entonces una dicotomía entre los diferentes contratos por los cuales el Estado integra una relación laboral con una persona natural, cuáles si, cuáles no y cuál puede ser la diferencia real a fin de no actuar caprichosamente como Administración pudiendo vulnerar derechos fundamentales, desconociendo el marco constitucional colombiano.

Los anteriores cuestionamientos han posibilitado a la Administración Pública el vincular personas por medio de Contrato de Prestación de Servicios cuando las características de sus obligaciones contractuales, se asemejan más al principio de “*primacía de la realidad*” sobre las formalidades establecidas entre las partes, pues cumplen con los tres elementos establecidos en la ley laboral ampliamente desarrollados por la Jurisprudencia configurándose una relación laboral de este tipo.

Sumado a esto, se tiene el agravante de estar vulnerando el principio de responsabilidad, pues no hay un panorama claro, incluso constitucionalmente, sobre los parámetros para la protección a terceros y su misma responsabilidad disciplinaria.

### 1.3 EFECTOS DEL EXCESO EN LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

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.

Cuando surge el Contrato por Prestación de Servicios, con personal externo a la entidad buscando cumplir funciones, cuyos responsables son aquellos vinculados a través de un contrato laboral, denominados “personal de planta”, se está en presencia de una “*nómina paralela*”. En efecto a esa conclusión llegó la Auditora General de la República en una evaluación fiscal realizada a varias contralorías del país, en donde encontró que en el año 2006 existían 179 contratos de servicios por 3.704 millones de pesos y, en diciembre de 2009, ya había 1.003 contratos de servicios por 18.247 millones de pesos.<sup>15</sup>

Advirtió la Auditoría en el mencionado informe: “*Ello podría entonces configurar el traslado de la función pública de control a particulares contratistas*” y adicionalmente, que “*En la Contraloría no sólo se ha vuelto costumbre realizar contratos de prestación de servicios con propósitos similares a los que cumplen funcionarios de planta, sino también los contratos con objetos confusos de difícil seguimiento*”<sup>16</sup>, máxime cuando las nóminas paralelas son calificadas por el

---

<sup>15</sup> [www.semana.com](http://www.semana.com). Consultado el 8 de septiembre de 2012 a las 8:21 pm.

<sup>16</sup> *Ibidem*

Código Único Disciplinario como una “falta gravísima”, castigada hasta con la destitución y la inhabilidad permanente del funcionario responsable.

Aseguró además que la figura de órdenes de servicio como se le denomina comúnmente, es excepcional y temporal evidenciando un riesgo que implica que el personal externo a la entidad desarrolle labores consideradas misionales en cumplimiento del control fiscal, constituyéndose en “*nóminas paralelas*”.<sup>17</sup> Por otra parte, afirmó que hay más de 122 mil contratos de prestación de servicios. Según algunas cifras, las vinculaciones “paralelas” alcanzarían a ser el 30% de los empleados estatales, ya que hay nóminas, conocidas como “corbatas” donde los servidores prácticamente no tienen funciones, es decir, son favores políticos, situación ésta que da razones adicionales al porqué de los Contratos de Prestación de Servicios.<sup>18</sup>

Según un informe del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), en 21 sectores estatales hay 170.326 empleados en nómina y 34.657 vinculados con OPS. El mismo DAFP tiene 981 personas con contrato y 554 de planta; el sector de Protección Social, 2.499 y 21.732, respectivamente. Para el caso de Bogotá, en la Secretaría de Hábitat, 9 de cada 10 funcionarios son contratistas. En Movilidad, 3.4 de cada 10 funcionarios son contratistas, y en Cultura la relación es de 2.5 por cada 10.<sup>19</sup>

Es inexplicable seguir utilizando de la manera más inapropiada los contratos de prestación de servicios en perjuicio de los fines del Estado, corriendo el riesgo de que el funcionario sea sancionado con destitución e inhabilidad permanente en el ejercicio de funciones públicas. Las órdenes de servicios son una modalidad excepcional, pero se ha convertido casi en la regla general, incluso desconociendo

---

<sup>17</sup> Ibidem

<sup>18</sup> <http://www.elespectador.com/opinion/columna-298945-nominas-paralelas-innecesarias>. Consultada el 8 de septiembre de 2012 a las 9:27pm

<sup>19</sup> <http://www.portafolio.co/economia/nominas-paralelas-las-empresas-desbordan-las-planta>. Consulta 8 de Septiembre 8:30 p.m.

la Constitución Política de Colombia, buscando desvirtuar el mérito a los empleos del Estado.<sup>20</sup>

#### 1.4 EMPLEO TEMPORAL CON EL ESTADO.

Para tratar este tema, es necesario hacer referencia a la Ley 909 de 2004 que regula al sistema de empleo público, es decir la carrera administrativa y el establecimiento de los principios básicos que maneja la gerencia pública.

La misma ley indica que quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos o entidades de la administración, conforman la función pública.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley hacen parte de la función pública, los siguientes empleos<sup>21</sup>: los de carrera, por periodo fijo, libre nombramiento y remoción, y el empleo temporal.

