

## **El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) visto desde los escenarios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Una interpretación Ficta de la Administración Pública\***

### **The Administrative Service Lending Contract (CAPS in Spanish) seen from the Jurisprudential Scenarios from de Constitutional Court, a Fictitious interpretation of Public Administration**

*Daniel Apaza Niño\*\**

Fecha recibido: 27/02/2014

Fecha aceptado: 9/04/2014

\* El presente artículo de investigación constituye una síntesis temática de la primera entrega del proyecto de investigación denominado – Una Nueva Década del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios en la Jurisprudencia Constitucional y Administrativa Colombiana 2003-2013, el cual se adelantó para optar al Título de Magister en Derecho del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

\*\* Abogado, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Laboral, Seguridad Social de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Especialista en Derecho Comercial de la misma Universidad. Docente de las universidades de San Buenaventura, Agustiniense y Los Libertadores en las áreas de Derecho Laboral y Empresarial. En el sector privado actualmente incursiona como Asesor Jurídico Externo en temas jurídico laborales y comerciales, normatividad siso, hseq, rhhh, matrices legales para empresas del sector industrial, agroindustrial e hidrocarburos y pymes. En el sector público trabajó con la rama judicial en el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente cuenta con más de quince años de experiencia comercial en la industria farmacéutica colombiana, los cuales fueron desarrollados como ejecutivo de línea en compañías nacionales y multinacionales como rhone poulenc, aventis, el grunenthal colombiana y schering plough company. Correo electrónico: abogadapaza@gmail.com

## Resumen

El CAPS, es un contrato administrativo y la forma de desmaterializar una verdadera relación laboral es en sede judicial con la aplicación de la tesis del principio de la primacía de la realidad, convirtiéndolo en un Contrato Realidad indemnizable. De hecho, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no se precisa el elemento subordinación y dependencia en la prestación personal del servicio por parte del contratista. En el presente escrito se realiza un barrido jurisprudencial desde los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional durante el periodo 2003 a 2013, esto con el fin de identificar los diferentes contextos en torno al aludido contrato administrativo. En el presente trabajo se busca responder i) ¿Cuál es la línea Jurisprudencial Constitucional sostenida durante la última década respecto a los CAPS? y ii) ¿Es posible que la Administración Pública desde el Derecho Laboral realice una interpretación ficta del CAPS?, para esto se analizarán las diferentes tesis de la Honorable Corte Constitucional Colombiana en esta última década.

## Palabras clave

Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), contratista, servidor público, procedencia de los CAPS, autonomía e independencia del contratista.

## Abstract

The CAPS, is an administrative contract and they way to dematerialize a true labour relationship is in a judiciary seat with the application of the thesis of the primacy of reality, making it an Indemnifiable Reality Contract. In fact, in the General Statute of Contracting of Public Administration, there is no specification of the

element in subordination and dependence in the personal lending of the service by the contractor. In the present writing a jurisprudential sweep from the announcements of the Honourable Constitutional Court during the period 2003-2013 is made, with the purpose of identifying the different contexts surrounding such administrative contract. In this work the following questions are tried to be answered i) ¿Which is the Jurisprudential Constitutional line held during the last decade according to CAPS? And ii) Is it possible that the Public Administration from the Penal Law makes a fictitious interpretation of the CAPS?, for this, different tessituraes of the Honourable Constitutional Court during this last decade are analyzed.

## **Keywords**

The Administrative Service Lending Contract (CAPS in Spanish), contractor, public servant, origin of the CPS, autonomy and independence of the contractor.

## **I. Introducción y problemática**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no precisa el elemento subordinación y dependencia en la prestación personal del servicio por parte del contratista. A su vez, el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), es un contrato administrativo que oculta una verdadera relación laboral; pero es en sede judicial y solo cuando se prueba la subordinación o dependencia de este contratista con la entidad estatal es el juez administrativo quien aplica la tesis del principio constitucional de la primacía de la realidad frente a las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral; es aquí específicamente donde dicho contrato administrativo se convierte en un Contrato Realidad Indemnizable.

Con el presente escrito se pretende analizar los contextos principales señalados por la Honorable Corte Constitucional en

torno al CAPS, sus diferencias conceptuales existentes entre contratista y empleado público, sus divergencias frente al contrato laboral, sus marcadas diferencias con el sector de los trabajadores oficiales y los criterios diferenciadores de aplicación desarrollados por esta Alta Corporación durante los últimos diez años. Seguidamente, se examinarán los casos en los que un CAPS se convierte en una verdadera relación laboral administrativa pero desde los escenarios jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana durante los últimos diez años.

También, no serán objeto de estudio para este documento: a) los contratos de consultoría, b) los contratos administrativos para la ejecución de trabajos artísticos y c) la figura doctrinal y jurisprudencial de los funcionarios de hecho; esto en razón, a que dichos contratos tienen una connotación distinta y están orientados para cumplir otros fines y principios constitucionales, como por ejemplo las obras públicas de infraestructura arquitectónica e ingeniería, las cuales han sido establecidas por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública; por lo tanto, en el transcurso y desarrollo de este trabajo se omitirán los mismos.

Ahora, teniendo en cuenta que en las diferentes entidades estatales, se ha incrementado esta modalidad contractual de vinculación con el sector público<sup>1</sup>, considero importante establecer

---

1 Texto copiado de [www.rcnradio.com](http://www.rcnradio.com). El original está en [www.rcnradio.com/noticias/contratos-por-prestacion-de-servicios-favorecen-nominas-paralelas-procuraduria](http://www.rcnradio.com/noticias/contratos-por-prestacion-de-servicios-favorecen-nominas-paralelas-procuraduria). El procurador General, Alejandro Ordóñez, recordó la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública. El Funcionario reiteró que es un deber de todas las autoridades del trabajo en Colombia asegurar condiciones dignas y decentes en la dinámica laboral, garantizar la creación de puestos y cumplir las normas vigentes. A través de una circular, el jefe del Ministerio Público destacó que esta práctica se ha convertido en un escenario usual, “en las relaciones laborales con el Estado, la reducción de las plantas de personal, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y la suscripción de ‘nóminas paralelas’, situación irregular y abiertamente contraria a la Constitución”, señaló Ordóñez. (Mayo 14 de 2013). La contratación de trabajadores del Estado en forma paralela a la nómina de planta continúa, mientras que los empleados públicos aspiran a que ya se hubiera detenido, tras la promesa del Ministerio de Trabajo de corregir la situación. No obstante, la Contralora General,

desde el escenario del Derecho Administrativo Laboral, algunas diferencias contractuales y jurisprudenciales existentes entre el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) frente al entorno de las relaciones laborales estatales en estos últimos diez años; esto en razón, a que es posible que en la práctica se pueda catalogar al Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) como un disfraz de verdaderas relaciones laborales y como una simple forma de vinculación excepcional de particulares con funciones públicas y con el estatus de servidor público; lo anterior teniendo en cuenta que este tipo contractual ya está definido en el estatuto contractual administrativo y en sus normas complementarias.

En primer lugar, se revisará el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) desde el panorama de la contratación estatal y sus límites contractuales frente a las relaciones laborales en el sector público. En segundo lugar, se examinará el debate jurisprudencial de la Corte Constitucional y se tendrán en cuenta: a) el principio constitucional de la primacía de la realidad, b) el contrato realidad y sus efectos indemnizatorios. Por último, y según la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional respecto del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) se allegarán las conclusiones del caso.

---

Sandra Morelli, señaló que “el tema no puede ser de reacción inmediata, ni goza de solución urgente, porque en el Estado colombiano hay millones y millones de personas contratadas por modalidad de contratos de servicios”. Sin embargo, varias organizaciones sindicales pusieron sobre el tapete lo referente a las nóminas paralelas e, incluso, señalaron que estas se siguen utilizando para pago de favores políticos. Hace dos meses, el país conoció las cifras entregadas por el Ministerio del Trabajo según las cuales, por cada 100 empleados oficiales en las entidades territoriales, había 170 por prestación de servicio (ops). En el nivel central, la situación es similar: por cada 100 trabajadores de planta había 132 por ops, y eso que no estaba consolidado el total nacional. Según el vocero de la agremiación sindical sintrageográfico, en el instituto geográfico agustín codazzi (igac), el incremento de la contratación a través de ops también persiste. Informó que, solo en la sede central, la planta de personal fija es de 400 personas, mientras que han efectuado más de 900 contratos por ops en lo que va corrido del año, es decir, “más de la mitad del total que teníamos en el 2011”.

