

**LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PROFESIONALES
COMO MODALIDAD DE VINCULACIÓN MÁS FRECUENTE DE
CONTRATISTAS EN EL SECTOR PÚBLICO**

Presentado al doctor
Carlos Arturo Hernández Díaz

Presentado por
Rafael Arturo Berrío Escobar
Código 7191412702



Fundamentación Investigativa
Especialización en Derecho Administrativo
Facultad de Postgrados
Universidad La Gran Colombia
Bogotá D.C. Junio de 2015

Resumen

Este artículo examina la contradicción entre la ley y la práctica administrativa de una forma discrecional de contratación de personas naturales en el Estado colombiano. La licitación pública debe ser la regla general en la contratación estatal, donde hay factores de competencia, y principios como la pluralidad y el mérito, no obstante la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión es el modo de vinculación de contratistas más utilizada por la administración pública, donde para suscribir un contrato la administración no debe recibir previamente y evaluar varias propuestas para seleccionar la mejor. A través de un análisis de los problemas identificados en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia se deducen las causas de este fenómeno y, por medio de la metodología de la planificación estratégica, se plantea una alternativa que satisface las expectativas de los grupos de interés que constituyen el Estado como organización, en el marco de la ley, y teniendo como fundamento la primacía del interés general sobre el interés particular.

Palabras clave

Contratación directa, contratación estatal, servicios profesionales, apoyo a la gestión, empleos temporales, primacía de la realidad sobre las formas, empleo público, discrecionalidad, grupos de interés.

Abstract

This article examines the contradiction between the law and administrative practice of a discretionary form of hiring individuals in the Colombian state. Competitive bidding should be the general rule in government procurement, where competitive factors, and principles such as plurality and merit, despite the direct hiring of professional services and management support is pairing mode contractors more used by the public administration, where to sign a management contract must not previously receiving and evaluating several proposals to select the best. Through an analysis of the problems identified in the study of doctrine and jurisprudence the causes of this phenomenon are deducted and, through the methodology of strategic planning, an alternative that meets the expectations of stakeholders arises constituting the State as an organization under the law, and having as basis the primacy of public interest over private interest.

Keywords

Direct procurement, government procurement, professional services, management support, temporary jobs, primacy of reality on the forms, public employment, discretionary, stakeholders.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. OBJETIVOS.....	8
objetivo general	8
objetivos específicos	8
3. JUSTIFICACIÓN.....	9
4. HIPÓTESIS.....	11
5. METODOLOGÍA.....	11
6. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES NO SE PUEDEN CONTRATAR DIRECTAMENTE LOS SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN	12
7. FORMAS DE VINCULACIÓN AL ESTADO.....	13
8. CRÍTICAS EN CONTRA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN.....	15
9. CRÍTICAS A FAVOR DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN.....	17
10. ESTADO DEL ARTE SOBRE EL ESTUDIO DE LAS PROBLEMÁTICAS EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN	18
11. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL	25
Sentencia C-171 de 2012, M.P. Vargas Luis E.	26
Sentencia C-614 de 2009, M.P. Pretelt Jorge I.....	27
Sentencia C-154 de 1997 (Sentencia hito), M.P. Herrera Hernándo.	27
Sentencia C-960 de 2007, M.P. Cepeda Manuel J.....	28
Sentencia C-397 de 2006, M.P. Araujo Jaime.	29
Sentencia T-214 de 2005, M.P. Sierra Humberto A.	30
Sentencia C-314 de 2004, M.P. Monrroy Marco G.	31
Sentencia C-124 de 2004, M.P. Tafur Álvaro.....	32

Sentencia C-094 de 2003, M.P. Córdoba Jaime.	33
12. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO	34
Radicación No: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12) – Mayo de 2014, C.P. Arenas G.....	35
Radicación No: 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719) – Diciembre de 2013, C.P. Santofimio Jaime O.	36
Radicación No: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B – Marzo de 2011, C.P. Gil Enrique. .	38
Radicación No: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y acumulados – Diciembre de 2007 (Sentencia Hito), C.P. Correa Ruth S.....	39
Radicación No: 11001-03-26-000-1997-09523-01 – Julio de 1997, C.P. Hoyos Ricardo.....	40
13. ANÁLISIS ESTRATÉGICO	41
13.1. EXPECTATIVAS DE LOS GRUPOS DE INTERÉS EN LA ORGANIZACIÓN ESTATAL, EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	42
13.2. FACTORES INTERNOS	46
13.3. FACTORES EXTERNOS.....	48
13.4. ESTRATEGIA.....	50
14. CONCLUSIONES	56
15. GLOSARIO	58
servicio.	58
contrato.....	59
contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.	60
16. Referencias.....	61

**LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PROFESIONALES
COMO MODALIDAD DE VINCULACIÓN MÁS FRECUENTE DE
CONTRATISTAS EN EL SECTOR PÚBLICO**

Por Rafael Arturo Berrío Escobar¹

1. INTRODUCCIÓN

El actual estatuto de la contratación estatal en Colombia se funda en los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. La ley 80 de 1993 señala los principios fundamentales de la actividad del Estado en la materia, y la ley 1150 de 2007 definió de manera más específica las modalidades de selección de contratistas. El estatuto ha tenido una muy variada reglamentación, derogada de manera frecuente, estando por ahora vigente el decreto 1082 de 2015.

Al inicio de la actual administración de Bogotá, el Alcalde Gustavo Petro expresó ante los medios de comunicación que era escandalosa la cifra de personas contratadas por la modalidad de servicios profesionales y de apoyo a la gestión (modalidad de contratación directa), pues ascendía a más de 30.000 personas, lo que evidentemente se presenta como la modalidad más socorrida por las anteriores administraciones, en contraposición con los concursos públicos que se supone deben primar. (El Tiempo, 2012)

¹ Administrador de empresas, abogado; con experiencia en gestión de procesos de contratación estatal en empresas del sector privado e instituciones públicas. Correo electrónico rafared@hotmail.com

Las normas de contratación pública son de aplicabilidad nacional y transversales a todas las autoridades, salvo algunas excepciones como las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. La contradicción entre la regla formal y la práctica, en lo relacionado con las modalidades de selección de contratistas, es un problema no exclusivo del Distrito Capital, sino que involucra a la mayoría de entidades del orden nacional y territorial. En el Portal Único de Contratación se relacionaron procesos de contratación, en diferentes estados del proceso, durante el año 2013 por un valor estimado de 112 billones de pesos, de los cuales 44 billones correspondieron a procesos de contratación directa (en sus 9 modalidades) y 24,8 billones a la modalidad de licitación pública, es decir sólo el 22% de lo registrado correspondió a Licitación y el 40% a Contratación Directa. (Colombia Compra Eficiente, 2013)

La licitación pública en la práctica no es la regla general de la contratación estatal, estando esto en contravía de lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, pues realmente la contratación directa es la modalidad de selección de contratistas más utilizada por el Estado. En el caso de la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión hay casos de sistemática vulneración de los derechos de los contratistas al reunir durante su ejecución condiciones de verdaderas relaciones laborales, generando conflictos con la carrera administrativa, al tiempo que los recursos de inversión se utilizan como recursos de funcionamiento, cuando se contratan actividades de carácter permanente, derivando esto en contradicciones presupuestales.

El gran volumen de vinculaciones generadas, a través de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, conduce de alguna manera un conflicto con los empleos de carrera administrativa al haber condiciones de desigualdad, vulneración de derechos y

riesgos jurídicos para la administración, por la vía de las demandas contenciosas, con fundamento en el principio de primacía de la realidad sobre las formas. Así las cosas, hay una contradicción entre las normas de la contratación estatal y su aplicabilidad, ocasionando conflictos en materia laboral, presupuestal y riesgos jurídicos para la administración.

Con base en lo anterior surge la pregunta: ¿cuál es la necesidad que satisface el Estado al acudir de manera prevalente a los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, como modalidad de contratación directa, en lugar de los concursos públicos de selección o a ampliar las plantas de personal de carrera administrativa?

2. OBJETIVOS

objetivo general

Identificar las causas por las cuales el Estado acude de manera más recurrente a la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, en detrimento otras modalidades de selección de contratistas más plurales y públicas; esto con el fin de proponer alternativas viables para cumplir los fines del Estado, hacer efectiva la primacía del interés general y el funcionamiento eficiente y democrático de la administración.

objetivos específicos

1. Analizar la doctrina sobre la modalidad de la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el sector público en Colombia.
2. Determinar los antecedentes legales de la contratación directa en Colombia y la jurisprudencia surgida con posterioridad a la ley 80 de 1993.

3. Establecer alternativas para satisfacer las necesidades del servicio público, sin acudir preferentemente a modalidades discrecionales de selección de contratistas, y sin que se violenten los derechos laborales de los trabajadores o de los contratistas.

3. JUSTIFICACIÓN

La contratación estatal es un factor fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado, ya que es un medio por el que se canaliza una parte muy importante de la inversión social. Del mismo modo el gasto público es una variable macroeconómica con una incidencia significativa en la inversión, el ahorro y el empleo. Al ser la contratación directa una modalidad de selección con un peso tan importante dentro del total del gasto nacional, es evidente su relevancia estratégica para el cumplimiento de los fines del Estado.

Este trabajo está vinculado a la línea de investigación de la Universidad la Gran Colombia sobre contratación estatal, y se realiza dentro del contexto de la especialización en derecho administrativo.

Determinar las causas por las cuales el Estado colombiano acude con más frecuencia a la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, en detrimento de la pluralidad de candidatos, la libre concurrencia, y de los derechos laborales en muchos casos, es fundamental para formular estrategias que propendan por la efectividad de los derechos e intereses no sólo del Estado, y de la sociedad a quien este representa, sino de sus colaboradores.

Al existir concursos abiertos hay más opciones de configurar un mercado que beneficie tanto a quienes tienen la idoneidad para prestar un servicio público, como para la misma administración que puede recurrir a diversos medios para su convocatoria, en lugar

de apoyarse sólo en las recomendaciones o referencias de las personas que puedan conseguir los directivos de las entidades que tienen la necesidad de la prestación, pues esto restringe significativamente la oferta a la que pueden acceder.

Las personas beneficiarias de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, por medio de la modalidad de contratación directa, a su vez deben de todos modos observar unos requisitos de experiencia e idoneidad para cumplir con el objeto contractual, no obstante hay una libertad discrecional para la selección de estos contratistas, por parte de las directivas de las entidades, que puede comprometer la finalidad del servicio por intereses subjetivos, facilitando en buena medida la posibilidad de pagar favores o de generar compromisos futuros, no necesariamente relacionados con la función pública.

Al identificar plenamente las causas, por las cuales se acude más a esta modalidad de contratación, se pueden establecer mecanismos alternativos para suplir las necesidades del servicio público. En concursos abiertos no están comprometidos los candidatos con los seleccionadores por estar claros los criterios del concurso y no obedecer a recomendaciones o motivos de afecto u otras razones de carácter subjetivo. Del mismo modo el presupuesto se ejecuta de manera más eficiente pues sólo se contratan las reales necesidades de la administración.