En desarrollo de éste análisis, se pasará a una revisión de la Ley 909 de 2004 frente al empleo temporal, su naturaleza, definición, recogiendo la historia de su expedición, la exposición de motivos, las actas de los debates en plenaria de Cámara y Senado, así como las ponencias presentadas.<sup>22</sup>

Luego, en el texto definitivo del proyecto de ley No. 233 del 2004, Senado y Cámara, se observa ya la postura frente a la definición del empleo temporal, argumentando su creación en las necesidades que por razones del servicio deben

---

<sup>20</sup> COLOMBIA. Constitución Política de Colombia Artículo 125.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

<sup>21</sup> El Empleo Público lo define el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. Además presenta lo que debe tener cada Empleo de éste tipo en concordancia con el artículo 122 de la Constitución Política: Descripción de funciones, competencias, estudio y experiencia y la duración cuando se trate de empleos temporales y que estén contemplados en la respectiva planta de personal de la entidad y sus emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente.

<sup>22</sup> GIRALDO ANGEL JAIME. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Novena Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2002. Página XV.

cumplir las entidades, al carecer de personal que realice la labor, recurriendo a esta nueva figura:

*“ARTICULO 21. Empleos de carácter temporal.*

- 1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:
  - a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
  - b) ...**
- 2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.*
- 3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”*

El legislador establece desde un principio parámetros específicos, que ayudan a diferenciar cuando hay presencia de un empleo temporal.

De otra parte, respecto de las discusiones que se dieron en torno a dicho concepto, se destaca lo mencionado en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, en esta instancia se dijo:

*“El Título III del proyecto de ley regula la estructura del empleo público, dando como opción de ordenación el diseño de cuadros funcionales...”*

*Y, por último, en este Título como novedades se incluye también la posibilidad de crear empleos públicos temporales, lo que representará un instrumento de gran importancia para*

*flexibilizar las plantas de personal y poder hacer frente a programas coyunturales o necesidades transitorias de la administración, sin tener que acudir a la creación de nuevos empleos en la planta de personal.*<sup>23</sup> (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, en ponencia para segundo debate en Cámara en esta misma línea se expuso:

*“Artículo 21. Empleos de carácter temporal.*

*1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:*

*d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, en un mismo objeto o naturaleza, no superior a doce meses.*

*MODIFICACION. Se concreta el carácter excepcional de los empleos temporales, así como su término en el tiempo.*<sup>24</sup>

En términos generales, el sentido que el legislador quiso dar a la norma, es el carácter de transitoriedad de los empleos temporales, su creación en la ley obedece a unas razones específicas para unas tareas determinadas en la misma normatividad, circunstancias estas que a la postre fueron desarrolladas en el proyecto final y en la ley<sup>25</sup>.

De lo mencionado, se subrayan las diferencias del Contrato de Prestación de Servicios con el empleo temporal, pues en últimas pueden utilizarse para el mismo cometido; sin embargo, la ventaja estaría en que al aplicarse la figura del empleo temporal se protege el bienestar colectivo y no se estaría ante la posibilidad de

---

<sup>23</sup> Colombia. Gaceta del Congreso No. 267 de 2003. Página 12

<sup>24</sup> Colombia. Gaceta del Congreso No. 629 de 2003. Página 8.

<sup>25</sup> Al respecto sobre este punto y el desarrollo de los debates se puede ver Gaceta 290 del 2004, Páginas 2, 14, 25. Gaceta 232 de 2004 “Ponencia para Primer debate Senado”, Gaceta 599 de 2004 Página 5 Numeral 2, Gaceta 173 de 2003 “Proyecto de Ley 216 de 2003 Cámara. En esta secuencia de debates se observa la unidad de criterio frente al texto concebido y el tema del empleo temporal.

vulnerar derechos laborales a los contratistas vinculados, por la misma vaguedad legal, simplemente por aplicación errónea de estas modalidades de contratación.

Para optar por el empleo temporal se requiere que las funciones no las realice el personal de planta, que los programas o proyectos sean de duración determinada; no superior a doce (12) meses y que si, se suplen necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, sea determinada por hechos excepcionales. En contra posición, al aplicar el contrato de servicios hablamos de labores que no puedan realizarse con personal de planta, requieran conocimientos especializados y se celebren por el término estrictamente indispensable.

Es mucho más completo el desarrollo normativo del empleo temporal, que el de prestación de servicios, pese a ello, cabe la pregunta: ¿existe diferencia entre las dos modalidades? Incluso al establecer excepcionalidad en el desarrollo de funciones del personal de planta en los empleos temporales, resulta ser más garantista ésta figura que la de servicios, porque en el temporal se requiere una planeación y justificación, mientras que con la orden de servicios es posible contratar sin requerimiento especial, precisamente por ser un tipo de contratación directa con las facilidades ya comentadas, aunado a las vaguedades y ambigüedades legales.

#### 1.5 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL CONTRATO ESTATAL.

Es el momento para hablar de principios que pueden verse involucrados en éste análisis. En virtud del principio de transparencia, con fundamento en lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2474 de 2008, la convocatoria pública, a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos, constituye la regla general para la escogencia de contratistas. De forma excepcional, el ordenamiento jurídico permite que, en los casos expresamente señalados por el legislador, las entidades estatales no acudan a la regla general, sino a la contratación directa, de carácter

especial, por ende, de aplicación restrictiva, que se circunscribe únicamente a las causales del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En consecuencia, cuando una entidad pública defina la pertinencia de acudir a las causales de contratación directa previstas en la ley debe dejar constancia del análisis jurídico, técnico o económico que fundamenta tal determinación, en cumplimiento de la potestad estrictamente reglada del párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La justificación de la celebración directa de un contrato debe constar por tanto en los estudios previos correspondientes y en el acto administrativo exigido en el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008, documentos que además deben atender los requerimientos contemplados en el artículo 3 ibídem. Se trata, entonces, de deberes funcionales, cuya vulneración está severamente reprochada como faltas gravísimas en los numerales 30 y 31, del artículo 48, de la Ley 734 de 2002.