## II. Una sinopsis del régimen jurídico aplicable a los caps

El Ordenamiento Constitucional en su artículo 25, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza «...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado». A su vez, la Carta Magna señala en su artículo 122, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ahora, en el artículo 123 de la Constitución Nacional, se precisa 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. Es más, seguidamente, el mencionado artículo destaca que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; y por lo tanto ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Finalmente, nuestra Constitución Política en el parágrafo 3.º de este último artículo, enseña que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. En síntesis, el Régimen Constitucional Colombiano<sup>2</sup>, define las formas de vinculación laboral de los servidores públicos con el Estado y faculta al legislador para que en los casos no contemplados constitucionalmente, sea la Ley la que determine el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Vale la pena resaltar, que durante el primer periodo de Gobierno presidencial del Dr. ÁLVARO URIBE VÉLEZ, se creó el Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP)<sup>3</sup> y el personal de planta, con el fin de adecuar la Administración Pública a los

2 Ver Artículos 125 y 210 Constitución Política de Colombia.

3 Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

requerimientos de un Estado Comunitario, racionalizando funciones, redimensionando el tamaño de las estructuras administrativas y fortaleciendo su capacidad para cumplir con sus objetivos esenciales. En conjunto, este programa se propuso a adecuar la Administración Pública a las necesidades y a las condiciones del país y contribuir a fortalecer su capacidad para brindar seguridad democrática, sanear las finanzas públicas, promover la equidad, garantizar la estabilidad y el crecimiento sostenible de la economía. De hecho, en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, se destacó que en ningún caso los ministerios, los departamentos administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos. En este panorama, el tema de fondo guardó relación con que en el Ejecutivo no se podrán contratar personas naturales por CAPS para reemplazar los cargos que se suprimen dentro del mencionado Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) o para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes.

Tal y como se señaló anteriormente en este documento, el contrato de prestación de servicios, inicialmente se evidenció con la Ley 3.<sup>a</sup> de 1930 y posteriormente fue desarrollado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el cual se señalaron los casos específicos en los cuales el Estado podía utilizar los CAPS como forma de vinculación de particulares al interior de sus entidades públicas. Los casos aludidos fueron en su momento los siguientes: 1.- Para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad<sup>4</sup>, 2.- Cuando dichas actividades no puedan realizarse

---

4 Ley 80 de 1993 Artículo 32, núm. 3.º. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

con personal de planta<sup>5</sup> y 3.- Cuando dichas actividades requieran conocimientos especializados<sup>6</sup>.

Ahora, la Ley 1150 de 2007 en el artículo 2, núm. 4.º, ordinal h), enseña que para los contratistas de prestación de servicios, solo se autoriza expresamente la suscripción de contratos de prestación de servicios en los siguientes casos: 1.- Para la prestación de servicios profesionales<sup>7</sup>, 2.- Para la prestación de servicios de apoyo a la gestión<sup>8</sup> y 3.- Para la ejecución de trabajos artísticos<sup>9</sup>.

De otra parte, la Ley 734 de 2002 y desde la óptica del Derecho Disciplinario, específicamente en el artículo 48 núm. 29 se establece como falta gravísima el hecho de: «celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas y administrativas que requieren dedicación de tiempo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales».

A su vez, el Decreto 2474 de 2008 en su artículo 82, señala que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Igualmente, en el mencionado Decreto se resaltó que para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal se podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. Además, este ordenamiento precisó que los servicios

---

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*

7 Artículo 2, núm. 4.º, ordinal h) de la Ley 1150 de 2007.

8 *Ibíd.*

9 *Ibíd.*



profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Finalmente, esta disposición también aclara en el mencionado artículo que para la contratación de trabajos artísticos solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, pero también la Entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato<sup>10</sup>.

Al respecto los artículos 3.4.2.5.1 del Decreto 734 del 2012, permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; igual, estos contratos no son viables para ejercer actividades permanentes. Y de todas maneras, al presente, los artículos 73 y 81 del reciente Decreto 1510 de 2013<sup>11</sup>, enseñan que no es necesario el acto administrativo de justificación de la contratación directa cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; es más, respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

También, en el artículo 81 del Decreto 1510 de 2013, especialmente en su parágrafo 2.º se señala que: «Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales».

10 Modificado por el Decreto Nacional 4266 de 2010.

11 Artículo 73 del Decreto 1510 de 2013. «Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La entidad estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
  2. El objeto del contrato.
  3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
  4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.
- Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales a), b) y c) del artículo 75 del presente decreto» .

Asimismo, en el párrafo 3.º del citado artículo 81 del Decreto 1510 de 2013, se señala que: «La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos».

En síntesis, se puede concluir inicialmente que desde el punto de vista el Régimen Legal aplicado al Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), durante la última década este ha sido regido por cuatro (4) reformas legislativas especiales como por ejemplo las señaladas:

1. En el artículo 2, núm. 4.º, ordinal h) de la Ley 1150 de 2007,
2. En el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008.
3. En los artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012.
4. En los artículos 73 y 81 el reciente Decreto 1510 de 2013.

Vale la pena tener en cuenta que este último Decreto 1510 de 2013, comenzó a regir a partir del 15 de agosto de 2013 y derogó el Decreto número 734 de 2012 y el Decreto número 1397 de 2012.

### **III. Los contratistas: ¿Servidores públicos, empleados públicos o particulares con funciones públicas?**

Inicialmente el artículo 122 de la Constitución Nacional, menciona que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Además, enfatiza que antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando la autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Además, la Carta Magna señala, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Al contrastar los artículos 123<sup>12</sup> y 125<sup>13</sup> de la Constitución Nacional, se infiere que el personal contratado por medio de CAPS, no son servidores públicos sino contratistas que desempeñan funciones públicas al interior de las entidades estatales.

Teniendo en cuenta que para este escrito, por lo pronto no es objetivo de estudio los pronunciamientos del Consejo de Estado, se considera relevante precisar que este Alto tribunal de lo Contencioso Administrativo ha contemplado tres clases de vinculaciones con entidades públicas. Son estas: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Este panorama permite extraer inicialmente, que las personas naturales, que desempeñan funciones públicas al interior de las entidades estatales en calidad de contratistas no son empleados públicos, por no reunir los requisitos constitucionales y legales propios para ostentar las calidades y el estatus de trabajador oficial.

Ahora, ante la descripción constitucional arriba señalada, y pese a la «aplicación abusiva de figura constitucional por parte de la administración» y a que «las entidades públicas pueden encubrir una relación laboral» se puede concretar que, los CAPS gozan de protección constitucional y con régimen jurídico específico y complementario como, inicialmente lo fue la Ley 3.<sup>a</sup> de 1930, la expedición del Decreto extraordinario N.º 150 de 1976 artículo 138, el Decreto

---

12 «Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio».

13 «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley..».

Ley 122 de 1983, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2, núm. 4.º, ordinal h) de la Ley 1150 de 2007 y en los artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012, el cual como ya se mencionó fue recientemente derogado por el Decreto 1510 de 2013.

Adicionalmente, los CAPS cuentan con una legislación complementaria estructurada, primero por el artículo 282 de la Ley 100 de 1993; luego los artículos 1.º, 2.º y 20 de la Ley 190 de 1995; los artículos 25, 48 y 53; la Ley 790 de 2002, referente al Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) a su vez, la Ley 734 de 2002 (CDU), la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1444 de 2011.

Desde un criterio funcionalista, el artículo 53 de la Ley 734 de 2012, señalaba que: «El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas». Aquí por ejemplo, se aludía la aplicación del Código Disciplinario Único (CDU) simplemente a los sujetos particulares interventores de la contratación estatal, sin tener en cuenta la temporalidad en el ejercicio de dicha función pública; pero ya en el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, se enfatizó que son sujetos disciplinables quienes ejercen funciones públicas tanto permanentes como transitorias.

Adicionalmente, se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos. Estas disposiciones legales, evidencian que independiente del modo de vinculación laboral, de una persona natural con la administración pública, que para el caso es por medio de CAPS, esta ejerce funciones públicas con responsabilidad disciplinaria.

Finalmente, y desde los escenarios del Derecho Administrativo Sancionador, se sostiene que también son sujetos disciplinables los que administran recursos públicos: aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. A diferencia, que no serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Lo anteriormente analizado permite concluir que en definitiva las personas naturales denominadas contractualmente como contratistas, no son servidores públicos, pero son particulares que desarrollan funciones públicas de manera permanente o transitoria y que por esta condición son disciplinariamente responsables ante la administración; pero aclarando eso sí, que estos contratistas se encuentran exentos de los beneficios prestacionales propios de los empleados públicos de planta. El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), podría ser considerado como una posible forma de vinculación de particulares al sector público de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente solo en el evento de atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o que siendo parte de ellas, no puede ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar el elemento subordinación. En este orden de ideas, vale la pena esclarecer que este particular (contratista), transitoriamente podría ser servidor público de manera excepcional y además tiene el privilegio de ejercer funciones públicas al interior de las entidades estatales; es decir, desarrolla roles propios y exclusivos de los funcionarios públicos que están en régimen de carrera y que tienen el status de servidores públicos, tal como lo señala la Constitución Política.