Plantear alternativas para hacer la gestión administrativa más democrática y transparente, mejorar las condiciones de quienes sirven a la administración, y en últimas a la sociedad, y hacer de la gestión del gasto público un factor de desarrollo, es posible mediante un análisis razonable, con el lente del derecho administrativo, de los factores internos (debilidades y fortalezas) y externos (oportunidades y amenazas) que tiene el Estado en materia de contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Hay

un acceso razonable a fuentes como la doctrina, la jurisprudencia y el registro de los medios de comunicación, que no supone mayores dificultades para realizar esta tarea.

4. HIPÓTESIS

Periódicamente hay unos cambios drásticos en la administración pública derivados de los nombramientos por elección popular, y de los de libre nombramiento y remoción, de funcionarios con facultades de ordenación de gasto para ser las cabezas visibles del Estado. Dentro de las principales necesidades que tienen estos funcionarios está la de ejecutar sus programas de una manera efectiva y sin someterse al ritmo de los funcionarios de carrera administrativa, a quienes es difícil entrar a probar en determinados momentos su ineficiencia debido a la ineficacia de los mecanismos de evaluación de desempeño, además del poco tiempo del que disponen para ejecutar su plan de gobierno. Por otra parte pueden existir los casos en los que es utilizada la modalidad de contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para retribuir su trabajo en campañas políticas o compromisos subjetivos de este tipo.

5. METODOLOGÍA

La metodología utilizada en este trabajo es la hermenéutica analítica: a través del análisis de la doctrina producida por parte de las entidades estatales en Colombia encargadas de gestionar la materia, así como de textos académicos y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se pretende identificar el sentido y la conexión de los diferentes sistemas de normas, sobre la base de una descomposición de la estructura formal de los discursos jurídicos, confrontándolos con la realidad empírica

deducida de las inquietudes que han manifestado actores relevantes a través de diferentes medios de comunicación. Posteriormente, teniendo en cuenta los fines del Estado como organización, realizar un análisis DOFA con base en la metodología de la planificación estratégica.

6. CIRCUNSTANCIAS EN LAS CUALES NO SE PUEDEN CONTRATAR DIRECTAMENTE LOS SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN

Para que no haya de por medio un concurso o una selección pública, es decir se contraten de manera directa estos servicios, hay que tener en cuenta el condicional del numeral 3, del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que prescribe que podrán celebrarse sólo cuando las actividades requeridas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados, o, como lo ha expresado el Consejo de Estado, para realizar funciones que no sean de carácter permanente en la Entidad.

Sobre lo anterior, aclara el inciso segundo del artículo 1 del decreto 2209 de 1998, que, conforme a los manuales específicos de cada entidad, es necesario evidenciar que no existe personal que pueda desarrollar la actividad, o cuando el desarrollo de esta requiere un grado de especialización tal que es precisa la contratación, o cuando, aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente. La insuficiencia de personal debe acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará

precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar.

Otra restricción especial que hay para la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se da para las contralorías departamentales, conforme a lo establecido por el artículo 15 de la ley 330 de 1996, ya que no pueden contratar servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no pueden destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal.

Esta restricción para las contralorías departamentales se predica únicamente para las personas naturales, y no en lo relacionado con el control fiscal, pues el inciso 6, del artículo 272 de la Constitución Política de Colombia, establece que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

7. FORMAS DE VINCULACIÓN AL ESTADO

Es importante tener presente las formas como se pueden vincular los ciudadanos al Estado, con beneficios de seguridad social, prestaciones sociales, excluyendo las relaciones contractuales contempladas en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, pues a partir de esto se podrán analizar los intereses de los diferentes actores y determinar los conflictos que se presentan en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

En primer lugar, señala el artículo 123 de la Constitución Política que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Por otra parte puntualiza el artículo 125 que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, deben ser nombrados como resultado de un concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera, y el ascenso en los mismos, se deben hacer previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Para regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública se expidió además la ley 909 de 2004 que establece en su artículo 1 que hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; y d) Empleos temporales. Sin embargo esta ley no regula lo relativo a: 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación; y 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan ciertos criterios definidos por esta norma.

En conclusión, se ingresa al servicio del Estado por: elección popular, estos funcionarios son las cabezas del ejecutivo (Presidente, alcaldes y gobernadores) y los miembros de las corporaciones públicas (congresistas, diputados y concejales), quienes permanecen por un periodo fijo en la administración; por libre nombramiento y remoción, que son los nombrados y removidos discrecionalmente por los primeros y son altos funcionarios directivos y asesores; por concurso de méritos, en el caso de los empleos de carrera administrativa, y son quienes más permanecen vinculados a la administración; los temporales, que como su nombre lo indica son por un periodo establecido y de manera contingente; y finalmente los trabajadores oficiales, que generalmente son vinculados con el régimen normado por el Código Sustantivo del Trabajo, y sus demandas son competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, a diferencia de los anteriores a los que corresponde la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

8. CRÍTICAS EN CONTRA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN

Una de las principales críticas a esta modalidad de contratos públicos es la consideración de que constituyen verdaderas “nóminas paralelas”. En un artículo del periódico Portafolio, del 1 de mayo de 2012, los sindicatos señalan que estas “nóminas paralelas” son utilizadas además para pagar favores políticos. En cifras de la época, en el nivel territorial, por cada 100 empleados oficiales había 170 personas contratadas por prestación de servicios. Por otra parte argumentan los críticos *“Como la Ley 617 o ley orgánica del presupuesto no permite aumentar los gastos de funcionamiento, están*

contratando con recursos de inversión, lo que además desvirtúa la clasificación presupuesta” (Portafolio, 2012)

Para los sindicatos, y en general para los empleados de carrera administrativa quienes son los representados por los sindicatos estatales, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión constituyen una amenaza por cuanto se ven limitadas sus posibilidades de ascenso, y encargos, dentro de las entidades, a pesar de tener las condiciones de formación y experiencia para asumir mayores responsabilidades, y desde luego salarios proporcionales a estas. Esto constituye quizás un factor de desmotivación lo cual puede afectar significativamente su eficiencia en el cumplimiento de sus obligaciones a pesar de tener mayor estabilidad laboral que los contratistas y tener muchos más beneficios y estímulos económicos.

Finalmente los contratos de prestación de servicios se supone que no constituyen una relación laboral por cuanto no hay una subordinación y la labor se realiza con total independencia, sin embargo en muchos casos estos supuestos no se dan y el contrato termina convirtiéndose de hecho en un contrato laboral pero sin el reconocimiento de prestaciones sociales ni de seguridad social integral por parte de la entidad, lo cual pauperiza y coloca en condiciones de vulneración a estos trabajadores, quienes finalmente deben acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, para el caso de los trabajadores oficiales, o a la jurisdicción contenciosa administrativa en los casos de nulidad y restablecimiento del derecho para temas laborales contemplados de la ley 1437 de 2011.

9. CRÍTICAS A FAVOR DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN

Los contratos de prestación de servicios profesionales tienen un objeto específico, unas obligaciones concretas, unos entregables determinados y un plazo de ejecución, lo que supone mayor eficacia en la labor al trabajar por objetivos concretos, optimizado el tiempo y propendiendo por el cumplimiento de las metas de los planes de desarrollo. El seguimiento a estos contratos se hace mes a mes, por lo que hay mayor control, ya que generalmente los contratistas tienen que entregar puntualmente al supervisor sus informes de ejecución, con los respectivos soportes de seguridad social, para que la entidad pueda proceder al pago de estos honorarios.

En los casos en los cuales se respeta la independencia del contratista respecto de la entidad, sobre todo en lo que tiene que ver con horarios y subordinación, estas personas tienen la posibilidad de ejecutar simultáneamente varios contratos con diferentes entidades, lo que compensa de alguna manera los beneficios prestacionales de los cuales sólo son sujetos quienes tienen una vinculación laboral, a través de sus diversas modalidades, con el sector público, pues las desigualdades generalmente producen malestar y afectan el clima organizacional.

El hecho de trabajar en entornos diversos para los contratistas genera también una mayor motivación, no sólo por lo que tiene que ver con los ingresos, sino también por la monotonía que supone cumplir con un reglamento laboral y un horario de trabajo. Las experiencias que los contratistas tienen en diferentes entidades y sectores enriquecen de manera significativa su perspectiva de la realidad profesional en la cual se desempeñan,

redundando esto en una mayor calidad de los servicios que prestan, así como una mayor estandarización de los procesos en las entidades.

Al no existir subordinación en la relación contractual implica necesariamente un mayor empoderamiento de las obligaciones del contratista, lo que genera en este una mayor iniciativa para la solución de problemas y el consiguiente desarrollo de competencias profesionales genéricas. Todo lo contrario de lo que ocurre con las estructuras jerárquicas con interdependencia funcional, como en las que se encuentran los funcionarios de carrera administrativa, lo que se evidencia principalmente en los constantes conflictos de competencia negativa, en el sentido administrativo.

10. ESTADO DEL ARTE SOBRE EL ESTUDIO DE LAS PROBLEMÁTICAS EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN

Un estado del arte se refiere al análisis del conocimiento más vigente respecto a un objeto de estudio con el fin de “(...) determinar la forma como ha sido tratado el tema, cómo se encuentra el avance de su conocimiento en el momento de realizar una investigación y cuáles son las tendencias existentes, en ese momento cronológico, para el desarrollo de la temática o problemática que se va a llevar a cabo” (Londoño O, 2012). Con esta consideración se pretende identificar publicaciones impresas más relevantes que han realizado críticas a la modalidad de contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el sector público en Colombia. Se enunciarán brevemente sus contenidos y se describirán las críticas o argumentaciones favorables formuladas por los autores.

La doctrina en Colombia sobre la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión es realmente escasa y las referencias que se pueden encontrar son principalmente compilaciones y transcripciones de las normas sin que se formulen críticas académicas sustanciales o se sistematicen en un texto, a pesar de que es un tema no exento de conflictos y polémicas pues su evolución se ha dado más por las vías legales y, como se mencionó, jurisprudenciales. Así las cosas, mucho más difícil aun es encontrar textos de reconocidas editoriales que se ocupen de formular opiniones o críticas a esta modalidad contractual, lo cual ameritaría un estudio en profundidad desde las ópticas de los diferentes actores, como por ejemplo los funcionarios de carrera administrativa y los trabajadores oficiales y por otro los funcionarios de elección popular y los de libre nombramiento.