Empero, el acto administrativo de justificación no es obligatorio en Contratos de Prestación de Servicios profesionales, de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos, que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.<sup>26</sup>

Al tratarse este contrato, dentro de uno de los tipos específicos aclarados en la Ley 80 de 1993 como un *Contrato Estatal*, implica ello que su regulación se deriva de ésta naturaleza; no obstante ni siquiera con ésta premisa se sigue a cabalidad su esencia, pues no se atienden los criterios de planeación requeridos, como el análisis jurídico, técnico o económico; además del acto de justificación,<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación. Circular Conjunta 014 Para: Jefes o representante legales y ordenadores del gasto de entidades públicas sometidas al estatuto de contratación estatal a nivel nacional. Sandra Morelli Rico, Contralora General de la República. Iván Darío Gómez Lee, Auditor General de la República. Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la República. 1 de Junio de 2011. Consultado el 6 de Septiembre a la 10:45 a.m.

<sup>27</sup> <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=42991>. CIRCULAR CONJUNTA 014. PARA:

excluyendo la regla que es la contratación pública, en cambio cuando se es contratista de servicios hay rigurosidad de la autoridad estatal tratándose de situaciones como las cláusulas excepcionales.

## 1.6 AMBIGÜEDADES Y VAGUEDADES EN LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La ambigüedad y la vaguedad de la Constitución colombiana y de las mismas leyes son de forma general, por lo que la normatividad propia contiene valores generales y no precisos. La ambigüedad hace referencia a que una palabra puede tener varios significados. Por ejemplo, la palabra "Derecho", designa un conjunto de normas; también es una facultad o posición subjetiva (derecho de huelga); un ideal de justicia (¡no hay derecho!), o un objeto de conocimiento (he aprobado el derecho penal). Ésta ambigüedad semántica coincide con la indeterminación no intencional de Kelsen, donde el órgano tiene que aplicar la norma encontrándose con varios significados posibles. La ambigüedad es producida porque no es conocido con exactitud qué lenguaje es utilizado, ya sea el común o el jurídico. Pudiendo incluso concluir que de la ambigüedad se infiere la vaguedad de las palabras.<sup>28</sup>

La vaguedad se presenta cuando, por ejemplo, se pregunta: ¿a qué cosa se refiere esta palabra?; ¿es posible designarle a esta palabra un cierto objeto?. Se denota el problema de la "vaguedad" de las palabras a través de análisis interpretativos. Debe entenderse la relación con Kelsen y Hart para lo que llaman "*textura abierta del derecho*" o "*del lenguaje jurídico*". Cuando se presenta una

---

JEFES O REPRESENTANTE LEGALES Y ORDENADORES DEL GASTO DE ENTIDADES PÚBLICAS SOMETIDAS AL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL A NIVEL NACIONAL. DE: CONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA, AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA y PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. ASUNTO: CONTRATACIÓN DIRECTA – LEYES 80 DE 1993 Y 1150 DE 2007 CAUSALES URGENCIA MANIFIESTA Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS. FECHA 01 JUN 2011. Consultado el 6 de Septiembre a la 10:45 a.m.

<sup>28</sup> <http://derechopublicomd.blogspot.com/2011/03/siendo-el-derecho-un-sistema-que-maneja.html>. La Ambigüedad y la Vaguedad en el Derecho. Por, Mario Felipe Daza Pérez.

zona de penumbra, el lenguaje natural muestra una indeterminación; en palabras de Kelsen, sencillamente se da este problema por no ser posible prever o abarcar todos los casos de la realidad.<sup>29</sup>

El órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante posibles significados o ante probables acepciones y contextos. Éste cree poder suponer una discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada de la autoridad que la dictó, sin que pueda verificarse claramente esa voluntad y en últimas, queda a criterio de quien debe aplicar ese acto jurídico.<sup>30</sup>

A qué hace referencia la ley cuando establece: “no puedan realizarse con personal de planta”, “requieran conocimientos especializados” o “se celebrarán por el término estrictamente indispensable”, en el concepto del contrato de prestación servicios. En un primer acercamiento pueden darse varias interpretaciones que no tienen desarrollo de acuerdo con lo ya visto en el análisis de las discusiones de la Ley 80 de 1993, en el Congreso de la República.

#### 1.6.1 NO CUMPLIR CON LAS FUNCIONES DEL PERSONAL DE PLANTA DISPONIBLE

Las entidades estatales pueden suscribir Contratos de Prestación de Servicios, cuando falten en la planta de personal empleados que desarrollen la actividad requerida, cuando disponiendo de ellos carezca del grado de especialidad que se demanda, si con la calidad de especialización necesaria no son suficientes en número y, finalmente, no existiendo aún empleados, se necesita de una persona que realice una función<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducido de la segunda Edición en Alemán por Robert J. Vernengo. Universidad Autónoma de México. México D.F. 1982. Pags. 350-351.

<sup>31</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sentencia Sección Segunda. Expediente: 05001-23-31-000-1998-03542-01. 0202-10. DD-MM-AA. 27-01-2011. Magistrado Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. GLORIA MILEIDY GIRALDO GIRALDO. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co). Consultado el 10 de Septiembre a las 3:00 p.m.

## 1.6.2 LABOR ESPECIALIZADA

Requiere de un trabajador con un conocimiento o profesión específica, que no está dentro de los perfiles del personal de planta de la entidad, para un proyecto, plan determinado o una labor, la cual a pesar de estar incluida en las necesidades de la entidad, no puede cumplirse, debiendo recurrir a personas con esta idoneidad.