Es importante precisar, que la modalidad contractual de vinculación del particular con el sector público y según el Estatuto Contractual Administrativo, le da a este particular la calidad de contratista y no le da la categoría de servidor público o trabajador oficial; La Corte Constitucional ha enfatizado que la persona que contrata con el Estado no adquiere por ese solo hecho la categoría de empleado público o de trabajador oficial y por tanto la subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía de que gozan los contratistas de prestación de servicios, de tal forma que la situación legal y reglamentaria de los primeros no es equivalente ni asimilable a la posición que ostenta el contratista independiente.

Luego entonces, es el mismo contrato estatal y el Estatuto Contractual Administrativo, el que determina la calidad de los sujetos de la relación contractual, que para este caso es el contratista de prestación de servicios y la entidad contratante. De otra parte, es importante señalar que en esta jurisprudencia constitucional se destaca como el elemento diferenciador la subordinación, autonomía e independencia del contratista frente a los elementos propios de la relación laboral en el sector público.

De hecho, el Honorable Consejo de Estado en Sala Plena<sup>14</sup> precisó que el status de empleado público, está sujeto a un específico régimen legal y reglamentario, y que los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.

---

14 Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C.P: nicolás pájaro peñaranda. Radicación: IJ-0039.

Seguidamente, el Consejo de Estado en su Sección Segunda<sup>15</sup>, examinó temas relacionados con la coordinación de actividades entre contratante y contratista, el cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada por el primero, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Para este caso específico, es importante señalar las diferencias existentes entre labores de coordinación y labores de subordinación.

Mas sin embargo, el Alto Tribunal Administrativo<sup>16</sup>, ha resaltado la tesis de la aplicación de un principio constitucional frente a la norma sustancial; es decir, el principio de la primacía de la realidad no puede ser escindido, sino por el contrario concordado con los beneficios mínimos laborales del artículo 53 de la Carta Magna independiente de que una persona natural esté vinculada por CAPS y automáticamente no adquiera el estatus empleado público.

Es más, el Consejo de Estado<sup>17</sup>, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución Política que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

15 *Ibid.*

16 Consejo de Estado. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

17 *Ibid.*

## IV. El CAPS y sus contextos jurisprudenciales

### A. Contextos jurisprudenciales constitucionales desarrollados durante esta última década 2003 a 2013<sup>18</sup>.

Para este escrito, vale la pena señalar que el escenario jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional durante este periodo de diez (10) años frente al Contrato de Prestación de Servicios (CPS), ha estado demarcado con los siguientes debates: a) las características generales, sujetos legitimados para desarrollar el contrato, la ejecución de actividades permanentes<sup>19</sup>, b) Temporalidad y vigencia contractual, c) el objeto y finalidad del contrato en las entidades públicas, d) el principio de la prevalencia del interés general y los fines estatales, e) la autonomía e independencia del contratista, f) algunos aspectos diferenciales con otros contratos estatales, como por ejemplo: las discrepancias contractuales existentes entre un contrato de prestación de servicios profesionales y un contrato de prestación de servicios para apoyo a la gestión, las diferencias con

18 Comentario y aclaración al Análisis Jurisprudencial desde la Corte Constitucional 2003 a 2013. De 111 sentencias que se encuentran en relatoría de la Corte Constitucional al presente y relacionadas con el tema del Contrato de Prestación de Servicios, se exploraron veintiséis (26) como muestra. Esto en razón a que son las que aparecen como soporte del presente escrito y de las cuales cinco (5) son acciones de tutela y seis (6) corresponden a sentencias de constitucionalidad proferidas durante el periodo 2003 a 2011. Ahora, los restantes quince (15) pronunciamientos constitucionales corresponden al periodo comprendido entre el periodo 1994 a 1998. Por lo anterior, de todas maneras se tomaron en cuenta los siguientes criterios de selección:

1.-Fueron diez (10) jurisprudencias de la Corte Constitucional, las escogidas en razón a que son las que tratan el tema específico de los contratos administrativos de prestación de servicios (CAPS) y además fueron proferidas por esta Alta Corporación durante el periodo objeto de estudio (2003 a 2013).

2.-Se examinaron estas diez (10) providencias referidas al Contrato de Prestación de Servicios (CPS), por tener en cuenta en sus expedientes como parte contratante a una entidad estatal y como contratista una persona natural particular.

3.-Reiteración jurisprudencial: aquí es importante precisar que los fallos escogidos y emitidos por la Corte Constitucional durante el periodo 1994 a 2002, son referentes de gran relevancia para el desarrollo de este tema pero no se tendrán en cuenta, en razón a que no corresponden al periodo estudiado para este escrito.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.



el contrato de consultoría, la finalidad del contrato administrativo, las oposiciones con el contrato de los trabajadores oficiales, los contrastes con contrato de trabajo y g) la subordinación vista como el elemento diferenciador existente entre un CAPS y contrato de trabajo, los criterios que definen el concepto de función permanente como factor determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios y el principio de la primacía de la realidad. A continuación, se examinarán los tópicos aquí planteados por esta Corporación durante esta última década.

Ahora, el contrato de prestación de servicios celebrado con el Estado<sup>20</sup> es una de las modalidades contractuales señaladas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En concordancia con este artículo, son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Específicamente, el numeral 3.º del citado artículo señala que son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. El párrafo 2.º enseña que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Lo primero por aclarar en este capítulo del documento es que en definitiva el CAPS, es una forma de vinculación excepcional, de vinculación de personas naturales particulares al sector público y que solo en casos muy específicos ya planteados por el ordenamiento legal

---

20 Corte Constitucional. Sentencia T- 1210 del 5 de diciembre de 2008 M.P.: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

y que únicamente son procedentes para el desarrollo de funciones transitorias al interior de las entidades públicas. Lo segundo, es que a continuación se describirán las características generales, los sujetos legitimados para desarrollar el contrato, la temporalidad y la vigencia contractual, el objeto y finalidad contractual y la autonomía e independencia de la persona natural vinculada con la Administración Pública en calidad de contratista.

Por último, el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios es la clave para diferenciar estos contratos de cualquier relación laboral ya que en el momento en que se estructure este elemento en el CAPS quedará desvirtuada la presunción de un contrato de prestación de servicios y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo<sup>21</sup>. De hecho, la Honorable Corte Constitucional<sup>22</sup>, conminó a los organismos de control a que observaran que las entidades del Estado no utilicen los contratos administrativos de prestación de servicios (CAPS) para ejecutar las actividades que son permanentes.

El Alto Tribunal Constitucional<sup>23</sup>, prohibió a la Administración Pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente que se ajusta a la Constitución, ya que esta constituye una medida de protección a la relación laboral, porque no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal.

En la misma Providencia esta Alta Corporación<sup>24</sup>, resaltó que el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), es una modalidad contractual de vinculación excepcional con el Estado,

---

21 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

además este instrumento contractual es utilizado para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012<sup>25</sup>, resaltó primero que la Administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal y lo segundo, es que en este fallo se describen los criterios funcionales para desempeñar funciones permanentes al interior de la administración, tales como: igualdad, temporalidad o habitualidad, excepcionalidad y continuidad los cuales son relacionados con el desempeño de la función permanente. Aquí, entonces es importante concretar los referidos criterios desarrollados por la Jurisprudencia Constitucional respecto de los casos en los que son considerados funciones permanentes.

El primer criterio es el criterio funcional, que hace alusión a la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)<sup>26</sup>.

El segundo criterio es el de igualdad, esto es, cuando las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral<sup>27</sup>.

El tercer criterio es el temporal o de habitualidad, se da cuando las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual<sup>28</sup>.

25 Corte Constitucional sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012 M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

El cuarto criterio es el de excepcionalidad, existe si la tarea acordada corresponde a «actividades nuevas» y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta<sup>29</sup>.

El quinto criterio es el de continuidad, es propicio si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral<sup>30</sup>.

Ahora no siendo objetivo de esta investigación para este trabajo, pero se considera de gran relevancia jurisprudencial el contexto expuesto por la Honorable Corte Constitucional<sup>31</sup> en reciente Sentencia Unificada (SU) de febrero de 2013, el cual está relacionado con la contratista vinculada con la Administración Pública por medio de los CAPS y su protección a la maternidad. La Honorable Corte, en esta oportunidad reiteró que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo constitucional y a los principios constitucionales de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.

La Corte Constitucional<sup>32</sup>, en la misma providencia pero en otra de sus consideraciones señaló los supuestos y las reglas de aplicación jurisprudencial situaciones laborales propias del sector público en el

---

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 Corte Constitucional. Sentencia SU-070 del 13 de febrero de 2013 M.P.: ALEXEI JULIO ESTRADA.

32 *Ibid.*

caso de la mujer embarazada en provisionalidad que ocupa cargo de carrera<sup>33</sup>, la mujer embarazada en cargo de libre nombramiento y remoción<sup>34</sup> y la mujer embarazada en carrera administrativa de entidad en liquidación<sup>35</sup>.