Dentro de los textos que se han ocupado de manera más completa de analizar a la luz del derecho esta modalidad de contratación en Colombia está “El contrato de prestación de servicios de la administración pública”, de Bohórquez C. y Conrado R. editado por la Universidad Católica de Colombia en el año 2009. En esta obra se recogen unas nociones en materia civil y administrativa, así como una parte que introduce los antecedentes del actual estatuto. Obviamente por el año de publicación no se ocupa de la reglamentación posterior, como el Decreto 734 de 2012 y el 1397 de 2012, los cuales fueron a su vez derogados por el Decreto 1510 de 2013 y este último por el 1082 de 2015. También aborda las formas de vinculación al servicio público, da unas nociones estructurales de este contrato, sus aspectos jurídicos, la responsabilidad, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la modalidad de selección y el régimen de acciones, entre otros aspectos.

Otro texto más reciente que aborda el tema de la contratación directa de servicios profesionales en el Estado, en un par de capítulos, es la “Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal”, de Rico L. editado por LEYER, que a 2013 va en su octava edición. En este volumen de más de 1.400 páginas el autor se ocupa, entre otros temas, de todas las modalidades de contratación hasta la vigencia del Decreto 734 de 2012, no obstante, pocos meses después de salir de la imprenta la obra, se derogó este reglamento con el Decreto 1510 de 2013, el cual además ya perdió vigencia. Sin embargo más allá de la inestabilidad jurídica del reglamento hay dos apartes que se ocupan ampliamente del contrato de prestación de servicios pero con el valor agregado de recoger algunas críticas que se han hecho a esta modalidad contractual, los argumentos en defensa de su celebración, en qué casos se desnaturaliza y enuncia las prohibiciones respecto a la generación de relaciones laborales.

Finalmente un texto que quizás puede representar y servir de contraste a los dos anteriores, sobre todo en lo que refiere a los antecedentes del estatuto, es el “Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas -Ley 1150 de 2007-”, de Solarte F. y Sánchez A. publicado por Ediciones Doctrina y Ley Ltda en el año 2007. Este análisis a la reforma que constituyó la Ley 1150 es importante por cuanto una de las características de esta norma es la definición de las diferentes modalidades de contratación del Estado que hoy se practican. Aunque en lo referente a la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión es muy breve su abordaje, en comparación con los anteriores textos, la obra se ocupa en este tema de hacer un análisis de sus problemáticas, así como de la cronología normativa hasta 2007, como el primer estatuto constituido por el Decreto-Ley 150 de 1976, o el segundo con la Ley 19 de 1982 y el Decreto-Ley 222 de 1983.

Respecto a la evolución que ha tenido el contrato de prestación de servicios, en la normatividad colombiana, Bohórquez C. y Conrado R. observan que, antes de la compilación del Decreto-Ley 1670 de 1975, el contrato de prestación de servicios a pesar de ser un instrumento muy utilizado por el Estado no tenía una regulación administrativa propia por lo que esta modalidad contractual quedaba sometida al derecho común. En aquella época los contratistas sin ser funcionarios o empleados directos de la administración percibían prestaciones sociales. Con el Decreto-Ley 150 de 1976, en su artículo 138, este contrato adquiere regulación administrativa propia para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de funciones que se hallan a cargo de la entidad, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.

Agregan Bohórquez C. y Conrado R. que quizás la más significativa sistematización normativa del contrato de prestación de servicios surge con la expedición del Decreto-Ley 222 de 1983 y posteriormente con la puesta en vigencia de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Apuntan los autores que el contrato de prestación de servicios que suscriben las entidades estatales ha sido una solución puesta al servicio de la administración pública para “acometer sin tregua” la función administrativa, puesto que en el derecho administrativo laboral colombiano la regla general es que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Sobre las críticas, para el año 2007 Solarte F. y Sánchez A. afirmaban, en la obra antes referenciada, que la administración se encontraba “entre la espada y la pared” por cuanto la realidad iba por un lado y la normatividad por otro, pues el Estado se vio obligado

a disminuir las plantas de personal de carrera, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003, que disponían que los cargos que quedaren vacantes, como consecuencia de jubilaciones, debían ser suprimidos, sin necesidad de estudios técnicos que justificasen la medida, lo que conducía inevitablemente a incrementar la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para cumplir funciones administrativas pero eludiendo los factores prestacionales. Esto obviamente se traducía en vulneración de derechos laborales y condiciones indignas de trabajo.

En lo anterior coinciden Bohórquez C. y Conrado R. en el prefacio de “El contrato de prestación de servicios de la administración pública”, al afirmar que esta modalidad de contratación directa se utiliza en muchos casos provocando nóminas paralelas y a veces para evadir el pago de prestaciones laborales, como en los hospitales, según se puede evidenciar en las innumerables demandas contra ese sector institucional, lo cual contraviene el verdadero sentido de este contrato, que consiste en evitar que en situaciones especiales se paralice la administración y se ponga en riesgo el interés general, bien por la ausencia de personal suficiente o por la exigencia de conocimientos especiales que el personal de planta no está en condiciones de satisfacer. También mencionan los autores otra causa ilegal del contrato como el sentido clientelista que le pueden dar los políticos de turno.

Otra problemática que observan Bohórquez C. y Conrado R. es que hay poca preocupación doctrinaria sobre el tema por lo cual la principal fuente viene a ser la jurisprudencia donde están muy divididos los criterios toda vez que no hay un acuerdo en muchos casos, como los de la naturaleza de las acciones para tratar las controversias en el Consejo de Estado: hay un sector de la Sala Plena que considera que es la acción de controversias contractuales, y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, la vía

cuando se presentan casos de contrato realidad, mientras que otros magistrados se sostienen en el criterio de la inexistencia del contrato y que por lo tanto basta con provocar un acto administrativo que si niega el pago de prestaciones puede ser judicializado mediante control subjetivo de legalidad; y finalmente otros fenómenos observados como la prestación de servicios sin contrato.

Por su parte Rico L. en su obra “Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal”, página 251, señala algunas críticas que se han dado a esta figura de selección de contratistas. Coincide con los anteriores autores en que muchos consideran ilegal la celebración de estos contratos porque constituyen simples nóminas paralelas, contrarias al orden jurídico y que contribuyen a la pauperización de la fuerza laboral endilgándole toda carga y la responsabilidad por la seguridad social al trabajador. Menciona también que ningún vínculo afectivo une a este tipo de servidores con las instituciones puesto que no pueden desarrollar sentido de pertenencia, dado que su labor siempre está sometida a la zozobra por su renovación. También hace referencia a los problemas de jurisdicción de las controversias, ya sea la contenciosa administrativa o la ordinaria laboral.

En contraste con lo anterior Rico L. presenta unos argumentos en defensa de la celebración de este tipo de contratos. Manifiesta que hay quienes abogan por esta modalidad de contratación porque no se trata de una relación laboral sino de una relación legal y contractual en virtud de la cual la remuneración atiende al concepto de honorarios, no de salarios, lo cual está acorde con la normativa que sobre la materia prevé el régimen del empleado oficial, el Estatuto Tributario y la Ley 190 de 1995. Contra la posibilidad de causación de vínculo laboral y prestaciones sociales, lo mismo que indemnización por terminación unilateral sin justa causa, lo que se presenta allí es simplemente la terminación

del objeto, que tiene como fundamento normativo lo previsto en la Ley 80 de 1993. Del mismo modo está contemplada en la norma la caducidad por los hechos de incumplimiento.

Los defensores dicen que tampoco puede hablarse de terminación intempestiva porque los contratistas conocen con la debida anticipación, es decir desde que se suscribe el contrato, la fecha de expiración del plazo sin que tenga cabida su prórroga automática puesto que estando regida la función pública, y la contratación hace parte de ella, por el principio de la administración reglada implica que para proceder a la prórroga debía mediar autorización expresa, lo cual no existe en la Ley 80 de 1993. Esa carencia de autorización legal para proceder a la prórroga automática del contrato de prestación de servicios no sólo la hace improcedente sino que de efectuarse haría incurrir en responsabilidad al nominador con las consecuentes cargas pecuniarias de tal error. Así las cosas, la terminación opera sencillamente con el anuncio que la administración da de la culminación del objeto.

Sobre la suscripción periódica de contratos de prestación de servicios, agrega Rico L. los defensores aluden como móvil para tal conducta la necesidad inminente que la administración tiene de cubrir las deficiencias que no pueden ser subsanadas con el personal de planta, según lo advierte el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80/1993, toda vez que su ampliación o definición, en el caso de los establecimientos públicos, no son del resorte de representante legal sino del Consejo Directivo como máxima autoridad en esta materia, según los lineamientos que para el efecto se traza en el régimen del empleado oficial y concretamente en la Constitución Política, artículos 122 y siguientes, decretos-leyes 1950 de 1973 y 1042 de 1978 y Ley 27 de 1992. Del mismo modo los contratistas de los establecimientos públicos no pueden invocar la calidad de trabajadores oficiales por las razones anotadas.

En conclusión se puede observar que esta modalidad de contratación es muy anterior al actual estatuto; es una de las más recurridas por parte de la administración, lo que significa que es una evidente necesidad la que satisface pero sin embargo poco se ha estudiado el modelo por parte de los doctrinantes. Las principales problemáticas tienen que ver con la confusión que puede presentarse en determinados momentos con el contrato laboral o con la carrera administrativa por el denominado “contrato realidad” lo cual puede derivar en vulneración de derechos de los contratistas, en sentencias desfavorables para la administración y sanciones disciplinarias, y hasta fiscales, para los servidores responsables; también el contrato puede ser utilizado con fines clientelistas, lo que desvirtúa el objeto del instrumento. Sería importante realizar un análisis desde los diferentes actores involucrados.

11. LÍNEA JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL

En este repaso por la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional se ilustran los criterios de ese alto tribunal en relación con las demandas de inconstitucionalidad, o vía tutela, por la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el sector público. En las demandas de inconstitucionalidad se evidencian de manera concreta las diferentes posiciones de sectores relacionados con la gestión estatal, ya sea desde la óptica los empleados públicos, funcionarios de carrera o trabajadores oficiales, desde los mismos contratistas, o desde los directivos de las propias entidades que generalmente buscan un mayor margen de acción frente a los límites impuestos por la función administrativa. También se ilustra algún caso de tutela en el cual se pretende la protección de derechos fundamentales en el caso del contrato realidad y una demanda de inconstitucionalidad contra el Código Sustantivo del Trabajo que pone en tela de juicio el

elemento de la subordinación en las relaciones laborales, la cual sirve para analizar la antípoda que supone el contrato laboral respecto al de prestación de servicios.

Sentencia C-171 de 2012, M.P. Vargas Luis E.

La sentencia de inconstitucionalidad más reciente, respecto a los conflictos relacionados con los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, es la C-171 de 2012, que versa sobre la demanda contra el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, pues a juicio del accionante al disponerse que las Empresas Sociales del Estado puedan desarrollar sus funciones permanentes mediante contratación con terceros, y no a través de su planta de personal, se vulnera el derecho al trabajo, constituye una deslaboralización y un desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos de los trabajadores, así como una desnaturalización de la función pública, todo lo cual desconoce los preceptos constitucionales y el precedente de la jurisprudencia constitucional en la materia, y más allá, significa una sustitución de la Constitución.