## 1.6.3 POR EL TÉRMINO ESTRICAMENTE INDISPENSABLE

Es difícil identificar sin un tiempo determinado por la Ley, a qué se refiere ésta exigencia legal, circunstancia que no ocurre en los empleos temporales pues como se ve allí, son 12 meses máximo para una vinculación de éste tipo.

El término “*estrictamente indispensable*” podría ser 5 años, 12 años, 1 mes, 2 meses. Hay vaguedad en éste requisito permitiendo configurar una contratación de servicios en la mayoría de las veces sin un acto de justificación que diga el porqué de ésta, pudiéndose aplicar en cualquier tiempo, derivando en las consecuencias ya mencionadas como las faltas gravísimas del funcionario que contrató.

## **2. PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONA NATURAL Y SU IMPLICACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD.**

### **2.1. PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia es la base para afirmar que si, el contratista de servicios con el Estado demuestra la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral

y la remuneración como contraprestación del mismo, se está frente a una verdadera relación de trabajo por el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así se demuestre una verdadera relación laboral, no se puede derivar en su favor la condición de empleado público, puesto que para ello es necesario proferir un acto administrativo ordenando la respectiva designación; tomar posesión del cargo; que la planta de personal contemple el empleo y la existencia de disponibilidad presupuestal para atender el servicio.<sup>32</sup>

¿Qué sentido tendría entonces agotar vía gubernativa<sup>33</sup> demandando ante el contencioso la primacía de la realidad en un contrato de prestación de servicios? Se puede afirmar, como lo hace la jurisprudencia, que de una relación laboral, surge el derecho de conferir al trabajador las prerrogativas de orden prestacional a cargo del Estado, pero como se expresó antes, no adquiere el estatus de Empleado Público por los requerimientos que ello implica.<sup>34</sup>

Así las cosas, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente regulado por la ley en la materia sin derecho a prestaciones sociales. Por el contrario, cuando está vinculado laboralmente con el Estado en las modalidades establecidas, tiene el derecho al pago de éstas prerrogativas. Ahora bien, frente a un contrato realidad los contratistas adquieren los beneficios de un empleado público pero no la estabilidad laboral, por cuanto el cargo no hace parte de la planta de la entidad; es decir, no hay erogación presupuestal, debiendo incluso anteceder el nombramiento y la posesión.

---

<sup>32</sup>COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia Sección Segunda Consejo de Estado. 73001-23-31-000-2003-01650-01. 2579-05 DD-MM-AA 15-06-06. Magistrado Ponente ARANGO MANTILLA ALBERTO. RODRIGUEZ CASTRO LUZ AMPARO. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co). Consultado el 05 de Septiembre a las 11:00 p.m.

<sup>33</sup> Concepto derivado del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), Derogado por la Ley 1437 de 2011. Para la actual normatividad no es utilizada la Vía Gubernativa, sin embargo, para éste caso en concreto, hace referencia al trámite y agotamiento de los recursos ordinarios en sede administrativa.

<sup>34</sup>COLOMBIA. Consejo de Estado Sección Segunda. 05001-23-31-000-1998-03542-01. 0202-10. DD-MM-AA. 27-01-2011. M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. GLORIA MILEIDY GIRALDO GIRALDO. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co). Consultado el 02 de Septiembre a las 08:00 p.m.

## 2.2. OTRAS CARACTERÍSTICAS PRECISADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL AL CONTRATO REALIDAD

Es pertinente aclarar que la Corte Constitucional señala criterios adicionales a los establecidos, los cuales debe tener en cuenta el nominador de la entidad para no infringir la ley. Cumplido alguno de ellos se está frente a una relación laboral y no a una contratación estatal, como se muestra a continuación:

CRITERIO	DESCRIPCIÓN
<b>Funcional</b>	Las funciones determinadas al ejercicio constitucional y legal asignado a la entidad de acuerdo con el artículo 121 de la Constitución.
<b>De Igualdad</b>	Si las funciones que desarrolla el contratista son similares a las del personal de planta y además se cumplen los elementos del contrato realidad.
<b>Temporal</b>	Si las actividades realizadas se asemejan a la constancia y cotidianidad que conlleva una frecuencia en su labor.
<b>De Excepcionalidad</b>	Que la tarea acordada no sea una actividad nueva que pueda desarrollar el personal de planta, no requiera conocimiento especializado o sea de carácter permanente.
<b>De continuidad</b>	Si se desarrollan contratos sucesivos de prestación de servicios con funciones del giro ordinario de los negocios de la entidad. <sup>35</sup>

Fuente: Cuadro elaborado por los autores del presente trabajo. La información contenida en éste es extractada de la cita Jurisprudencial referenciada.

## 2.3. RESPONSABILIDAD

Es derivada de la vinculación con la administración. Lo primero que se debe aclarar es la calidad de éstos, para desentrañar luego la naturaleza de su responsabilidad con la administración y frente a terceros.

Sobre el tema, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, (DASC) en concepto emitido puntualizó:

<sup>35</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-016 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el 01 de Septiembre a las 7:00 a.m.