De esta lectura constitucional se ratifica una vez más que independientemente de las calidades de los sujetos contratantes (Estado-Contratista), solo si se demuestran en el juicio los elementos propios de una relación laboral en el mencionado contrato, el Juez aplica la prevalencia del Principio Constitucional de la primacía de la realidad en los CAPS, desnaturalizando el contrato administrativo pero originando un Contrato Realidad con efectos indemnizatorios a favor del contratista y en detrimento de la Administración Pública; esto sin dejar de lado el principio constitucional de la Protección a la Maternidad.

## **B. Aspectos generales**

La Corte Constitucional en la estudiada sentencia C-154 de 1997<sup>36</sup>, concluyó que las características del contrato de prestación de servicios son: (i) la actividad contratada no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando su ejecución requiere de conocimientos especializados; (ii) el objeto contractual está dado por la realización temporal de actividades propias del funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada; (iii) el contratista goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de su labor, lo que significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de

---

33 *Ibid*

34 *Ibid*

35 *Ibid*

36 Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

la labor, según las estipulaciones acordadas; y (iv) la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser solamente la indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

La Corte Constitucional resaltó en el año 2009<sup>37</sup>, que la relación contractual está regida por la Ley 80 de 1993 y se configura cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y iv) que la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

En este estado de las cosas, vale la pena precisar que el CAPS está constitucionalmente avalado para garantizar los fines del Estado y para facultar el ejercicio de la función pública de manera temporal, transitoria y excepcional a los particulares que las entidades estatales consideren vincular de acuerdo a la necesidad del servicio; además es un contrato administrativo con régimen específico claramente definido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y en su legislación complementaria que en la actualidad sigue vigente.

Ahora desde la perspectiva de las controversias contractuales<sup>38</sup> no está demás precisar que El CAPS es un contrato estatal por esencia; pero en caso de presentarse conflictos futuros entre las partes contratantes, el funcionario competente para dirimir este conflicto en sede judicial lo será la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante las acciones respectivas señaladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>39</sup>. En este sentido, igualmente la Corte Constitucional<sup>40</sup>, señaló que en

37 Corte Constitucional sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009 M.P.:JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

38 Ver artículo 141. Ley 1437 de 2011.

39 *Ibid.*

40 Corte Constitucional. Sentencia T- 1210 del 5 de diciembre de 2008 M.P.: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

el evento que se presentaren controversias en virtud de un contrato de prestación de servicios celebrado entre un asociado y el Estado, estas debían ser dirimidas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

## 1. Sujetos legitimados para desarrollar el contrato

Inicialmente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ha demarcado que para las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad<sup>41</sup>, o cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta<sup>42</sup> o cuando dichas actividades requieran conocimientos especializados<sup>43</sup>, se encuentra legitimado vincular contratistas mediante contratos de prestación de servicios.

De este enunciado, se concreta que también existen actividades específicas con la administración y el funcionamiento de la entidad estatal que únicamente y exclusivamente pueden ser desarrolladas por contratistas. Es decir, estas actividades son claras tanto para los contratistas como para la Administración Pública y están taxativamente definidas en el ordenamiento contractual administrativo.

Ahora, la actividad contratada no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando su ejecución requiere de conocimientos especializados<sup>44</sup>. De otra parte, vale la pena precisar que el CAPS es un contrato estatal, que desvirtúa una relación laboral<sup>45</sup> y se suscribe por el término exclusivamente necesario. Es decir, los funcionarios de régimen carrera y los provisionales no pueden ser contratistas de las entidades estatales; ahora, en caso de insuficiencia de personal para el desarrollo de dichas actividades la Constitución Nacional faculta

41 Ley 80 de 1993 Artículo 32, núm. 3.º, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

42 *Ibíd.*

43 *Ibíd.*

44 Corte Constitucional. Sentencia T-031 del 1.º de febrero de 2011. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

45 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009 M.P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

a la administración Pública para suscribir contratos de prestación de servicios. Luego entonces y bajo esta premisa, los empleados públicos y los trabajadores del Estado no podrán ser contratistas mientras estén como servidores públicos.

El contrato de prestación de servicios, es celebrado por el Estado y personas naturales particulares en calidad de contratistas, pero solo en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales<sup>46</sup>.

Otro aspecto importante a resaltar, es que el contratista no adquiere categoría de servidor público, en este sentido la Corte Constitucional<sup>47</sup>, señaló que la persona que contrata con el Estado no adquiere por ese solo hecho la categoría de empleado público o de trabajador oficial y, por tanto, la subordinación del empleado y del trabajador oficial se opone a la independencia y autonomía de que gozan los contratistas de prestación de servicios, de tal forma que la situación legal y reglamentaria de los primeros no es equivalente ni asimilable a la posición que ostenta el contratista independiente.

Finalmente y desde el punto de vista de la calidad de los sujetos intervinientes en los contratos estatales, lo primero por señalar, es que el hecho de que el contratista esté investido transitoriamente para el desarrollo actividades administrativas o funciones públicas al interior de los entes públicos, no le da el estatus de servidor público por la simple razón de no haberse surtido los trámites de

---

46 *Ibid.*

47 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 septiembre de 2009 M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.



ingreso propios del Régimen de Carrera y ser empleado público o por no estar vinculado contractualmente como trabajador oficial. Lo segundo, es que este contratista al no reunir los requisitos y cumplir con las formalidades constitucionales de nombramiento y posesión, los cuales son propios e ineludibles para el ingreso a la función pública tampoco goza del estatus de empleado público, pero ejerce funciones públicas.

## **2. Temporalidad y vigencia contractual**

Otro de los tópicos a examinar, es el relacionado con la temporalidad y la vigencia del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS). Acerca de este aspecto, también la Corte Constitucional<sup>48</sup>, hizo referencia al respecto, y precisó en uno de sus apartes que la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

La Corte Constitucional<sup>49</sup>, referente al tema de la temporalidad enfatizó que la prohibición a la Administración Pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no solo impide

---

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal.

Ante la tesis planteada por este el Alto Tribunal, se concluye que, la vigencia del contrato de prestación de servicios es temporal<sup>50</sup> y, por lo tanto, su duración debe ser solamente la indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En relación con la temporalidad del contrato, es interesante precisar que esta característica define también los límites temporales en los que el contratista ejercerá funciones públicas al interior de la Administración Pública.

### 3. Objeto y finalidad del contrato

El objeto del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), presenta doble connotación: una desde la perspectiva de las funciones y actividades que desarrollan al interior de las entidades de la Administración Pública y la otra en relación con el principio de la prevalencia del interés general y desde los fines Estatales. Así las cosas, a continuación se harán referencia a estos temas.

#### a. En las entidades públicas

Lo primero, desde el punto de vista de las entidades públicas, el objeto contractual<sup>51</sup>, está dado por la realización temporal de actividades propias del funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Luego entonces, este objeto contractual<sup>52</sup> lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva; es decir, para el objeto y la finalidad funcional para la cual fue creada y organizada la entidad estatal. Por esta razón, es probable que una persona natural en calidad de

50 Corte Constitucional. Sentencia T-031 del 1.º de febrero de 2011. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

51 *Ibid.*

52 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 septiembre de 2009 M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

contratista, tuviere funciones administrativas, pero en los términos señalados el ordenamiento constitucional y en los casos especiales que se establezcan en la ley<sup>53</sup>.

Así las cosas, y desde esta perspectiva, siempre que las entidades estatales requieran atender asuntos que tengan que ver con su administración o funcionamiento, pueden acudir a dicha figura. Para ello pueden contratar tanto personas jurídicas como personas naturales. Igual, la finalidad de dichos contratos es desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad<sup>54</sup>.

El contrato de prestación de servicios es un acto reglado<sup>55</sup>, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.

#### **b. En el principio de la prevalencia del interés general y los fines estatales**

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado social de derecho<sup>56</sup> y dentro del entorno de la prevalencia constitucional<sup>57</sup>, partiendo del criterio constitucional de que la función administrativa está al servicio de los intereses generales<sup>58</sup> y que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley<sup>59</sup>, los contratos estatales son imprescindibles para garantizar la

53 Artículo 210 Constitución Política: «...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley».

54 Corte Constitucional. Sentencia C-094 del 11 de febrero de 2003 Magistrado Ponente: Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

55 *Ibíd.*

56 Artículo 1.º Constitución Nacional.

57 Artículo 4.º Constitución Nacional.

58 Artículo 209 Constitución Nacional.

59 Artículo 210 parágrafo 2.º Constitución Nacional.

prevalencia del interés general<sup>60</sup> y garantizar los fines esenciales del Estado<sup>61</sup> y la prestación eficiente de los servicios públicos<sup>62</sup>. En este orden de ideas, también los contratos estatales son fundamentales para materializar el desarrollo y cumplimiento de un Plan nacional de Desarrollo<sup>63</sup>, propuesto por los gobiernos de turno y darle curso a los recursos públicos y al presupuesto plurianual<sup>64</sup>. Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de derecho<sup>65</sup>.