La Corte Constitucional en este caso declaró exequible el artículo demandado en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados.

Dentro del nicho citacional de esta sentencia tenemos principalmente, en orden cronológico, las sentencias C-614 de 2009, C-960 de 2007, C-397 de 2006, T-214 de 2005, T-1109 de 2005, C-314 de 2004, C-124 de 2004, C-094 de 2003, C-154 de 1997.

Sentencia C-614 de 2009, M.P. Pretelt Jorge I.

Esta es la segunda sentencia de inconstitucionalidad más reciente, y que hace parte del nicho citacional de la anterior. Es una sentencia muy importante ya que analiza las diferencias principales entre el contrato laboral y el de prestación de servicios. Se demanda el inciso 4° del artículo 2°, del Decreto Ley 2400 de 1968, por cuanto considera el accionante que la prohibición legal para celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones de carácter permanente en la administración pública constituye una barrera de acceso al trabajo en el Estado, pues mientras la vinculación por contrato puede realizarse en forma expedita y oportuna, la creación de empleos requiere cumplir una serie de requisitos engorrosos, demorados e ineficientes.

La Corte declaró exequible al artículo demandado porque encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente ya que para ello se requiere crear los empleos correspondientes, y entre otras consideraciones, ya que de esta manera se impide que los nominadores desconozcan el concurso de méritos como regla general de ingreso a la función pública, evadan la responsabilidad prestacional y desconozcan las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra.

El nicho citacional de esta sentencia son las sentencias: C-154 de 1997, C-094 de 2003, C-282 de 2007, C-960 de 2007, C-672 de 2001, C-555 de 1994, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426, Sentencia del 23 de junio de 2005, expediente 245.03, Sentencia del 16 de noviembre de 2006, expediente 9776, Sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 2776 y Sentencia del 10 de octubre de 2005, expediente 24057.

Sentencia C-154 de 1997 (Sentencia hito), M.P. Herrera Hernández.

Demanda de inconstitucionalidad contra apartes del numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, por considerar que, entre otras consideraciones, permite, motiva e induce a

la administración pública a contratar por prestación de servicios a personas para que desarrollen las mismas actividades o funciones públicas que desempeñan trabajadores oficiales y empleados públicos con las mismas obligaciones y deberes que aquellos, dando origen a una relación que en la práctica tiene carácter laboral por la subordinación y dependencia con que se realiza, con lo cual se genera un trato desigual y discriminatorio entre contratistas y servidores públicos, en materia de garantías y derechos laborales, a pesar de que la base fáctica entre todos es idéntica.

Los apartes demandados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional al considerar esta que la restricción demandada hace prevalecer el respeto al derecho a la igualdad en tanto que sólo autoriza la contratación por prestación de servicios de personas naturales cuando las actividades de administración o funcionamiento de la entidad no puedan celebrarse con personal de planta, precisamente para evitar que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas. El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

Nicho citacional: sentencias C-449/92, C-537 de 1993, C-016/93, C-056/93, C-555/94.

Sentencia C-960 de 2007, M.P. Cepeda Manuel J.

Esta sentencia, referida al nicho citacional de la más reciente arriba descrita, se ocupa de la demanda contra el parágrafo (parcial) del artículo 1, de la Ley 1010 de 2006, al considerar el accionante que este vulnera el derecho a la igualdad por excluir a las personas

vinculadas al sector público, mediante contrato de prestación de servicios, de las medidas que se adoptan para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral, en el marco de la relaciones de trabajo, pues, a juicio del demandante, las personas vinculadas por esta modalidad contractual también se encuentran sujetos en determinado momento a ser víctimas de acoso laboral, maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, entre otros.

La norma demandada fue declarada exequible por la Corte pues está dirigida a las relaciones laborales y el elemento diferenciador determinante entre las relaciones laborales y los contratos de prestación de servicios es la dependencia o subordinación. En las primeras dicho elemento se encuentra presente mientras que en los segundos no. Es por esto que resulta sin fundamento el cargo por la presunta discriminación de los trabajadores dependientes, frente a los trabajadores independientes, de modo que constitucionalmente no es exigible una igualdad de trato. Por el contrario, las normas acusadas vulnerarían el derecho fundamental a la igualdad si, desconociendo dicha diferencia sustancial, les otorgaran un trato uniforme.

Nicho citacional: sentencias C-898 de 2006, C-738 de 2006, C-078 de 2007, C-282 de 2007, C-386 de 2000, C-397 de 2006, T-1109 de 2005.

Sentencia C-397 de 2006, M.P. Araujo Jaime.

El accionante demandó apartes del Código Sustantivo del Trabajo relacionados con los elementos esenciales del contrato de trabajo, como la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración

del contrato. Sostiene el accionante que las normas demandadas violan los derechos al trabajo, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la dignidad humana y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, colocando al trabajador en situación de servidumbre frente a su empleador.

La Corte declaró la exequibilidad de la norma demandada al considerar que la enajenación de la fuerza de trabajo por parte del trabajador al empleador, y el consiguiente sometimiento de aquel a la autoridad de éste, se realiza en virtud de un contrato que ambos celebran en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada y bajo el régimen de normas legales y reglamentarias que otorgan al primero una protección especial, por causa de su condición de desigualdad frente al segundo, para desarrollar actividades económicas productivas de carácter lícito y crear riqueza, y, así mismo, para obtener el trabajador los medios económicos necesarios para atender sus necesidades vitales y las de las personas cercanas a él, que contemplan las normas demandadas.

Nicho citacional: sentencias C-386 de 2000, C-299 de 1998, T-407 de 1992, T-532, T-584, T-707 de 1998, T-503 de 1999, T-1571 de 2000, T-077, T-346, T-704, T-1041 de 2001, T-026 de 2002, T-256 de 2003 y T-165 de 2004, T- 909 de 2004, T-645 de 1996, C-542 de 1993, T-090 de 1994, C-045 de 1998, C-521 de 1998, T-556 de 1998 y T-587 de 1998, T-881/02 y C-386 de 2000.

Sentencia T-214 de 2005, M.P. Sierra Humberto A.

Sentencia sobre acción de tutela referente a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al pago oportuno de prestaciones laborales, toda vez que la vinculación como celador del accionante, a un centro de salud en la ciudad de Cartagena, se realizó mediante “Orden de Trabajo”, pero la entidad contratante a través del jefe de personal le exigía realizar su labor por turnos, con lo cual se evidencia una relación de subordinación y una jornada de trabajo, elementos que configuran la

relación laboral, no obstante la accionada dio por terminado el contrato y se negó a pagar las prestaciones sociales correspondientes, a pesar de sí haberlo hecho con otras personas en idénticas circunstancias. El *a quo* concedió la tutela, la cual fue recurrida y revocada por el *ad quem*.

La Corte Constitucional confirmó la sentencia de segunda instancia toda vez que el asunto escapa al conocimiento del juez constitucional, pues el ordenamiento jurídico ha establecido otros medios judiciales de defensa, por medio de los cuales, el actor podrá, con la aportación de las pruebas pertinentes, acreditar la existencia o no de una verdadera relación contractual de orden, y lograr así el pago de las respectivas acreencias. No obstante esa Corporación ha advertido que si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo, así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Nicho citacional: C-154 de 1997, T-523 de 1998, T-305 de 1998, C-094 de 2003, T-033 de 2001, T-500 de 2000, T-523 de 1998, C-053 de 1993, C-124 de 2004, C-056 de 1993.

Sentencia C-314 de 2004, M.P. Monrroy Marco G.

Demanda de inconstitucionalidad parcial, en dos apartes del artículo 16, del decreto 1750 de 2003, en el cual la Corte debió determinar si el legislador quebrantó el principio de igualdad constitucional al establecer que los servidores públicos de las empresas sociales del Estado, creadas por el Decreto 1750 de 2003, tendrán la calidad de empleados públicos, dado que en las demás empresas comerciales e industriales del Estado, que también tienen

personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, tales servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales. De igual manera debió definir si el cambio de régimen laboral que opera para los servidores públicos vinculados a las empresas sociales del Estado creadas por este decreto afecta sus derechos adquiridos, particularmente el derecho a la negociación colectiva y otros derechos legales y convencionales conseguidos a través de dicho mecanismo.

La Corte declaró exequible el primer aparte de la norma demandada en lo que respecta a la vinculación de servidores públicos a las empresas sociales del Estado, pues esta se limita a seguir la regulación general aplicada desde 1990 por la Ley 10, ya que reconoce que la asignación de trabajadores oficiales es excepcional y se reserva a personal encargado de desempeñar cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, siendo los demás servidores empleados públicos, pues éstos son los únicos que pueden ocupar un cargo de carrera o de libre nombramiento y remoción. El segundo aparte lo declaró inexecutable dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, y aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debía ser retirada del ordenamiento jurídico.

Nicho citacional: sentencias C-306 de 30 de marzo de 2004, C- 013 de 1993, C- 408 de 1994, C-702 de 1999, C- 003 de 1998, C-168 de 95, C-484 de 1995, C-090 de 2002, C-377 de 1998, C-168 de 1995, C-074 de 1993, C-619 de 2001, C-355 de 2003.

Sentencia C-124 de 2004, M.P. Tafur Álvaro.

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 388 de la Ley 5 de 1992, pues el demandante advierte la vulneración del principio de igualdad (art 13 C.P.)

así como del principio de imparcialidad que rige la función administrativa (art 209 C.P) por cuanto establecen una diferencia de trato injustificada entre los contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo de los Congresistas y los demás contratistas del Estado vinculados a través de un contrato de prestación de servicios, dado que establecen la posibilidad para los primeros de reclamar del Congreso el pago de los aportes a la seguridad social que deban hacer en virtud del contrato de prestación de servicios que celebren, posibilidad que el ordenamiento jurídico no autoriza para los demás contratistas del Estado en las mismas circunstancias.

La Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones de la norma demandada puesto que puede existir un trato diferente siempre y cuando sea razonable y justo; si la diferenciación no es razonable o es injusta, se convierte en una forma de discriminación, efectivamente proscrita por la Constitución. Al respecto es claro que las discriminaciones que se establecen frente a hipótesis análogas o iguales quiebran el principio constitucional a la igualdad cuando carecen de justificación. La igualdad se rompe cuando el Estado otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si éstos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico. No cabe duda entonces de que las expresiones acusadas vulneran de manera ostensible el principio de igualdad

Nicho citacional: Sentencias T-297 de 1997, C-154 de 1997, C-739 de 2002, C-056 de 1993, T-905 de 2002, T-500 de 2000, T-890 de 2000, T-033 de 2001, C-555 de 1994, C-056 de 1993, C-054 de 1997, T-052 de 1998, T-824 de 2000, T-739 de 2002, C-126 de 2000, ente otras.