*“... Por lo tanto los contratistas no son servidores públicos., toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario”.<sup>36</sup>*

El siguiente cuadro comparativo establece las principales diferencias entre el servidor público y el contratista:<sup>37</sup>

<b>SERVIDOR PÚBLICO</b>	<b>CONTRATISTA</b>
Vinculación reglamentaria. (Selección por concurso público, nombramiento y posesión).	Vinculación contractual. Autonomía de la voluntad.
Dependencia y subordinación en el ejercicio de funciones.	Autonomía y libertad para el ejercicio de las actividades contratadas.
Estabilidad laboral y calificación.	Plazos fijos para la consecución de objetivos contractuales.
Reconocimiento de salario y prestaciones de conformidad al Régimen legal.	Pago de honorarios sin que se genere relación laboral.

Fuente: “¿Son los Contratistas servidores públicos?, Página 4. Cuadro elaborado por el DASC.

Aclarada la naturaleza jurídica del contratista, es posible determinar con certeza el tipo de responsabilidades derivadas de las actividades ejecutadas por él. Para el efecto se muestra el siguiente cuadro:

<sup>36</sup> [www.serviciocivil.gov.co/.../62-son-los-contratistas-servidores-publicos](http://www.serviciocivil.gov.co/.../62-son-los-contratistas-servidores-publicos). Departamento Administrativo del Servicio Civil. Bogotá D.C. 2010. Página 4.

<sup>37</sup> Extractado del Documento [www.serviciocivil.gov.co](http://www.serviciocivil.gov.co). “¿Son los Contratistas servidores públicos?”. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Bogotá D.C. 2010. Página 4.

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA LEY 734/ 2002	RESPONSABILIDAD FRENTE A LA LEY 80 DE 1993	RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS
<p>Se plasma en conductas no constitutivas de delito, que se devienen del actuar del sujeto disciplinable de cara a la administración.</p> <p>El marco normativo del control disciplinario es la Ley 734 de 2002 la cual en sus artículos 25 y 53 establecen los parámetros y sujetos disciplinables, así como las responsabilidades derivadas de su actuar en la administración.</p>	<p>La Ley 80 de 1993 señala en su artículo 52, que los contratistas responden civil y penalmente por las acciones u omisiones derivadas de su actuar contractual:</p>	<p>Sobre la responsabilidad derivada del contrato de prestación de servicios frente a terceros, el Consejo de Estado se ha manifestado así:</p> <p><i>“Las responsabilidades frente a terceros recaen sobre el contratante quien obtiene de su contratista la ejecución de una o varias tareas que se cumplen por cuenta y riesgo del contratante ya que aquél se limita a realizar la tarea mediante un pago o remuneración, sin importar el resultado de la operación, negocio o asunto.</i></p>
<p>La Ley 734 de 2002 determina las responsabilidades disciplinarias de todos aquellos que prestan sus servicios de manera directa (servidores públicos) e indirecta (contratistas por prestación de servicios). Es decir responderá por el ejercicio de funciones o prestación de servicios públicos, en cuyo caso si el contratista de servicios apoya una gestión no puede ser responsable dada la naturaleza de tal vinculación.</p>	<p><b>“Artículo 52°.- De la Responsabilidad de los Contratistas Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.”</b></p>	<p><i>La finalidad de este contrato no es el cumplimiento propiamente dicho de las funciones administrativas o públicas a cargo de la entidad contratante, sino valerse de un apoyo o colaboración en su cumplimiento, tal como lo ha sostenido esta Sala anteriormente.”</i></p>

Fuente: Cuadro elaborado por los autores del presente artículo. La información contenida en éste, es extractada de las citas a las que se hace referencia en el mismo.

De esta manera, las responsabilidades encuadradas en el contrato de prestación de servicios, se derivan más sobre las actividades desarrolladas por el contratista que sobre el sujeto que las ejecuta, por cuanto su vinculación no está en directa relación con las funciones o servicios prestados por el organismo u entidad, en el entendido que la finalidad de dicho contrato es la prestación de un apoyo a la función o funciones principales de esta.

Un asunto fundamental del cual se deriva la responsabilidad del contratista, pero que, en últimas, también determina la responsabilidad frente a terceros en una posible demanda al Estado, es que éste pueda repetir contra el funcionario en aras de garantizar el interés general. La única responsabilidad que la normatividad actual en Colombia otorga a los particulares en ejercicio de funciones públicas de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 734 de 2002, es la falta gravísima, por lo tanto no serán disciplinables o no se les podrá endilgar ningún otro tipo de responsabilidad, mientras que, a los empleados públicos, se les aplica en su totalidad.

Por último, se debe mencionar de acuerdo con el artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 de 2002, que quien contrate a una persona utilizando la prestación de servicios para el desarrollo de funciones permanentes de la Entidad estará incurso en *Falta Gravísima*. Sin embargo, se debe destacar que debido a la ambigüedad y vaguedad de la norma que regula el Contrato estatal de Prestación de Servicios es difícil declarar efectivamente ésta responsabilidad, pues en términos generales, las responsabilidades del contratista por Prestación de Servicios, no se derivan de las funciones directas de la entidad, en el entendido que su labor es de apoyo a la gestión de la misma.