El fin de la contratación pública en el Estado social de derecho, está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando este asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho,

---

60 Artículo 1.º Constitución Nacional.

61 Artículo 2.º Constitución Nacional.

62 Artículo 365 Constitución Nacional.

63 Artículo 339 Constitución Nacional.

64 Artículo 345 y ss. Constitución Nacional.

65 Corte Constitucional. Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000 m.p.: FABIO MORÓN DÍAZ. Reiterada en la sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002. m.p.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares<sup>66</sup>.

El suscribir contratos de prestación de servicios, se considera un proceder lícito al que el Estado puede acudir para el cumplimiento de sus fines constitucionales<sup>67</sup>. Desde el punto de vista de la finalidad del Estado el CAPS, se puede inferir que son medios encaminados a lograr los fines del Estado de forma eficaz, de tal manera que el grado de autonomía de las entidades públicas para efectuar contratos se encuentra confinada a las reglas de derecho público en materia de contratación<sup>68</sup>. Es más, el principio de la prevalencia del interés general se vincula directamente con las finalidades estatales y que para su concreción requiere de todos los niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance por cuanto su carácter constitucional lo hace abierto e indeterminado. (Santofimio Gamboa, *ob. cit.*, 365 a 369).

En relación con el tema del interés general y los fines estatales, la Corte Constitucional<sup>69</sup>, enfatizó que el fin de la contratación pública en el Estado social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *instrumentos jurídicos* de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la administración, de los servidores que la representan y de los

66 Corte Constitucional. Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

67 Corte Constitucional. Sentencia C-094 del 11 de febrero de 2003 Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

68 *Ibid.*

69 Corte Constitucional. sentencia del 7 de octubre de 2009. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA. EXP. D. 7663.

contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.

De lo anteriormente revisado y en esta última parte del planteamiento se confirma que los CAPS, son una herramienta jurídica constitucional excepcional y contractual al servicio del Estado.

#### **4. Autonomía e independencia del contratista**

La Corte Constitucional en providencia de 2009<sup>70</sup>, enfatizó que la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. En esta providencia la Corte, expuso que es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y solo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios<sup>71</sup>.

Es más, en la misma sentencia y en otro de sus considerandos la Corte Constitucional, señaló que de ninguna manera el contrato de prestación de servicios puede ser confundido con el contrato laboral, pues como se dijo, a diferencia de lo que ocurre con un trabajador, el contratista goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de su labor. Por ello, de acreditarse las características

---

70 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

71 *Ibid.*

esenciales del contrato de trabajo, quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Es decir, según el fallo de esta alta corporación, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios<sup>72</sup>, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales<sup>73</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>74</sup> explicó en la misma oportunidad que en el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

En esta misma jurisprudencia la Corte Constitucional<sup>75</sup>, adicionalmente enfatizó que de ninguna manera el contrato de prestación de servicios puede ser confundido con el contrato laboral, pues como se dijo, a diferencia de lo que ocurre con un trabajador, el contratista goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de su labor. Por ello, de acreditarse las características esenciales del

---

72 *Ibíd.*

73 *Ibíd.*

74 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

75 *Ibíd.*

contrato de trabajo, quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

El Alto Tribunal Constitucional<sup>76</sup>, también reiteró que para que se configure un contrato de trabajo, se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En esta sentencia, la Corte también precisó que en cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Finalmente, en la misma providencia la Honorable Corte<sup>77</sup>, explicó que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales.

La Corte Constitucional<sup>78</sup>, sobre el tema de la subordinación, aclaró que en caso de que se acredite que la administración contratante imparte órdenes a quien presta el servicio sobre la ejecución de la labor contratada, y fija el horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

---

76 *Ibíd.*

77 *Ibíd.*

78 *Ibíd.*



Por último la citada Corte<sup>79</sup> consideró que la Administración está llamada a respetar los límites que prevén la Constitución y la ley para la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios. En este sentido, quedará desvirtuada la existencia material del contrato de prestación de servicios, si se verifica que la relación entre el contratista y la entidad estatal contratante, está mediada por la subordinación del primero a la segunda.

### C. Diferencias con algunos contratos estatales

#### 1. Las diferencias contractuales existentes entre un contrato de prestación de servicios profesionales y un contrato de prestación de servicios para apoyo a la gestión<sup>80</sup>

En el reciente Decreto 1510 de 2013<sup>81</sup>, vale la pena sintetizar dos escenarios: el primero tiene que ver con que las entidades estatales están autorizadas para celebrar mediante la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar

79 *Ibid.*

80 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 13 de 2011.C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación Número: 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719).

81 Artículo 81 del Decreto 1510 de 2013. «*Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.* Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos».

el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. El segundo, escenario expuesto en este mismo Decreto 1510 de 2013, hace referencia a que los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales<sup>82</sup>.

Los artículos 3.4.2.5.1 del derogado Decreto 734 del 2012, permitía también celebrar contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; pero igual estos contratos no son viables para ejercer actividades permanentes, porque en el momento en que los CAPS sean utilizados para el desempeño de estas funciones permanentes por parte de un funcionario de planta se estará materializando una verdadera relación de trabajo con una determinada entidad estatal y no una relación contractual estatal, esencialmente establecida en el numeral 3.º, párrafos 1.º y 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>83</sup>.

También, y según el artículo 2, núm. 4.º, ordinal h) de la Ley 1150 de 2007, para los contratistas de prestación de servicios, se autoriza expresamente la suscripción de contratos de prestación de servicios (vínculo contractual excepcional) en los siguientes casos: para la prestación de servicios profesionales<sup>84</sup>, para la prestación

82 *Ibid.*

83 Artículo 32, numeral 3.º, párrafos 1.º y 2.º. «*Contrato de prestación de servicios*. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable».

84 Artículo 2, núm. 4.º, ordinal h) de la Ley 1150 de 2007. «*Contratación directa*. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales».

de servicios de apoyo a la gestión<sup>85</sup> y para la ejecución de trabajos artísticos<sup>86</sup>.

Además, el Código Disciplinario Único (CDU) en su artículo 48 establece, como falta gravísima: «celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas y administrativas que requieren dedicación de tiempo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales».

El artículo 82 del Decreto Nacional 4266 de 2010, enfatiza que para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la entidad estatal se podrán contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. Igualmente en el parágrafo 2.º del referido Decreto, señala que los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Finalmente, en el parágrafo 3.º del mismo Decreto, enfatiza que para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, y además la entidad estatal justificará dicha situación en el respectivo contrato.

## 2. Diferencias con el Contrato de Consultoría

### a. Concepto y divergencia

Lo primero por examinar es el concepto desarrollado de este contrato administrativo enunciado por el Ordenamiento Jurídico

---

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

de la Contratación Pública y lo segundo, decantar las diferencias puntuales con el Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS); en este orden de ideas el contrato de consultoría<sup>87</sup>, es definido por el Estatuto Contractual Administrativo, en el párrafo 2.º de su artículo 32, como aquellos contratos administrativos que celebran las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. El mismo ordenamiento en su párrafo 2.º, señala que son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Finalmente, en el párrafo 3.º, de dicho artículo enfatiza que ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato<sup>88</sup>.

Ahora, en contraste con lo señalado en el Régimen Jurídico específico del CAPS, se puede concluir que existen notorias diferencias frente a esta modalidad contractual pública. La primera tiene que ver con el objetivo del mismo; es decir, que si bien es cierto el contrato de consultoría está diseñado para el manejo de las inversiones públicas, por ejemplo las relacionadas con infraestructuras de ingeniería y obras de arquitectura tales como: ampliaciones de malla vial, obras públicas, servicios públicos, lo que no es menos cierto, es que dicho CAPS está diseñado por el Estatuto de la Contratación Pública para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; es decir, que su objeto está encaminado para cumplir funciones públicas, específicas y propias en las entidades

---

87 Artículo 32. Ley 80 de 1983.

88 Ver artículo 32, Numeral 2.º párrafo 3.º

estatales<sup>89</sup>. La segunda, hace referencia a que estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales a diferencia de los contratos de consultoría, los cuales no establece si es una persona natural o una persona jurídica. En este sentido, se puede concretar que el Contrato de Consultoría habilita al Estado para vincular optativamente a personas particulares en calidad de asesores y consultores externos.

De otra parte, no está demás por señalar que tal y como lo estableció el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

También agrega el mencionado artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, que los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría. No siendo tema de investigación en este escrito, pero de manera generalizada vale la pena concretar que desde los escenarios de la responsabilidad<sup>90</sup> y las ópticas del Derecho Administrativo Sancionador<sup>91</sup>, Penal<sup>92</sup> y Civil<sup>93</sup>, los contratistas vinculados con contratos Administrativos de Prestación de Servicios (CAPS) o Contrato de Consultoría al Sector Público, son sujetos activos de responsabilidad y vigilancia por los entes de control y los jueces en

89 Ver artículo 123 y ss. ; Ley 489 de 1998.

90 Artículo 90. Constitución Política.

91 Ley 734 de 2002; Artículo 82 Ley 1474 de 2011; Artículo 56 Ley 80 de 1993.

92 Título xv. Código Penal. Delitos contra la Administración Pública.

93 Artículo 63 y 2341 del Código Civil.

las instancias respectivas en caso de irregularidades en su actuar propio y en la extralimitación de funciones.