Sentencia C-094 de 2003, M.P. Córdoba Jaime.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 48 de la ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, respecto a la falta gravísima que constituye 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. A juicio del demandante esta norma vulnera múltiples disposiciones, fundamentalmente por desconocer el principio de legalidad; por consagrar una presunción de falta disciplinaria y por discriminar injustificadamente a las entidades estatales, las que, a diferencia de las entidades privadas, no tendrían mayor libertad para contratar la prestación de servicios a su cargo, viéndose obligadas a ensanchar su planta de personal y, por esa vía, a incrementar gastos de funcionamiento y reducir gastos de inversión.

La Corte declaró exequible la norma demandada pues concluye que la disposición demandada no vulnera el principio del Estado social de derecho, ni los fines esenciales del Estado, ni el principio de legalidad, ni el derecho de igualdad, ni el debido proceso, ni los fundamentos constitucionales de la función pública, ni tampoco los principios de la actuación administrativa. Por el contrario, se trata de una norma que tipifica como falta disciplinaria un comportamiento dotado de ilicitud sustancial y que por lo tanto resulta compatible con los fundamentos constitucionales de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos.

Nicho citacional: sentencias C-037-03, C-702-99, C-866-99, C-154-97 y C-056-93.

12. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Hay dos tipos de problemas fundamentales en los cuales se ha ocupado el Consejo de Estado para resolver los conflictos relacionados con los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión: en primer lugar, y las más comunes, son las demandas

para la declaración del contrato realidad, por medio de la nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales persiguen principalmente fines indemnizatorios; por otra parte las demandas de nulidad simple contra los diferentes reglamentos expedidos por el Ejecutivo, especialmente en materia de contratación directa. Para efectos de ilustración se enunciará sólo la más reciente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual este tribunal supremo enumera los elementos que configuran la relación laboral y cita las sentencias más representativas sobre el tema; por otro lado se hará un recorrido con mayor profundidad en el espectro de demandas contra los decretos reglamentarios, sobre las objeciones a la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, como modalidad precontractual para la selección de contratistas, cuyas consideraciones aportan más al objeto de este trabajo.

Radicación No: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12) – Mayo de 2014, C.P. Arenas G.

Esta es la sentencia más reciente sobre conflictos relacionados con el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el Consejo de Estado, contra un oficio expedido en el año 2007 por el Departamento de Seguridad DAS en el cual se le negó al accionante el reconocimiento de una relación laboral legal y reglamentaria. En ese sentido correspondió al Consejo de Estado determinar si existió una relación laboral y como consecuencia de ello, si el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo. Esta sentencia, además de ser la más reciente, aborda los elementos esenciales para determinar la existencia del contrato realidad, que es

el conflicto más común en relación con los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, con efectos interpartes.

El fallo fue condenatorio contra el DAS, a título de reparación del daño, para reconocer y pagar las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, así como el pago de los aportes por dicho período a las entidades de Seguridad Social, ya que se evidenció: (i) la prestación personal continua y permanente de los servicios, (ii) la existencia de un Coordinador que supervisaba e impartía órdenes en el desarrollo de las funciones, (iii) el cumplimiento de directrices por parte del actor, así como el uso de elementos de dotación como armamento y vehículo asignado (iv), el cumplimiento de las mismas funciones que los empleados de planta, (v) el pago de una contraprestación por los servicios prestados y (vi) la existencia de una subordinación a la entidad en el cumplimiento de sus funciones, que es uno de los principales elementos constitutivos de la relación laboral.

Nicho citacional: sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara; Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda; Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicación 21554 del 1º de junio de 2004; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05; Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante; Sentencia de 23 de septiembre de 2010, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Radicación No. 080001-23-31-000-2003-00011-01; Sentencia de 7 de marzo de 2013. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación: 25000-23-25-000-2007-01285-01; Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda; Sección Segunda, Subsección “ A “, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia 6 de marzo de 2008, Radicación número: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

Radicación No: 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719) – Diciembre de 2013, C.P. Santofimio Jaime O.

Esta sentencia es la más reciente en cuanto a acciones de nulidad simple, es decir contra actos administrativos de carácter general, en lo relacionado con la contratación

directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. El actor demandó la nulidad de los incisos 1 y 2, del artículo 1 del Decreto 4266 de 2010, por el cual se modifica el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. El demandante alegó que debe entenderse que los servicios de apoyo a la gestión son también de carácter profesional y no, como lo afirma la motivación del decreto 4266 de 2010, “*actividades operativas, logísticas o asistenciales vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad*” y diferentes de aquellos, es decir, que ambos conceptos conforman una unidad funcional y no son hipótesis diferentes.

La sentencia denegó las pretensiones de la demanda por considerar errada la afirmación del actor de que los servicios profesionales son iguales a los de apoyo a la gestión, pues explicó ampliamente que los servicios profesionales, por un lado, requieren un conocimiento especializado y son encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales; y por otro que los servicios de apoyo a la gestión son más operativos, y, si se quiere, técnicos o de apoyo o de soporte que involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, y que no requiere de personal profesional. Finalmente el consejo de Estado resolvió con esta sentencia unificar la jurisprudencia en cuanto al alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, de acuerdo a las definiciones esbozadas.

Nicho citacional: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia del 7 de marzo de 2011. Rad. 37.044. Cp.- Enrique Gil Botero; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 24715 y otros Acu. Cp.- Ruth Stella Correa Palacio; Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.

Radicación No: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B – Marzo de 2011, C.P. Gil Enrique.

Demanda de nulidad contra los artículos 77, párrafo 2, y 82, inciso 1, del Decreto 2474 de 2008. Considera en primer lugar el demandante que el citado párrafo 2 al eximir a la administración de la expedición del acto administrativo de justificación de la contratación directa, para los “contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión (...)”, vulnera el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, según el cual la Administración debe justificar las razones jurídicas en que se fundamenta la modalidad de selección. Respecto al artículo 82, inciso 1, que posibilita la contratación directa de los servicios en comento, contraría lo dispuesto en los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y 5 de la Ley 1150 de 2007, porque limita los factores de escogencia allí consagrados, siendo insuficientes los de idoneidad y experiencia para una selección objetiva, debiendo obtener además un número plural de ofertas.

El Consejo de Estado negó las dos pretensiones anulatorias del demandante, en primer lugar, porque la indicación de los fundamentos que justifican la escogencia de cualquier modalidad de selección, incluida la contratación directa, se satisface con la elaboración de los estudios previos, que se publican antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato; en segundo lugar porque no es verdad que para celebrar esta clase de contratos se requiera obtener varias ofertas, para escoger la más favorable, pues la contratación directa tiene antecedentes en todos los estatutos contractuales que ha tenido el país, y en las leyes vigentes; además, la expresión “directa” debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, sin necesidad de obtener dos o más ofertas, de no ser así no sería directa la contratación.

Nicho citacional: Sentencia de 14 de Octubre de 1999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero; sentencia C-508-02 de 2002.

Radicación No: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y acumulados – Diciembre de 2007 (Sentencia Hito), C.P. Correa Ruth S.

Esta demanda acumuló varios procesos de nulidad contra diferentes artículos del decreto 2170 de 2002, el cual reglamentó, en su momento, la ley 80 de 1993 y otras normas. Los demandantes alegaron principalmente la incompetencia funcional y temporal del Gobierno Nacional para expedir el decreto y adoptar por vía del reglamento las disposiciones contenidas en los diferentes artículos; y por otra parte argumentaron la supuesta violación de normas superiores a las que está sujeto el Ejecutivo, de las cuales unas son de carácter constitucional y otras del orden legal, que se proyectan en reglas y principios de la contratación pública y de la función administrativa, especialmente lo que tiene que ver con los límites del ejecutivo en materia de contratación directa.

Sobre la facultad reglamentaria del Ejecutivo, el Consejo de Estado concluyó que la Constitución y la ley le otorgan competencia para reglamentar la materia, no obstante está limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al reglamento. Por otra parte señala que la contratación directa es un procedimiento reglado excepcional y de aplicación e interpretación restrictiva, al cual puede acudir para celebrar contratos, en determinados eventos tipificados, de una forma rápida, sencilla y expedita, que no precisa

ni requiere de los formalismos y múltiples etapas previstas para la licitación, aun cuando debe cumplir estrictamente con los principios rectores.

Nicho citacional: **FACULTAD REGLAMENTARIA** Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825; de la Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 17 de junio de 1993, Sentencia C-265 de 2002 y Sentencia C-512 de 1997; Sentencia de 19 de febrero de 1998, Exp. 9825; Sentencia de 4 de julio de 1997, Exp. 9523; Sentencia de 3 de febrero de 1994; Sentencia de 5 de febrero de 1998, Exp.11.795; Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp.10.077; Sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 11575; Sentencia C-1262 de 20 de septiembre de 2000, C-508 de 2002; Sentencia C-949 de 2001; **CONTRATACIÓN DIRECTA** Sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960; sentencia del 5 de mayo de 2007 Exp. 16257, sentencia de 22 de julio de 1996. Exp. 10313; autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945; sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp.12.964; **PRINCIPIOS Y REGLAS** Sentencia T-406 de 1992 y Sentencia C- 818 de 2005 de la Corte Constitucional; SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, C-647 de 2001, T-823 de 2002, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003, C-1186 de 2003, C-131 de 2004, C-229 de 2004 y T-739 de 2004 y Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional; Autos de 14 de agosto de 2003, Exp. 22.848, y de 30 de septiembre de 2004, Exp. 26945; y Sentencias de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964, 15 de julio de 2004, Exp. AP 1156-02, 14 de abril de 2005, Exp. AP 01577; 20 de abril de 2005, Exp. 14.519; Sentencia de 9 de julio de 1993, Exp. 5671; Exp. 14.579, Sentencia de 20 de octubre de 2005; Sentencia de 5 de marzo de 1993, Exp. 6225; Sentencia de 7 de junio de 2001, Exp. 13.405; Sentencia de 11 de marzo de 2004, Exp. 13355; Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp.12307; Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996; Sentencia C-887 de 22 de octubre de 2002; Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999 de la Corte Constitucional; Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508; Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12.037; Sentencia de 24 de junio de 2004, Exp.15235; y sentencia C-815 de 2001 de la Corte Constitucional; Sentencias del 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059; sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001; de la Corte Constitucional Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000 y Sentencia C-508 de 2002; Sentencia de 19 de julio de 2001, Exp. 12037; de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088; de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-508 de 2002; Sentencia de 20 de octubre de 2005, Exp. 14.579; Sentencia de 15 de mayo de 1992; Sentencia de 19 de junio de 1998, Exp.10.439; Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993; de la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-004 de 18 de enero de 1996; Sentencia de 10 de agosto de 2000, Exp. 12.964; Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Exp. AP 116402. Nota de Relatoría: Ver sentencia de la Corte Constitucional C-400 de 2 de junio de 1999; **SUSTRACCION DE MATERIA** Sentencias de 14 de enero de 1991, Exp. S - 157, C.P. Carlos Gustavo Arrieta P, 23 de julio de 1996, Exp.. S - 612, C.P. Juan Alberto Polo F. y 19 de noviembre de 1996, Exp. A-508, C.P. Juan Alberto Polo F.