### **3. DERECHO A LA IGUALDAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PERSONA NATURAL, UTILIZANDO COMO PUNTO DE REFERENCIA EL EMPLEO TEMPORAL.**

#### **3.1. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, se refiere a este principio resaltando que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, prohibiéndose cualquier tipo de discriminación, debiendo el Estado procurar las condiciones para generar una igualdad real y efectiva de todas las personas y en

consecuencia la adopción de medidas encaminadas a conceder ventajas a favor de grupos discriminados, marginados, excluidos o que se encuentren en debilidad manifiesta.<sup>38</sup>

Es un derecho de carácter fundamental, desarrollado en el tratamiento que debe dar el Estado a las personas, teniendo en cuenta sus circunstancias especiales y particulares, expresado en la necesidad de tratar a todos de manera diferente a partir de sus especiales condiciones y características, lo que implica que el criterio de igualdad establecido en el Art. 13 de la Constitución, es de carácter enunciativo, no taxativo, dejando en libertad al intérprete y al juez para evaluar otros factores diversos como fundamento de una posible discriminación que lesione el Derecho a la Igualdad.<sup>39</sup>

La Corte Constitucional ha desarrollado en su Jurisprudencia el método de verificación al cumplimiento del principio de igualdad, apoyado en la proporcionalidad y razonabilidad que debe tener una determinada actuación por parte del Estado, para no vulnerar el mencionado principio.<sup>40</sup>

En éste caso en particular se trata de la igualdad meramente formal para no vulnerarlo con el mismo ordenamiento jurídico, puesto que no debería existir trato diferente para dos figuras que deben tener uno similar, tal es el caso del contrato de prestación de servicios y el empleo temporal, tomado como referencia.

Con este análisis se da relevancia a este principio para el caso del trato desigual en la forma de vinculación con el Estado, ya sea por prestación de servicios o por cualquiera de los tipos que crean una relación laboral formal con éste, en aras de lograr la igualdad, buscando con ello una ley exenta de vaguedades y ambigüedades, a fin de su correcta aplicación, sin vulnerar derechos y prerrogativas individuales que en últimas devienen un perjuicio colectivo.

---

<sup>38</sup> ORTEGA, Carlos Rodolfo. Derecho Constitucional Colombiano. 1ª ed. Bogotá D.C. Colombia.: Universidad Popular del Cesar. 2002. p. 92.

<sup>39</sup> OLANO, Hernán. Constitución Política de Colombia comentada y concordada e Historia Constitucional Colombiana. 5ª ed. Bogotá D.C.: Ediciones Librería Doctrina y Ley Ltda. 2000. p. 174-175.

<sup>40</sup> *Ibidem.*, p. 172-174.

En nuestro país hay una gran responsabilidad para todo ciudadano que incluye a los servidores públicos y es la aplicación directa de la Constitución. En este sentido, en el ejercicio de las funciones y actuaciones sean de hecho o de derecho, se está obligado a respetar el contenido de la “*Norma de Normas*”. Para el legislador, como para los servidores públicos en general, la responsabilidad es mayor, solo les está dado hacer o no hacer lo que la ley les ordena, sin omitir o extralimitarse en sus funciones. El primer criterio de interpretación en nuestro sistema jurídico es la supremacía constitucional, impuesta por el artículo 4 de la misma Constitución.

En un criterio razonable, el Legislador deberá tener en cuenta los casos de posible “*discriminación fáctica*” como los de “*discriminación jurídica*”, es decir, tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, aunque prime la aplicación de lo formal. Como lo anunció la Corte Constitucional en sentencia C- 022 de 1996, se debe buscar un motivo suficiente que justifique su aplicación en uno u otro sentido.<sup>41</sup>

No hay razón alguna para dar un tratamiento diferente a un contratista por prestación de servicios frente a un empleado temporal o cualquier otro que se encuentre en la planta de personal. La oferta del Estado es general y abstracta, no se está obrando en pro de ninguna población excluida para tener que romper el criterio de igualdad formal otorgando una igualdad material, por lo tanto la ley no puede conceder unas prerrogativas preferenciales a unos sobre otros cuando ambos están desarrollando funciones similares y no diferentes bajo circunstancia alguna.

El último método adoptado por la Corte Constitucional ha sido producto de la unión de las dos técnicas. La primera, el test de razonabilidad, aplicado por los tribunales europeos; y la segunda, el grado de intensidad, usado por los tribunales norteamericanos, denominado *test integrado de igualdad*, aplicado en sus últimas sentencias de análisis, no solo en estas situaciones, sino también cuando se analiza la vulneración de otros derechos y principios constitucionales.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 54.

Antes de aplicar el test integrado de igualdad sobre las figuras planteadas en la metodología, es necesario definir la función del Legislador, con relación al Derecho de Igualdad de Oportunidades:

*“(…) la Corte en innumerables ocasiones ha sostenido que el examen constitucional del principio y derecho a la igualdad, impone la exigencia de una carga argumentativa que le incumbe al órgano del poder público que plantea la adopción de una medida normativa en la que se incluye un trato diferenciado. Ello, por cuanto es necesario demostrar a partir del desarrollo de un “test de igualdad”, la distribución inequitativa entre dos sujetos puestos en igualdad de condiciones, de los bienes o servicios objeto de repartición legal”.<sup>42</sup>*

Es estructural el planteamiento que hace la Corte, sobre la competencia y función del Legislador respecto de la protección al principio de igualdad en la producción normativa, ya que le impone una carga argumentativa, cuando se requiera por algún motivo infringir así sea en mínima parte este principio y también como se ha establecido desde la Constitución, la igualdad entendida en su garantía real y efectiva.