A esta altura del escrito también es importante sintetizar que, los CAPS son más de la esencia del Derecho Laboral Administrativo, en razón a que el Estatuto Contractual Administrativo los ha contemplado, más como una modalidad contractual laboral y excepcional para «compensar» la insuficiencia de personal al interior de la entidad pública, la inexistencia de los cargos, o que el personal existente no está especializado para atender la demanda y los requerimientos de los usuarios a discrepancia del Contrato de Consultoría en los que determina los casos en los que son conducentes para satisfacer las necesidades de la comunidad desde el escenario de los fines esenciales del Estado<sup>94</sup>, las obras públicas y la prestación eficiente de los servicios públicos<sup>95</sup>; pero como es sabido, para el logro de este propósito ineludiblemente se requiere de la contratación estatal<sup>96</sup>.

Finalmente, el Decreto Nacional 019 de 2012 en su artículo 219, indica que el concurso de méritos es la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

Por último, en el párrafo 2.º también resalta que de conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado

---

94 Artículo 2.º, Constitución Política.

95 Artículo 365, Constitución política.

96 Matallana Camacho, Ernesto, *Manual de contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 61.

plural, impar deliberante y calificado. A divergencia de los contratos administrativos de prestación de servicios (CAPS), esta modalidad no aplica, ya que la vinculación a la entidad estatal es de carácter discrecional y de otro lado la modalidad alguna para la selección del contratista no está taxativamente señalada.

#### **b. Finalidad del contrato**

En el contrato de consultoría se pueden contratar los estudios de prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, los cuales sirven para determinar la viabilidad de un proyecto de inversión, y de paso las asesorías técnicas que pueden ser utilizadas con el objeto de soportar técnicamente las decisiones de la Administración, y por ello es viable llamar a las ciencias y artes que con sus conocimientos pueden colaborar a llevar a cabo un proyecto, y por ejemplo, la coordinación, control o supervisión del mismo (Matallana Camacho, 2009, *ob. cit.* 61).

Ahora, en lo que tiene que ver con que el contrato de consultoría está dirigido a canalizar las diferentes áreas de las ingenierías y de la arquitectura sin perjuicio del estudio y el examen de otras áreas del conocimiento y propias de la Administración Pública. Este experto, además enfatiza que, a través de estos Contratos de Consultoría se pueden contratar los estudios de prefactibilidad y factibilidad para programas o proyectos específicos sirven para determinar la viabilidad de un proyecto de inversión y de paso estas asesorías técnicas sirven de soporte a la Administración Pública en la toma de decisiones para los mismos. Por último señala en su obra que quedan también comprendidos como contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, la asesoría, la gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Parra Gutiérrez, 1999, ob.153).

De conformidad con las tesis expuestas por estos autores, los contratos de consultoría facultan la intervención asesora y consultora de firmas de consultorías externas expertas en temas específicos y técnicos relacionados con obras públicas y los demás aspectos de orden técnico científico arriba señalados anteriormente.

### **3. Diferencias con el contrato de los trabajadores oficiales**

Siendo el caso de los trabajadores oficiales el escenario constitucional que permite ejemplarizar la única figura contractual laboral con el Estado, es menester destacar que de esta relación se desprende el estatus y la dignidad de servidor público con el fin de desempeñar funciones públicas al servicio del Estado y de la comunidad. Más sin embargo, el otro panorama hace referencia a que la Carta Magna enseña que también los particulares temporalmente podrán desempeñar dichas funciones en pro de garantizar el interés general, los fines estatales y las necesidades de la colectividad. Ante estos eventos, es dable concluir que existen diferencias entre los CAPS y los contratos celebrados con los trabajadores oficiales; discrepancias tales como: el Régimen de Aplicación y la Connotación Laboral, la Temporalidad, su finalidad y otros aspectos, son las que se tratarán a continuación.

#### **a. Régimen de Aplicación y Connotación Laboral**

La diferencia primordial está determinada primero por la entidad estatal en la que va a trabajar o al sector en el cual va a desempeñar funciones el servidor público y en el extenso Régimen Contractual específico de referencia para la vinculación laboral de dichos trabajadores oficiales al sector público.

Ahora, sin entrar a definir el concepto de trabajador oficial, vale la pena precisar que el fundamento legal de estos trabajadores oficiales está soportado en el Decreto 2127 de 1945, la Ley 6 de 1945, la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993.



Es importante precisar que la vinculación de un trabajador oficial es contractual laboral<sup>97, 98</sup>. Ahora, tal y como se ha indicado en el tradicional Decreto 2127 de 1945, y como lo han expuesto las Altas Cortes, el contrato de trabajo de estos trabajadores del Estado<sup>99</sup>, es específico para los trabajos de construcción y mantenimiento de obras públicas, además es propio de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta.

#### **b. Temporalidad y finalidad**

Respecto de la temporalidad de estos contratos con los trabajadores oficiales, es pertinente precisar que el contrato de trabajo no podrá pactarse por más de dos (2) años y cuando no se estipule término o este no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc., se entenderá celebrado por seis (6) meses<sup>100</sup>. Es más, el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales<sup>101</sup>. De todas maneras, la Corte Constitucional<sup>102</sup>, consideró que el plazo presuntivo para este contrato es por seis (6) meses sin perjuicio de que las partes estipulen expresamente otro.

El escenario contractual de los trabajadores oficiales está entre los contratos a término fijo, es decir de plazo pactado, y a aquellos en los que las partes no señalaron término alguno, es decir, los

97 Ver artículo 1.º párrafos 2.º y 3.º del D. R. 1848 de 1969.

98 Ver Sentencia 28 de julio de 2005. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C.P. TARCISIO CÁCERES TORO, Exp. 5212-03. «...el régimen jurídico colombiano ha contemplado tres clases de vinculaciones con entidades públicas, las cuales no se pueden confundir, porque ellas tienen sus propios elementos tipificadores Son: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)

99 Artículo 123 Constitución Política.

100 Artículo 2.º Ley 6 de 1946.

101 Artículo 40 D. R. 2127 de 1945.

102 Corte Constitucional. Sentencia C-003 del 22 de enero de 1998.M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

contratos a término indefinido, en el entendido que al no haberse pactado término alguno, se presumen celebrados por seis meses renovables por otros seis meses<sup>103</sup>.

Desde el punto de vista de la temporalidad contractual, lo señalado anteriormente, permite abstraer que en el CAPS, existe el plazo pactado; es decir el plazo pactado en documento escrito entre la entidad estatal contratante y el contratista igual como sucede en los contratos con los trabajadores oficiales. Desde este mismo punto de vista, es importante precisar que a diferencia de los contratos celebrados con los trabajadores oficiales en los CAPS no existe un plazo presuntivo de seis (6) meses.

Aquí, es relevante indicar que desde el punto de vista de la finalidad a desarrollar por estos sujetos contractuales en los dos modelos contractuales expuestos (CAPS y los contratos celebrados con los trabajadores oficiales), son diferentes; esto en el entendido de que mal haría la Administración en contratar por medio de un CAPS la vinculación de personal para laborar en mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, desmaterializando ilegalmente el Ordenamiento Constitucional y el Régimen Legal propio de los CAPS.

### **c. Otras diferencias**

Inicialmente los contratos con los trabajadores oficiales, no tienen cláusulas exorbitantes, por su naturaleza contractual laboral y existe la obligación por parte de la entidad contratante del pago salarial, prestacional y de Seguridad Social; es decir que en este contrato la remuneración por el servicio prestado se denomina salario y a diferencia del CAPS, lo que se pacta con el contratista son honorarios como retribución por el servicio prestado con la

---

103 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección «B». Sentencia de agosto 4 de 2010. C.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad: 11001-03-25-000-2007-00006-00(0066-07).

Administración Pública, el cual genera una incompatibilidad jurídica con el artículo 128 de la Constitución Nacional.

El CAPS, contiene cláusulas exorbitantes<sup>104</sup>, procede para funciones transitorias, y como lo señala el propio artículo 32 del Estatuto Contractual, no existe obligación por parte de la entidad contratante el pago prestacional ni de pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Ahora, desde el punto de vista del concepto de remuneración en los CAPS se pacta un pago de honorarios, previa consignación de los aportes a la seguridad social por parte del contratista. A diferencia del contrato anterior el contratista no puede presentar incompatibilidad con el mencionado artículo Constitucional.

#### 4. Diferencias con contrato de trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo<sup>105</sup>, señala taxativamente los elementos de una relación laboral<sup>106</sup> y la presunción de que toda relación laboral está salvaguardada en un contrato formal de trabajo<sup>107</sup>. Adicionalmente, para determinar cuándo se está ante una relación de trabajo, debe tenerse en cuenta

---

104 Aquí se subraya, lo relacionado con las cláusulas exorbitantes: Artículo 14 de la Ley 80 de 1993. «De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1.º (...).