Radicación No: 11001-03-26-000-1997-09523-01 – Julio de 1997, C.P. Hoyos Ricardo.

Demanda de nulidad simple contra el artículo 3, del decreto 2251 de 1993. Este fue el primer decreto reglamentario de la ley 80 de 1993. En este artículo el Ejecutivo pretendía omitir la obligación que le imponía el parágrafo 2, del artículo 24 de la ley 80 de 1993, de expedir un reglamento de contratación directa dentro de los seis meses siguientes a la

expedición de la ley. El inciso segundo de este párrafo prohibía de manera expresa esta modalidad de contratación hasta tanto el reglamento no se expidiera, no obstante el Ejecutivo señalaba taxativamente en el artículo cuestionado que estos contratos podrían celebrarse sin que debiera cumplirse un procedimiento especial para la selección de estos contratistas. Del mismo modo el demandante señaló la vulneración del numeral 11, del artículo 189 de la Constitución Política, la cual establece límites a la potestad reglamentaria del gobierno pues no puede exceder los alcances de la ley que reglamenta.

En este caso, y como ha sucedido con la mayoría de las demandas de nulidad contra los decretos reglamentarios de las leyes de contratación estatal, el pronunciamiento de la Corte se da después de que el reglamento ha sido derogado, lo que sin embargo no impide su pronunciamiento pues es su obligación hacerlo en atención a los efectos producidos durante la vigencia de las normas y por la necesidad de seguridad jurídica. La Sala falló la nulidad del artículo demandado por estar en clara contradicción con la norma que decía reglamentar y otorgó además la razón al agente del Ministerio Público que manifestó que el acto acusado otorgó, sin tener competencia para ello, facultades plenas a las entidades estatales para la escogencia en forma directa del contratista, lo que además, no obedece, ni garantiza, ni desarrolla los principios de economía, transparencia, y menos aún el de selección objetiva a que estaba sujeto el reglamento que debía expedirse.

Nicho citacional: sentencias de enero 14 de 1991, proceso S-157, y del 23 de julio de 1996, Exp. S-612; Sentencia C-005 del 18 de enero de 1996; del 14 de enero de 1991, proceso S – 157; del 23 de julio de 1996, expediente S – 612.

13. ANÁLISIS ESTRATÉGICO

En este punto se realizará, mediante la metodología DOFA de la planificación estratégica, un análisis de los factores internos y externos que afectan la prevalencia del

interés general, sobre el interés particular, en la organización estatal respecto a la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. En primer lugar se enunciarán los principales grupos de interés que tienen influencia en la organización estatal; posteriormente se teorizarán brevemente las expectativas que tiene cada uno de estos grupos; a continuación se deducirán los factores internos, divididos en debilidades y fortalezas, y los factores externos, representados por las oportunidades y amenazas. A partir de este análisis se plantearán las estrategias que satisfagan uno o varios de los diferentes factores internos y externos planteados así como con las expectativas de los grupos de interés, sin perder de vista el principio de prevalencia del interés general.

13.1. EXPECTATIVAS DE LOS GRUPOS DE INTERÉS EN LA ORGANIZACIÓN ESTATAL, EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Están constituidos principalmente por la ciudadanía en general, funcionarios de elección popular, directivos de libre nombramiento y remoción, funcionarios de carrera administrativa, provisionales, trabajadores oficiales, contratistas, organismos de control, Congreso de la República y concejos municipales o distritales y Rama Judicial.

1) Ciudadanía en general: son el objeto y la razón de ser de la organización estatal, por lo cual es la satisfacción de sus necesidades la que debe primar en la inversión de los recursos públicos. Su influencia es significativa, especialmente durante los periodos de campañas electorales, no obstante la Constitución y la Ley la ha dotado de mecanismos de participación en la Administración para la protección de sus derechos e intereses. Su interés principal, por lo menos para la mayoría de la población, también recae sobre el empleo, por lo que es susceptible de apuestas burocráticas en épocas electorales.

2) Funcionarios de elección popular: su periodo en la rama ejecutiva, principalmente de presidente y alcaldes, es de cuatro años. En este tiempo tienen que ejecutar su plan de gobierno. El primer año de gobierno es de empalme, redacción, aprobación e implantación del plan de gobierno, los dos siguientes son de ejecución plena y el último es de rendición de cuentas y de máxima ejecución para el logro de las metas. Su interés principal es reputacional pues su vínculo con el Estado está íntimamente relacionado con la opinión pública. El modelo de gobierno aplicado puede variar según su corriente política: que puede ser liberal, en la cual se busca más la desregulación y desestatización de ciertas funciones públicas traduciéndose esto en una infraestructura administrativa más pequeña pero priorizando la inversión pública y privada; por el contrario visiones más estatistas, conservadoras y de corte socialista también, propenden por un estado administrativamente más grande pero restándole participación al sector privado, restableciéndose su facultad monopolista, pero debiendo respetar también, en todo caso, los derechos individuales y colectivos.

3) Directivas de libre nombramiento y remoción: son los directos subalternos de los funcionarios de elección popular y tienen la misión de liderar en cada entidad la ejecución del plan de desarrollo, por lo cual son más gerentes-ejecutores de las políticas públicas. Por la naturaleza de su nombramiento, es decir por la discrecionalidad del funcionario de elección popular para nombrarlo y removerlo, es más sensible a los resultados desfavorables de la gestión, por lo que es de su interés contar con personal que trabaje por resultados y es quien incide, y es responsable funcionalmente, en la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

4) Funcionarios de carrera administrativa y trabajadores oficiales: son los que tienen mayor estabilidad en el Estado y ejercen una importante influencia por si solos y a través de los sindicatos para mantener esa seguridad laboral. A pesar de tener, por la diferencia de régimen, privilegios laborales en comparación con la mayoría de trabajadores del sector privado, su eficiencia puede ser cuestionada por estar en una “zona de confort” sin mayores amenazas, con excepción de los contratistas por constituir estos un factor de comparación de eficiencia o de competencia. Aunque existen mecanismos para la evaluación de su desempeño, las calificaciones otorgadas generalmente les son favorables porque los directivos no desean involucrarse en conflictos que puedan ir más allá de su periodo de gestión y que no resuelven sus necesidades inmediatas. La jurisdicción ordinaria laboral, y la administrativa también, tienen constitucionalmente unos mandatos de favorabilidad hacia el trabajador, en caso de duda sobre la responsabilidad cuestionada, pues es este, se supone, la parte débil de la relación. Al resultar favorable el fallo para el demandante, el pago de las pretensiones constituye un daño antijurídico para el Estado y, por la obligatoriedad de ejercer la acción de repetición, desfavorable para el directivo de libre nombramiento y remoción, años después de haber ocupado el cargo.

5) Provisionales: a pesar de la naturaleza temporal que se supone constituye su vinculación con el Estado, buscan tener estabilidad a largo plazo, ya que disfrutan de las mismas prestaciones sociales y beneficios de ese cargo de planta que no ha sido aún conferido en virtud de un concurso de méritos; su nombramiento es discrecional pues no tiene mucho sentido realizar un concurso mientras se realiza otro concurso, y en ese vacío se han eternizado hasta pensionarse muchos funcionarios con fundamento en la obligación que tiene el Estado de tener una continuidad en el servicio. Son ellos los principales

interesados en aplazar continuamente los concursos de méritos, por medio de demandas de nulidad, con medidas cautelares de suspensión provisional, revocatoria directa o tutela, como medida excepcional, contra el acto administrativo general de convocatoria o las demás etapas susceptibles de recursos. Sin embargo, en caso de que se surta el concurso de méritos son los provisionales quienes tienen una ventaja al tener manera de acreditar experiencia e idoneidad en las funciones del cargo, aspecto tenido en cuenta generalmente por los concursos de méritos.

6) Contratistas: teniendo en cuenta que no tienen beneficios laborales, su principal interés debe ser el respeto de la naturaleza de su relación contractual, esto con el fin de poder ejercer su actividad de manera liberal y disponer de su tiempo para ejercerla en otras entidades o a su arbitrio. A pesar de esto muchos contratistas se someten y subordinan en las entidades por lo que quizás numerosos contratistas estén dispuestos a ejercer una actividad laboral, o legal y reglamentaria, pero con los mismos beneficios que los funcionarios de carrera administrativa o los trabajadores oficiales.

7) Organismos de control: en materia administrativa ejercen una importante influencia en las entidades estatales, especialmente las que tienen que ver con el control fiscal, como la Contraloría o la Veeduría, ya que realizan una auditoría periódica a la ejecución de los recursos, a los medios para realizar esta ejecución y al cumplimiento de las metas. Sus expectativas si bien están relacionadas con su misionalidad, también ejercen actividades administrativas con las mismas problemáticas del Ejecutivo. Su incidencia en las demás entidades, al ser tan alta, es proporcional también a su riesgo de corrupción por tráfico de influencias para el nombramiento de funcionarios y la adjudicación de contratos.

8) Congreso de la República y concejos municipales o distritales: estas corporaciones están compuestas por funcionarios de elección popular cuya carrera depende en buena medida de la opinión pública, no solamente para el cargo que ejercen en estas corporaciones sino porque eventualmente tienen aspiraciones para liderar la Rama Ejecutiva, en sus diferentes niveles. Ejercen unas funciones de control político y administrativo al Ejecutivo, además de la función legislativa en el caso del Congreso, por lo que su influencia en la Administración es considerable no sólo desde el punto de vista formal, teniendo también un grado importante de riesgo de corrupción para el nombramiento de funcionarios y la adjudicación de contratos.

9) Rama Judicial: los jueces administrativos a pesar de ser la instancia extrema a la cual se acude cuando los conflictos no es posible resolverlos en sede administrativa, una vez agotada esta vía, tienen una considerable congestión de procesos que hace los fallos tardíos y extremadamente demorados. Su expectativa estaría relacionada con la descongestión judicial por medio de la disminución de conflictos vinculados con el contrato realidad, que es el más común y generalizado, y que los conflictos que surjan se puedan resolver principalmente en sede administrativa. Sus riesgos de corrupción también son significativos, en todas sus instancias, por razones análogas a las de los organismos de control.

13.2. FACTORES INTERNOS

13.2.1. Debilidades

1) Oposición y resistencia por parte de los funcionarios de carrera administrativa, y trabajadores oficiales, a la celebración de contratos de prestación de servicios y de apoyo a

la gestión, o de otros mecanismos que puedan significar una competencia funcional, a pesar del bajo rendimiento de los citados funcionarios debido a la ineficacia de los mecanismos de evaluación de desempeño.