### 3.2. APLICACIÓN DEL TEST: “TRATAR A LO IGUAL COMO IGUAL”

Para determinar la vulneración o no del principio de igualdad, se estudiará cada concepto de los que se aplicará en el test integrado:

CONCEPTO	DESCRIPCIÓN
<b>Idoneidad o adecuación</b>	Aptitud de alcanzar un fin constitucionalmente válido.
<b>Necesidad</b>	Establece la comparación de una medida frente a la existencia de otras menos gravosas.
<b>Proporcionalidad</b>	Es la ponderación costo beneficio respecto del eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales, por el que se esta privilegiando con la norma acusada. <sup>43</sup>

<sup>42</sup> COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-100 de 2004, Referencia: expediente D-4704, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24, numeral 3° del Decreto 1569 de 1998. Demandante: Juan Fernando López Ocampo M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, D. C., 10 de febrero de 2004. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el 05 de Septiembre a las 11:00 p.m.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Fuente: Cuadro elaborado por los autores del presente artículo, donde se muestran los conceptos que hacen parte del test integrado. La información contenida en el mismo fue extractada de la Jurisprudencia referenciada.

La Constitución irradia con sus preceptos a todo el ordenamiento jurídico vigente, por lo tanto toda norma positiva tiene su última instancia en esta base. De lo expuesto se deriva que la norma adquiere su validez cuando es ajustada a los principios y valores fundantes de la Carta Política.<sup>44</sup>

Pese a considerar en éste artículo reflexivo que, la ley genera ambigüedades y vaguedades en el concepto del Contrato de Prestación de Servicios, no es óbice para evadir la aplicación directa de la Constitución en aras de garantizar derechos individuales y colectivos.

El acuerdo ratificado en el país y en la jurisprudencia internacional, desarrolla la evaluación en tres pasos, a fin de establecer si efectivamente es razonable o no la justificación ofrecida por el legislador para determinar un trato desigual:<sup>45</sup>

<b>PASOS</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>
1. La adecuación de la medida al fin perseguido. (El análisis del fin buscado por la medida).	Se determina claramente el fin buscado por el trato desigual.
2. La necesidad de dicho medio ante la inexistencia de otra herramienta que resulte menos onerosa, suficiente y/o idónea (El análisis del medio	Se analiza la validez de dicho fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en la Carta Fundamental.

<sup>44</sup> YOUNES, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C. Colombia. 3 ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2004. p. 85-87.

<sup>45</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-227 de 04Referencia: expediente D-4792, Demandante: Nelson Ruiz Velásquez, Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el inciso II (parcial) del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, D. C.,08 de marzo de 2004.consultada el 17 de septiembre de 2012 a las 10:30 pm.

empleado).	
3. La proporcionalidad en si misma considerada (El análisis de la relación entre el medio y el fin).	El juicio sobre la improcedencia de un sacrificio en la igualdad que altere valores y principios de mayor entidad para la vigencia de un orden constitucional.  Se determina la proporcionalidad de dicho fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro del objetivo perseguido no sacrifique otros principios constitucionalmente más importantes. <sup>46</sup>

Fuente: Cuadro elaborado por los autores del presente artículo, donde se presenta de manera clara, los pasos para efectuar la ponderación. Información extractada de la jurisprudencia a que se hace referencia en el contenido del cuadro.

En conclusión, si alguno de los pasos establecidos no se concreta, por la lógica del proceso, no se podría seguir adelante con el análisis y en consecuencia, se estaría frente a una vulneración del principio evaluado, en éste caso, la igualdad.

La igualdad formal se rompe de dos maneras: otorgando privilegios a alguien y a nadie más o cuando no le doy a alguien un privilegio que le otorgo a otros; es decir, concediendo prerrogativas en perjuicio de otros o dando estas en beneficio de algunos. La segunda extracción es la analizada en el presente caso, buscando con ello verificar la vulneración de dicho principio, pues a los Contratistas por prestación de servicios no se concede los mismos privilegios, que a las personas vinculadas laboralmente con el Estado.

Se aplicará el test integrado de igualdad en sentido estricto, puesto que el fin de la disposición debe ser legítimo, y el medio escogido debe ser adecuado, conducente, necesario, no puede ser remplazado por uno alternativo menos lesivo. En el adjunto se encuentra el desarrollo del test y del principio.

<sup>46</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-100 de 2004, Referencia: expediente D-4704, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 24, numeral 3° del Decreto 1569 de 1998. Demandante: Juan Fernando López Ocampo M. P. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, D. C., 10 de febrero de 2004. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

## **CONCLUSIONES**

El Contrato Estatal de Prestación de Servicios con persona natural, debido a las ambigüedades en su definición normativa, crea la posibilidad para la Administración de vulnerar los principios constitucionales de primacía de la realidad, responsabilidad e igualdad, al no existir claridad frente a la responsabilidad que tiene el nominador de una determinada entidad, por su indebida aplicación, en ocultamiento de una verdadera relación laboral.

El Empleo Temporal es la figura jurídica concebida por la Ley 909 de 2004, que establece una relación laboral, por ende, quien es vinculado en este tiene las prestaciones y acreencias laborales legales, pero no las calidades de funcionario de planta.

La posibilidad que otorgó la Ley 80 de 1993 en su definición del contrato de prestación servicios, permite que en la actualidad no se pueda determinar cuándo estamos frente a éste tipo de contrato y cuándo frente a uno de naturaleza similar, sin embargo constituye una relación más permanente, asemejándose a los funcionarios de planta, creando con ésta situación un fenómeno actual denominado nóminas paralelas, lo que sin lugar a dudas, pone en entredicho la transparencia pública.

El Contrato de prestación de servicios es un tipo de contratación estatal directa que permite sin acto de justificación alguno, contratar personas naturales con los fundamentos ya anotados. La situación del acto de justificación, adicional a las ambigüedades anteriores, logra que éste se haga sin ningún tipo de limitación.