2.º Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente...».

105 Artículo 22 Código Sustantivo del Trabajo.

106 Artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo.

107 Artículo 24 Código Sustantivo del Trabajo.

lo prescrito por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la ley 50 de 1990, el cual señala los elementos esenciales de una relación de trabajo, así: (i) que la actividad sea cumplida personalmente por el trabajador, (ii) que exista continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este 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. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y (iii) el pago de un salario como retribución del servicio<sup>108</sup>.

Además, cuando se cumplen los requisitos mencionados anteriormente, se entiende que existe contrato de trabajo, y por lo tanto son irrelevantes las calificaciones o denominaciones dadas por las partes, lo cierto es que el contrato de trabajo es una realidad, que supera las formalidades. Así como se encuentran bien definidos por el Derecho del Trabajo los elementos de las relaciones laborales, es importante resaltar también que en el momento que se configuren estos invalidan la existencia de otro tipo de vínculos contractuales<sup>109</sup>.

**a. La subordinación vista como el elemento diferenciador existente entre un CAPS y contrato de trabajo**

Para analizar el tema de la subordinación, como elemento taxativo señalado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y propio de las relaciones laborales, es de relevancia tener presente los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

---

108 Corte Constitucional. Sentencia T-992 del 29 septiembre de 2005. M.P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.

109 Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 marzo de 1997. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Respecto a este punto, es de subrayar que hace más de una década, la Corte Constitucional<sup>110</sup>, concluyó que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales.

En la sentencia de la referencia la Honorable Corte, es enfática en señalar, que en caso de que se acredite que la administración contratante imparte órdenes a quien presta el servicio sobre la ejecución de la labor contratada, y fija el horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Igualmente, en la mencionada sentencia la Alta Corte<sup>111</sup> enfatizó que de ninguna manera el contrato de prestación de servicios puede ser confundido con el contrato laboral, pues a diferencia de lo que ocurre con un trabajador, el contratista goza de autonomía e independencia para el cumplimiento de su labor.

Finalmente, esta Honorable Corporación aclaró que de acreditarse las características esenciales del contrato de trabajo, quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Sobre el particular la Corte Constitucional en el 2011<sup>112</sup>, concluyó que el Tribunal demandado estaba en la obligación de

---

110 Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 19 marzo de 1997. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

111 *Ibid.*

112 Corte Constitucional. Sentencia T-556 del 12 de julio de 2011. M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

declarar que existía un contrato realidad, si advertía que estaban dados los elementos esenciales indispensables de todo contrato realidad. Estos elementos, según lo han, tal y como lo han entendido la legislación y la jurisprudencia colombianas, son tres: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración periódica.

Al examinar jurídicamente los antecedentes legales y jurisprudenciales fijados por las Altas Cortes y en relación con el elemento subordinación como factor diferencial de los CAPS desde la perspectiva de los contratos laborales, se puede a simple vista sintetizar que independiente el nombre contractual que asigne la entidad pública como empleador contratante, en el evento que su contratista desarrolle funciones al interior de la misma de manera subordinada y sin autonomía se estarán generando obligaciones de naturaleza laboral para la Administración. Ahora, otro tema del elemento subordinación es la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad en instancias judiciales; al respecto fijare lo pertinente en los apartes subsiguientes de este trabajo.

La Corte Constitucional en el mismo 2011<sup>113</sup>, sostuvo que la Administración está llamada a respetar los límites que prevén la Constitución y la ley para la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios. En otro de sus apartes la misma sentencia, recalcó el elemento subordinación en consideración del principio según el cual la realidad prima sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quedará desvirtuada la existencia material del contrato de prestación de servicios si se verifica que la relación entre el contratista y la entidad contratante está mediada por la subordinación del primero a la segunda.

---

113 Corte constitucional. Sentencia T-031 del 1.º de febrero de 2011 M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

## **5. Criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios<sup>114</sup>**

La Corte Constitucional en el 2009 resaltó que con el elemento de la función permanente, más la prestación de servicios personales, con la subordinación y el salario, son los factores determinantes para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. A su vez, los criterios desarrollados por este Alto Tribunal Constitucional son: criterio funcional, criterio de igualdad, criterio temporal o de la habitualidad, criterio de la excepcionalidad y el criterio de la continuidad.

### **a. Criterio funcional**

Desde el punto de vista de este primer criterio funcional explicado por la Corte Constitucional en esta providencia precisa que si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.

De este primer criterio jurisprudencial, se desprende que quienes desempeñan estas funciones permanentes al interior de la Administración Pública, son los empleados públicos que están vinculados en forma legal y reglamentaria como es el caso de los contemplados en el régimen de carrera y los que están vinculados de forma contractual para el caso de los trabajadores oficiales; en este punto es necesario aclarar que la modalidad de vinculación con la Administración Pública mediante contratos de prestación de

---

<sup>114</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELO CHALJUB.

servicios (CPS) no es laboral<sup>115</sup>. Adicionalmente, los empleos públicos se pueden proveer de manera transitoria ya sea en provisionalidad o en encargo; de igual manera los empleos públicos se pueden proveer temporalmente mediante las figuras de supernumerarios o de empleos temporales. De hecho, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, faculta a la Administración Pública para que con sustento en un estudio técnico y la disponibilidad presupuesta, pero igualmente para dar soporte o suplir necesidades, el exceso de trabajo o cumplir funciones propias que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración<sup>116</sup>.

Al respecto, la Corte en esta Jurisprudencia, sintetiza que las funciones permanentes sola única y exclusivamente las pueden desempeñar los funcionarios públicos que estén en régimen de carrera o los que estén vinculados como trabajadores oficiales al interior de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE), la Sociedades de Economía Mixta (SEM) y otras entidades públicas que por régimen especial vinculan trabajadores oficiales.

En otro de los apartes de esta misma sentencia, pero desde el punto de vista funcional, es importante destacar que las demás funciones, es decir las transitorias, no las suplen las figuras provisionales o transitorias que de hecho sí son vínculos laborales y están contempladas en la Ley 909 de 2004, esto a diferencia de los CAPS, que no generan vínculo laboral y que según el Estatuto de la Contratación Pública solo dan origen a un legítimo vínculo contractual administrativo; pero como ya se enunció anteriormente son mecanismos excepcionales que emplea el Estado para cumplir los fines estatales y el interés general.

---

115 Cartillas de Administración Pública DAFP-ESAP. *Cartilla N.º 1 Empleo, situaciones administrativas, Jornada laboral y Retiro de Empleados del Sector Público*. Versión 1, junio 2009. p. 16.

116 Ídem, p. 17 a 34



## **b. Criterio de igualdad**

Ahora, en relación con este segundo criterio de la igualdad, la referida Corte enseña que si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.

Al referente de este segundo criterio jurisprudencial desarrollado por la Corte, en primer lugar insiste que la categoría de quienes desempeñan funciones públicas son servidores públicos y no contratistas de la Administración Pública y lo segundo es que estos servidores del Estado tienen que ser funcionarios de planta y no funcionarios provisionales o transitorios y que además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública<sup>117</sup>.

En otro aparte de esta jurisprudencia, se enfatiza que en caso de que la entidad estatal requiera de personal para cumplir las labores propias de la entidad hace imprescindible la vinculación laboral; eso sí, exaltando al paralelo los elementos que materializan una relación laboral establecida en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y del cual la Jurisprudencia foránea ya ha venido destacando desde hace varias décadas.

## **c. Criterio temporal o de la habitualidad**

Respecto a este criterio, la Corte Constitucional ha enfatizado inicialmente que si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, es decir que conlleva el cumplimiento

117 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge entonces una relación laboral y no una relación contractual. Posteriormente, esta Alta Sala de Decisión ha resaltado que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, las cuales muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona y que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que se refiere a una verdadera relación laboral.

En este tercer criterio jurisprudencial, es notable apreciar que el horario de trabajo, la relación frecuente de la labor y las órdenes sucesivas, la prestación continua, permanente y personal del servicio y la subordinación o dependencia hacen alusión a dos de los elementos esenciales de una relación laboral; que para este caso lo es con la Administración Pública.

#### **d. Criterio de la excepcionalidad**

La Corte Constitucional en este sentido de la excepcionalidad destacó que si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública. Este criterio, es claro al señalar que la Administración Pública extraordinariamente y en casos específicos señalados por el Régimen Jurídico Contractual Administrativo puede verse en la necesidad de vincular por diversas circunstancias personal en sus entidades estatales para asuntos funcionales y propios de gestión al interior de la entidad. Ahora, si es lo contrario, es decir, que si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa estatal entonces debe corresponder a una relación laboral y no a una relación puramente contractual.

**e. Criterio de la continuidad**

En este criterio la Honorable Corte Constitucional ha señalado que si se vincula un particular contratista mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente se estará materializando una verdadera relación de tipo laboral. Igualmente, esta alta corporación, ha resaltado que en caso en que se suscriban CAPS para el desempeño de funciones permanentes al interior de las entidades estatales de la Administración Pública, se estaría materializando una verdadera relación laboral.