2) Inflexibilidad de las plantas de personal: teniendo en cuenta que el periodo para la ejecución de los planes de gobierno es limitado, los concursos de méritos para la contratación de funcionarios resultan muy demorados, sobre todo también por las demandas de las cuales son objeto, lo que hace muy inflexibles a las plantas de personal, tanto para aumentarlas rápidamente como para disminuirlas en función del Plan de Desarrollo. No obstante la disminución de las plantas es muy difícil por lo que comportan altos gastos de funcionamiento.

3) Inestabilidad jurídica por cuenta de los numerosos reglamentos expedidos y derogados por el mismo Ejecutivo en materia de contratación estatal. Es un factor interno ya que es la misma organización estatal la que define estos reglamentos pero sus constantes derogatorias y cambios hace que varíen demasiado, según la óptica de quien esté en cabeza del gobierno, y por consiguiente haya eventuales violaciones a la Constitución, a las leyes y a los derechos individuales.

13.2.2. Fortalezas

1) Una Constitución Política y un estatuto de contratación fundamentados en principios: esto hace que las estrategias para el funcionamiento del Estado sean más flexibles y con la posibilidad de ajustarlas a las necesidades cambiantes de la cultura, la economía o la filosofía política del gobierno de turno, pero al mismo tiempo respetando la inviolabilidad y los límites impuestos por estos principios.

2) Estado democrático y participativo: facilita a la ciudadanía la facultad de asociarse y organizarse de tal modo que puedan ejercer una influencia directa en las decisiones públicas así como de vincularse a la administración ya sea individualmente o como organización para apoyar pluralmente el cumplimiento de los fines del Estado.

3) Normatividad laboral y beneficios económicos atractivos en el sector público para los trabajadores y funcionarios: en Colombia es evidente la brecha que hay respecto a beneficios que tienen quienes se encuentran vinculados al Estado. Por ejemplo en el sector privado las vacaciones son sólo un descanso remunerado, pero en el público además del derecho a la remuneración durante el periodo de vacaciones también tienen derecho a una prima de vacaciones; en el Distrito la prima de mitad de año corresponde a 37 días de salario, y la de fin de año a 30 días, mientras que los privados sólo tienen derecho a 15 días en junio y 15 en diciembre; en muchas entidades estatales existen primas técnicas que pueden representar mensualmente hasta el 50% de la asignación básica mensual.

13.3. FACTORES EXTERNOS

13.3.1. Amenazas

1) Disminuciones inesperadas de los ingresos del Estado por condiciones adversas en la economía, como la disminución de los precios del petróleo, puede significar el sacrificio de la inversión social a favor de los gastos de funcionamiento, debido a la inflexibilidad de estos gastos, representados principalmente por las plantas permanentes de personal. Del mismo modo esto puede derivar en el incremento del endeudamiento público para cubrir el déficit fiscal.

2) El tráfico de influencias que pueden ejercer los responsables vigilancia y control, en sus diferentes niveles y modalidades, sobre la Administración, así como los compromisos clientelistas por parte de los funcionarios de elección popular, adquiridos durante las campañas electorales, puede hacer que se desvirtúen las verdaderas necesidades en materia de contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, haciendo que esta modalidad de contratación se desborde.

3) Las demandas contenciosas relacionadas con el contrato realidad de quienes estuvieron vinculados en algún momento con el Estado, y a los cuales les fueron vulnerados sus derechos por ser conminados a relaciones de subordinación y cumplimiento de horario, en detrimento de su derecho a la igualdad por no recibir prestaciones sociales, significa no solamente un detrimento patrimonial del Estado a causa de las sentencias condenatorias sino también una desviación del deber de protección que tiene el Estado para con los más débiles, lo que congestiona aun más a la jurisdicción contenciosa administrativa.

13.3.2. Oportunidades

1) El artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que los organismos y entidades pueden crear sus plantas de empleos de carácter temporal o transitorio para, entre otros, el desarrollo de programas y proyectos de duración determinada. Esta modalidad de vinculación ha sido poco utilizada en el sector público, con excepción del programa de gobierno de la “Bogotá Humana” en la administración del Alcalde Gustavo Petro Urrego, la cual solucionó la situación transitoriamente.

2) Derivado de lo anterior, la Sentencia C-288 de 2014 aclara que el procedimiento para la contratación de funcionarios de carácter temporal debe ser más sucinto que para la contratación de los de carrera administrativa, no obstante debe primar el mérito y los fines y

principios consagrados para la administración pública. El procedimiento es (I) Consulta de la lista de elegibles que tiene la Comisión Nacional del Servicio Civil, o la entidad que ejerza sus funciones (II) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a los funcionarios de carrera que cumplan con los requisitos para acceder al cargo y trabajen en la misma entidad y (III) Se debe garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación.

3) Los numerales 14, 15 y 16 de la Constitución Política de Colombia autorizan al Presidente de la República a crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos; también lo faculta a suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley; y finalmente a modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

13.4. ESTRATEGIA

Como estrategia para contrarrestar principalmente el clientelismo y el uso de los recursos públicos con fines procelitistas la Ley 996 de 2005, o Ley de Garantías, establece restricciones a todas las modalidades de contratación directa, no obstante ha sido puesta en duda su efectividad toda vez que antes de entrar en vigencia la prohibición, y con posterioridad a esta, para cada elección, se dispara la contratación directa en todas sus modalidades y especialmente la de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Para las

elecciones territoriales en la vigencia 2015 la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular 005 de abril de 2015 en donde recomendó, con base a consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias, aplicar las restricciones únicamente para los convenios interadministrativos, ya que en realidad las normas, y en especial la Ley 996 de 2005, hacen más restrictiva la facultad discrecional en el caso de las elecciones de presidente.

Un aspecto que ha sido fuente de polémica, y que puede ser muy tenido en cuenta para la implementación de otra estrategia, es el tamaño ideal que debe tener el Estado: por una parte el modelo liberal propende por un Estado pequeño, con unos gastos de funcionamiento mínimos para tener más participación del sector privado en la ejecución de proyectos. Por otra parte está un modelo más estatista que busca cubrir por sí mismo la totalidad de los servicios públicos, lo que implica necesariamente el aumento de los gastos directos de funcionamiento y de las correspondientes plantas de personal.

Es por lo anterior que la propuesta debe satisfacer, en las veleidades de un Estado democrático, las necesidades de los diferentes actores involucrados. Para esto se requiere una mayor flexibilidad de las plantas de personal. El ideal sería tener una planta de personal que permanezca en sus mínimas proporciones, en el caso de un gobierno de corte liberal, o que tenga la posibilidad de ampliarse en el caso de un gobierno de corte social o estatista. En ambos casos esto sería en función del periodo de cuatro años del respectivo Plan de Desarrollo.

Teniendo en cuenta la necesidad que tienen los funcionarios de la Rama Ejecutiva de ejecutar sus proyectos de inversión en un corto tiempo, sin someterse al ritmo de los funcionarios de carrera administrativa, cuya estabilidad está garantizada, y sin vulnerar los derechos laborales que se llegasen a causar a los contratistas de prestación de servicios y de

apoyo a la gestión, una de las opciones más viables es tomar el ejemplo de la actual administración del Distrito de crear plantas temporales en el marco de cada proyecto de inversión.

La Ley 909 de 2004 establece esta modalidad de empleo temporal, la cual implica una relación legal y reglamentaria, con seguridad social y beneficios prestacionales para aquellas personas que laboran en función de un plan de desarrollo concreto. De esta manera se debe disminuir drásticamente la contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, los riesgos derivados de la vulneración de derechos de los contratistas y los conflictos por primacía de la realidad sobre las formas. En este caso se respeta la estabilidad a largo plazo de los funcionarios de carrera administrativa, que en últimas son los que administran las entidades en los procesos de empalme y que garantizan la prestación continua de los servicios públicos, pero a cambio de un tamaño mínimo necesario para la primacía del interés general.

13.4.1. Implementación de la estrategia

1) Las diferentes modalidades de vinculación con el Estado deben utilizarse también en función de su oportunidad. Así las cosas, en el primer año de cada nueva administración puede establecerse un pico máximo, del periodo de los cuatro años, de contratos de prestación de servicios por la modalidad de contratación directa para suplir las carencias de personal en la ejecución de los proyectos de inversión, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, conforme lo señala el numeral 3, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2) Simultáneamente en ese primer año de gobierno se deben adelantar los diseños de los proyectos de inversión, conforme al plan de desarrollo planteado, con los análisis de

cargas laborales necesarias para ejecutarlos, a fin de surtir los trámites señalados, por la sentencia C-288 de 2014, para la contratación de plantas temporales: (I) consulta de la lista de elegibles (II) consulta de los funcionarios de carrera que cumplan con los requisitos y, como última opción (III) publicación de la convocatoria, cuyo proceso es más abreviado que el señalado para la carrera administrativa.

3) Lo anterior debe responder a las condiciones señaladas en los literales a) y b) del numeral 1, artículo 21 de la Ley 909 de 2004, es decir: para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; o para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, como el caso de los programas de gobierno y sus proyectos de inversión. Durante los siguientes dos años deberían ser excepcionales los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, por medio de la contratación directa.

4) Las nuevas vinculaciones o ampliaciones de la planta temporal se deben dar con observancia de los literales c) y d) del numeral 1, artículo 21 de la Ley 909 de 2004, para suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; o para desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. En el último año de gobierno, que es generalmente de conclusión de la ejecución de metas y presupuestos, deberían ser también excepcionales los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, por contratación directa, a menos que el cumplimiento de las metas exija una carga operativa adicional no prevista en la fase de planeación del primer año de gobierno.

5) Si bien desde el punto de vista constitucional la carrera administrativa es la regla general para acceder al empleo público, constituyendo las otras modalidades excepciones que la misma constitución ha contemplado, o con fundamento constitucional indirecto, también es de la misma fuente suprema la facultad del Presidente de la República para crear, fusionar o suprimir, tanto empleos como entidades. A partir de esta facultad es preciso, a pesar de la resistencia sindical inicial, empezar a erigir las entidades sobre la base mínima necesaria de funcionarios de carrera administrativa para afrontar los periodos de transición de mandato y garantizar, en los casos prioritarios, la prestación mínima del servicio. Para que tenga una vocación de largo plazo debe convertirse este criterio, que propende por la pluralidad democrática y la primacía del interés general, en una política pública.

13.4.2. Ventajas de la estrategia

1) Los empleos temporales permiten una mayor movilidad y flexibilidad de las plantas de personal haciendo más democrática la participación de los ciudadanos en el Estado, especialmente en función de los programas de gobierno votados. Constituyen una oportunidad para el ejercicio de la democracia participativa. La estabilidad laboral aunque precaria, por corresponder a condiciones temporales, compensa con el disfrute de beneficios laborales superiores a los ofrecidos por la mayoría de empresas colombianas, que están conformadas principalmente por micro, pequeñas y medianas empresas y, como ya se mencionó, de unos regímenes laborales mucho más favorables para los servidores en comparación con el régimen privado del que se ocupa el Código Sustantivo del Trabajo. No se identifica que bajo esta modalidad haya conflictos de primacía de la realidad sobre las

formas pues está reconocida, aceptada y remunerada en igualdad de condiciones con los funcionarios de carrera administrativa, la personal y continuada subordinación.