La persona que es vinculada por Prestación de Servicios es contratista del Estado y su régimen aplicable es el Estatuto de Contratación Estatal, quien es vinculado por empleo temporal su régimen es la Ley 909 de 2004 ostentando la calidad de empleado público con las implicaciones que se derivan de ello.

Cuando se oculta a través de la Prestación de Servicios una verdadera relación laboral, se vulnera el principio constitucional de primacía de la realidad al darse, la subordinación, la prestación directa del servicio y una remuneración como contraprestación, pudiendo demandarse ante el Contencioso por la existencia innegable de un contrato de realidad. La Normatividad actual vulnera el principio de igualdad dando un trato diferente a dos personas que deberían estar en un contexto similar, por las funciones desarrolladas.

Antes de la Ley 80 de 1993 la regulación del Contrato de Prestación de servicios era más completa, taxativa, por ende cerraba las posibilidades de duda frente a al riesgo de la administración en la aplicación de la Ley.

La responsabilidad frente al Estado y a terceros, de un empleado temporal o de un empleado público en general, es diferente, es más severa a la de un contratista en sus diferentes acepciones.

Finalmente el Contrato de Prestación de Servicios, como forma de vinculación con el estado, produce un efecto de alto impacto para la administración que se traduce en fenómenos singulares como las llamadas nóminas paralelas, la violación de principios constitucionales lo que a la postre desencadena una flagrante vulneración de los derechos de los trabajadores, desvirtuando las figuras creadas por la ley en desarrollo de la constitución, como es el caso del empleo temporal, lo cual no tiene asidero jurídico alguno siendo injustificable que se siga haciendo uso inveterado de estas prácticas en materia contractual.

## BIBLIOGRAFIA

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia sección primera. Expediente 1323, del 16 de mayo de 1991. Magistrado Ponente RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ LIBARDO.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia sección segunda. Expediente 7660 del 1 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ LIBARDO.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia Sección Segunda. Expediente: 05001-27 de Enero de 2011. Magistrado Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. GLORIA MILEIDY GIRALDO GIRALDO.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia Sección Segunda Expediente: 73001-15 de Junio de 2006. Magistrado Ponente ARANGO MANTILLA ALBERTO. RODRIGUEZ.CASTRO LUZ AMPARO.

COLOMBIA. Consejo de Estado Radicado 1299 del 12 de Octubre de 2000

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia.  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>

COLOMBIA. Ley 80 de 1993. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>

COLOMBIA. Ley 100 de 1993. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>

COLOMBIA. Ley 734 de 2002. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>

COLOMBIA. Ley 909 de 2004. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas>

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente HERRERA VERGARA HERNANDO.

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-227 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá D. C. 2004.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-100. de 2004, Referencia: expediente D-4704, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-614 de 2009 Referencia: expediente D-7615. M.P.: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 14 de 1992.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 145 de 1993.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 267 de 2003.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 629 de 2003.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 290 del 2004.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 232 de 2004.

COLOMBIA. Gaceta del Congreso de la República No. 173 de 2003.

COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación. Circular Conjunta 014 de 1 de Junio de 2004

ARAUJO, Rentarías Jaime. El Derecho Fundamental a la Igualdad Precisiones, Bogotá D.C. Editorial Derecho Colombiano Ltda., Octubre 2004.

Conferencia Internacional del Trabajo, 101.<sup>a</sup> reunión, 2012. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008.

GIRALDO ANGEL JAIME. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Novena Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2002. Introducción.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducido de la segunda Edición en Alemán por Robert J. Vernengo. Universidad Autónoma de México. México D.F. 1982.

OLANO, Hernán. Constitución Política de Colombia comentada y concordada e Historia Constitucional Colombiana. 5<sup>a</sup> ed. Bogotá D.C.: Ediciones Librería Doctrina y Ley Ltda. 2000.

ORTEGA, Carlos Rodolfo. Derecho Constitucional Colombiano. 1<sup>a</sup> ed. Bogotá D.C. Colombia.: Universidad Popular del Cesar. 2002.

SUAREZ VARÓN, Martín Leonardo. Principio de Igualdad en la Constitución y la Jurisprudencia Constitucional. 1<sup>a</sup> ed. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2006.

TORRADO Celso. “Trabajo de investigación EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS VIA FRAUDE LABORAL EN LAS ENTIDADES ESTATALES (Universidad de la Sabana Instituto de Posgrados- Bogotá 2011) citando a Carlos Eduardo Naranjo, ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.

YOUNES, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C. Colombia.: Ediciones Jurídicas. 3ª ed. Gustavo Ibáñez. 2004.

[www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=42991](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=42991)

[www.derechopublicomd.blogspot.com/2011/03/siendo-el-derecho-un-sistema-que-manajeja.html](http://www.derechopublicomd.blogspot.com/2011/03/siendo-el-derecho-un-sistema-que-manajeja.html)

[www.elespectador.com/opinion/columna-298945-nominas-paralelas-innecesarias](http://www.elespectador.com/opinion/columna-298945-nominas-paralelas-innecesarias).

[www.portafolio.co/economia/nominas-paralelas-las-empresas-desbordan-las-planta](http://www.portafolio.co/economia/nominas-paralelas-las-empresas-desbordan-las-planta).

[www.semana.com](http://www.semana.com).

## **Anexos**

TEST INTEGRADO DE IGUALDAD.

**NOTA DE ACEPTACION.**

---

**DR. JAIRO SANDOVAL**

Asesor Temático.

---

**DR. DIEGO ESCOBAR**

Asesor Metodológico

Bogotá D.C. Octubre 17 de 2012