2) Esta modalidad satisface las diferentes visiones políticas asumidas por los funcionarios de elección popular, ya sean estatistas o liberales, para el logro de sus programas de gobierno, al poder definir flexiblemente el tamaño del aparato burocrático y el nivel de participación privada en el cumplimiento del interés general. En el fondo de la discusión política está la forma como se deben invertir eficientemente los recursos públicos para cumplir con los fines esenciales de un Estado Social de Derecho, así como los medios para recaudar los estrictamente necesarios sin exceder las justas cargas públicas que deben soportar los ciudadanos. La primacía del interés general debe estar incluso por encima del anhelo de seguridad que instintivamente buscamos satisfacer todas las personas a nivel individual. No obstante a pesar de la aparente estabilidad laboral precaria de, por ejemplo, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, o la nula de los contratistas de servicios profesionales, generalmente muchos trabajan para diferentes entidades o periodos de gobierno debido a su experiencia para sortear las vastas complejidades del accionar administrativo público; el éxito de su trabajo por resultados y su reputación se ven compensadas con la adjudicación de nuevos desafíos.

3) El criterio para la selección en cargos temporales sigue siendo el mérito ya que, como lo estableció la sentencia C-288 de 2014, en primer lugar se debe consultar la lista de elegibles y como segunda opción a los funcionarios de carrera administrativa que cumplan con los requisitos del cargo, y que estén dispuestos a asumir estas responsabilidades, lo que satisface en buena medida los derechos de este grupo de interés a la vez que se limita más la arbitrariedad discrecional, pues aunque no haya funcionarios de carrera administrativa

con capacidad o disponibilidad es necesario surtir un proceso abreviado de selección que tenga en cuenta exclusivamente factores objetivos: el grado de estudios, la puntuación obtenida en las evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias, la cual quizás puedan acreditar los provisionales también, y otros factores directamente relacionados con las funciones a desarrollar.

14. CONCLUSIONES

14.1. Es significativo que en los diversos pronunciamientos analizados del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional no es clara la necesidad que satisface, o los fines específicos que persigue esta discrecionalidad en la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pues, como se puede ver en la Radicación No: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B de marzo de 2011, sobre el particular se limita el Consejero en su *ratio decidendi* a justificarla desde 1) la tradición normativa, al mencionar que la contratación directa tiene antecedentes en todos los estatutos contractuales que ha tenido el país, y en las leyes vigentes; y 2) desde su procedimiento, pues señala que la expresión “directa” debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, sin necesidad de obtener dos o más ofertas, ya que de no ser así no sería directa la contratación.

14.2. Como lo corrobora Bohórquez C. y Conrado R. en “El contrato de prestación de servicios de la administración pública”, se pudo establecer que la doctrina en Colombia es escasa respecto al estudio de esta modalidad de contratación directa y las referencias que se pueden encontrar son principalmente compilaciones y transcripciones de las normas sin

que se formulen críticas académicas sustanciales o se sistematicen en un texto, a pesar de que es un tema no exento de conflictos y polémicas pues su evolución se ha dado más por las vías jurisprudenciales y legales. Se pudo observar que esta modalidad de contratación tiene desarrollo normativo con anterioridad a la Ley 80 de 1993 en el Decreto-Ley 150 de 1976 y que antes de esta norma no había una regulación administrativa propia por lo que esta modalidad contractual quedaba sometida al derecho común y los contratistas, sin ser funcionarios o empleados directos de la administración, percibían prestaciones sociales. Las prestaciones sociales igualmente son las pretensiones a título indemnizatorio más comunes en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo actual.

14.3. No obstante lo anterior, la causas por las cuales el Estado acude de manera más recurrente a la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se pueden identificar desde la perspectiva de diferentes grupos de interés: para los funcionarios de elección popular y los de libre nombramiento y remoción es una manera más ágil de ejecutar los planes de desarrollo al poder contratar personal por resultados concretos, sin las dilaciones de los concursos de méritos ni someterse al ritmo de los funcionarios de carrera, cuyo mecanismo de evaluación de desempeño es deficiente; para los funcionarios de carrera administrativa y trabajadores oficiales esta discrecionalidad disfrazaba intereses clientelistas y subjetivos, no obstante para ellos también este personal es un factor de comparación de eficiencia y por consiguiente una amenaza al limitarse sus posibilidades de ascenso o encargos; por otra parte normas como la Ley 790 de 2002 y el Decreto 190 de 2003 que disponían que los cargos que fueren fusionados o quedaren vacantes, como consecuencia de jubilaciones, debían ser suprimidos con la intención de disminuir el tamaño burocrático y los gastos de funcionamiento, lo que puede conducir al

incremento de la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; y finalmente esta modalidad se utiliza simplemente para evadir el pago de prestaciones y seguridad social de los trabajadores o funcionarios de facto.

14.4. Llama la atención el hecho de la poca aplicación que se le ha dado a la vinculación de plantas temporales en el orden nacional, como departamental y municipal, desde que se plantearon en la Ley 909 de 2004, con excepción de la actual administración del Distrito Capital, a pesar de que es una opción muy conciliadora de las diferentes perspectivas de los grupos de interés, y sobre todo con la primacía del interés general; por otra parte contrasta el cambio continuo de los reglamentos que expide el Ejecutivo, en ejercicio de su facultad reglamentaria, que hace que los fallos de las altas cortes en torno a estos resulten tardíos, y signifiquen un incremento en la inseguridad jurídica.

15. GLOSARIO

servicio.

Lo define en su acepción económica el Diccionario de la Real Academia Española como la “*Prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales*”. Por otro lado, los servicios se caracterizan por su intangibilidad, pues no son perceptibles por los sentidos; su heterogeneidad, ya que ninguno es igual a otro; su inseparabilidad, pues su producción y consumo son simultáneos; su perecibilidad, lo que significa que un servicio no prestado oportunamente no se puede reemplazar; y su ausencia de propiedad, ya que la prestación de este existe sólo como experiencia. (Ardoy, 2010)

contrato.

Define el artículo 1495 del Código Civil colombiano: “(...) *Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.*” No obstante esta definición es incompleta pues en los contratos no es una parte la que se obliga sino que son todas las que recíprocamente lo hacen. Por otro lado, es generalmente aceptado por la doctrina que la convención es el género y el contrato la especie. El objeto de la convención es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas de cualquier naturaleza y el del contrato es la creación de obligaciones. Es por esto que todo contrato es una convención pero no toda convención es un contrato. (Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, TEMIS, Ospina, P.43)

La anterior es una definición genérica de contrato no obstante estos tienen múltiples clasificaciones, por ejemplo según su fuente pueden ser típicos, que son los que están descritos y regulados por el Código de Comercio o normas especiales, o atípicos, que no lo están pero que existen por la libre configuración de la voluntad de las partes, o la costumbre mercantil; según el grado de consenso en las estipulaciones del contrato pueden ser de adhesión o consensuados, sin embargo en la actualidad la mayoría de contratos son de adhesión; según la naturaleza jurídica de las partes pueden ser públicos o privados; según la forma pueden ser verbales o escritos; entre otras clasificaciones.

Los contratos estatales son esencialmente típicos, como el de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; en su mayoría son de adhesión, pues es la entidad pública contratante la que establece generalmente las obligaciones de las partes y debido también a las cláusulas exorbitantes dispuestas por el legislador en la ley 80 de 1993 para la

prestación de servicios públicos. Para los contratos de prestación de servicios se pueden pactar tales cláusulas, como son: la terminación, interpretación y modificación unilaterales, el sometimiento a las leyes nacionales y la caducidad; por otra parte los contratos estatales siempre son formales, es decir escritos.

contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 32, numeral 3, define los contratos de prestación de servicios como los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Puntualiza que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

No obstante la anterior definición de la ley 80 de 1993 es preciso aclarar que los contratos de prestación de servicios en el Estado no se celebran exclusivamente con personas naturales según el decreto 2209 de 1998 que establece que se pueden realizar con personas jurídicas pero manteniéndose la condición de no existir en el personal de planta de la entidad personas con la capacidad de realizar las actividades que se contratarán. Del mismo modo el decreto 1510 de 2013 prescribe esta situación en su artículo 81. Esto de todos modos es contradictorio con el artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993 y el artículo 2, numeral 4, literal h, de la ley 1150 de 2007.

16. Referencias

- Arday, M. (2010). *Empresa e iniciativa emprendedora. Ciclo Formativo: Emergencias Sanitarias*. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- Bohórquez C, C. R. (2009). *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Colombia Compra Eficiente. (31 de 12 de 2013). *SECOPI*. Obtenido de www.colombiacompra.gov.co
- El Tiempo. (6 de Enero de 2012). *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10937054>
- Londoño O, M. F. (2012). *Guía Para Construir Estados del Arte*. Bogotá: International Corporation of Networks of Knowledge.
- Portafolio. (1 de Mayo de 2012). *Portafolio.co*. Obtenido de www.portafolio.co
- Radicación No: 11001-03-26-000-1997-09523-01 – Julio de 1997 (Consejo de Estado, C.P. Hoyos Ricardo).
- Radicación No: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y acumulados – Diciembre de 2007 (Consejo de Estado, C.P. Correa Ruth S.).
- Radicación No: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B – Marzo de 2011 (Consejo de Estado, C.P. Gil Enrique.).
- Radicación No: 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719) – Diciembre de 2013 (Consejo de Estado, C.P. Santofimio Jaime O.).
- Radicación No: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12) – Mayo de 2014 (Consejo de Estado, C.P. Arenas G.).
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Real Academia Española*.
- Rico, L. (2013). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá: LEYER.
- Sentencia C-124 de 2004 (Corte Constitucional, M.P. Tafur Álvaro).
- Sentencia C-314 de 2004 (Corte Constitucional, M.P. Monrroy Marco G.).
- Sentencia T-214 de 2005 (Corte Constitucional, M.P. Sierra Humberto A.).
- Sentencia C-094 de 2003 (Corte Constitucional, M.P. Córdoba Jaime).

Sentencia C-154 de 1997 (Corte Constitucional, M.P. Herrera Hernádo).

Sentencia C-171 de 2012 (Corte Constitucional, M.P. Vargas Luis E.).

Sentencia C-397 de 2006 (Corte Constitucional, M.P. Araujo Jaime.).

Sentencia C-614 de 2009 (Corte Constitucional, M.P. Pretelt Jorge I.).

Sentencia C-960 de 2007 (Corte Constitucional, M.P. Cepeda Manuel J.).

Solarte, F. (2007). *Análisis de la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas -Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.