**V. Consideraciones finales: respuesta al interrogante formulado en el Problema Jurídico**

**i. ¿Cuál es la línea Jurisprudencial Constitucional sostenida durante la última década respecto a los caps?**

El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) ha presentado desde la Ley 80 de 1993 a hoy, cuatro (4) reformas legislativas, tales como: a) las sustentadas en el Artículo 2, núm. 4.º, ordinal h) de la Ley 1150 de 2007, b) el Artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 c) los Artículo 3.4.2.5.1 del derogado Decreto 734 de 2012 y d) los Artículos 73 y 81 del reciente Decreto 1510 del 17 de Julio 2013, por medio del cual se deroga el mencionado Decreto 734 de 2012 y el Decreto 1397 de 2012.

De otra parte, vale la pena señalar que la Honorable Corte Constitucional durante este periodo de diez (10) años en relación con este tema del Contrato de Prestación de Servicios (CPS), ha tratado específicamente los siguientes debates: las características generales, sujetos legitimados para desarrollar el contrato, la ejecución de actividades permanentes, temporalidad y vigencia contractual, objeto y finalidad del contrato en las entidades públicas, el principio de la prevalencia del interés general y los fines estatales, autonomía

e independencia del contratista, diferencias con algunos contratos estatales, las diferencias contractuales existentes entre un contrato de prestación de servicios profesionales y un contrato de prestación de servicios para apoyo a la gestión, diferencias con el Contrato de Consultoría, finalidad del contrato, diferencias con el contrato de los trabajadores oficiales, diferencias con Contrato de Trabajo, la subordinación visto como el elemento diferenciador existente entre un CAPS y contrato de trabajo, los criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios y el principio de la primacía de la realidad.

ii. **¿Es posible que la Administración Pública desde el Derecho Laboral realice una interpretación ficta del caps?**

Lo primero por resaltar es que el CAPS está constitucionalmente avalado para garantizar los fines del Estado y para facultar el ejercicio de la función pública de manera temporal, transitoria y excepcional a los particulares que las entidades estatales consideren vincular de acuerdo a la necesidad del servicio; además, es un contrato administrativo con régimen específico claramente definido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y en su legislación complementaria que en la actualidad sigue vigente.

Este panorama permite condensar primero, que las personas naturales, que desempeñan funciones públicas al interior de las entidades estatales en calidad de contratistas excepcionalmente vinculados a través de los CAPS y no mediante el sistema de carrera administrativa exigido para este tipo de relaciones laborales estatales, no son empleados públicos por no reunir los requisitos constitucionales y legales propios para ostentar las calidades y el estatus de empleado público como lo es el nombramiento y la posesión del cargo previo las formalidades establecidas en la Constitución Política.

De este enunciado, se concreta que también existen actividades específicas con la administración y el funcionamiento de la entidad estatal que única y exclusivamente pueden ser desarrolladas por contratistas. Es decir, estas actividades son claras tanto para los contratistas como para la Administración Pública y están taxativamente definidas en el ordenamiento contractual administrativo.

En este orden de ideas, vale la pena aclarar que este particular (contratista), transitoriamente podría ser servidor público de manera excepcional y además tiene el privilegio de ejercer funciones públicas al interior de las entidades estatales<sup>118</sup>; es decir desarrolla roles propios y exclusivos de los funcionarios públicos que están en régimen de carrera y que tienen el estatus de servidores públicos, tal como como lo señala la Constitución Política.

Ahora, la actividad contratada no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando su ejecución requiere de conocimientos especializados<sup>119</sup>. De otra parte, vale la pena precisar que el CAPS es un contrato estatal, que desvirtúa una relación laboral<sup>120</sup> y se suscribe por el término exclusivamente necesario. Es decir, los funcionarios de régimen Carrera y los provisionales no pueden ser contratistas de las entidades estatales; ahora, en caso de insuficiencia de personal para el desarrollo de dichas actividades la Constitución Nacional faculta a la administración Pública para suscribir contratos de prestación de servicios.

Además, y desde la óptica de la calidad que ostentan los sujetos intervinientes en el CAPS, lo primero por señalar es que el contratista está investido transitoriamente para el desarrollo actividades administrativas o funciones públicas al interior de los entes públicos, pero no se le da el estatus de empleado público por la simple razón

---

118 *Ibid.*

119 Corte Constitucional. Sentencia T-031 del 1.º de febrero de 2011. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

120 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

de no haberse surtido los trámites de ingreso propios del Régimen de Carrera para ser empleado público o sencillamente por no estar vinculado contractualmente como trabajador oficial al servicio del Estado. Lo segundo, por el hecho de no reunir los requisitos y cumplir con las formalidades constitucionales de nombramiento y posesión como requisitos propios e ineludibles para el ingreso a la función pública, el referido contratista tampoco podría adquirir el señalado estatus.

Ante la tesis planteada por el Alto Tribunal Constitucional, se concluye que la vigencia del contrato de prestación de servicios es temporal<sup>121</sup> y, por lo tanto, su duración debe ser solamente la indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En relación con la temporalidad del contrato, es interesante precisar que esta característica define también los límites temporales en las que el contratista ejercerá funciones públicas al interior de la Administración Pública. En este aspecto, vale la pena resaltar que el objeto del Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS), presenta doble connotación: una desde la perspectiva de las funciones y actividades que desarrollan al interior de las entidades de la Administración Pública y la otra en relación con el principio de la prevalencia del interés general y desde los fines estatales.

En este orden de ideas, también los contratos estatales son fundamentales para materializar el desarrollo y cumplimiento de un Plan nacional de Desarrollo<sup>122</sup> propuesto por los Gobiernos de turno y darle curso a los recursos públicos y al presupuesto plurianual<sup>123</sup>. Igualmente, no está demás anotar que este contexto se encuentra ampliamente desarrollado en el panorama Constitucional Colombiano, como por ejemplo: *el hecho de que Colombia es un Estado*

---

121 *Ibíd.*

122 Artículo 339 Constitución Nacional.

123 Artículo 345 y ss. Constitución Nacional.

*Social de Derecho<sup>124</sup>, que está inmerso dentro del entorno de la prevalencia constitucional<sup>125</sup> y que la función administrativa está al servicio de los intereses generales<sup>126</sup>, que a su vez los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley<sup>127</sup>, y que los contratos estatales son imprescindibles para garantizar la prevalencia del interés general<sup>128</sup> para garantizar los fines esenciales del Estado<sup>129</sup> y la prestación eficiente de los servicios públicos<sup>130</sup>.*

Sin más que aclarar, de lo anterior se confirma que los CAPS, son una herramienta jurídica constitucional excepcional y contractual al servicio del Estado diseñada para satisfacer el interés general.

Mas sin embargo, y No siendo tema de investigación en este escrito, de manera generalizada vale la pena señalar que desde los escenarios de la responsabilidad<sup>131</sup> y las ópticas del Derecho Administrativo Sancionador<sup>132</sup>, el derecho Penal<sup>133</sup> y el Derecho Civil<sup>134</sup>, los contratistas vinculados con contratos administrativos de Prestación de Servicios (CAPS) o Contrato de Consultoría al Sector Público, son sujetos activos de responsabilidad y vigilancia por los entes de control y los jueces en las instancias respectivas en caso de irregularidades en su actuar propio y en la extralimitación de funciones.

Pero desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, lo relacionado con estos criterios tales como la equivalencia de funciones, el estatus de Servidor Público, el ser funcionario de planta y no funcionario en provisionalidad tienen sus ventajas diferenciales frente al de

---

124 Artículo 1.º Constitución Nacional.

125 Artículo 4.º Constitución Nacional.

126 Artículo 209 Constitución Nacional.

127 Artículo 210 parágrafo 2.º Constitución Nacional.

128 Artículo 1.º Constitución Nacional.

129 Artículo 2.º Constitución Nacional.

130 Artículo 365 Constitución Nacional.

131 Artículo 90. Constitución Política.

132 Ley 734 de 2002; Artículo 82 Ley 1474 de 2011; Artículo 56 Ley 80 de 1993.

133 Título xv. Código Penal. Delitos contra la Administración Pública.

134 Artículo 63 y 2341 del Código Civil.

contratista de la Administración Pública, en razón a que se delimitan las garantías prestacionales y de estabilidad laboral de los contratistas. Igual, es enfática la Corte<sup>135</sup> al señalar que en caso de que la entidad estatal requiera de personal para cumplir las labores propias de la entidad hace imprescindible la vinculación laboral.

Teniendo en cuenta el criterio de la temporalidad y la continuidad, los cuales han sido señalados por la Corte Constitucional no sobra advertir que en caso de que se suscriban CAPS para el desempeño de funciones permanentes al interior de las entidades estatales de la Administración Pública, los mencionados contratos podrían estar materializando una verdadera relación laboral

Ahora desde el criterio de la excepcionalidad, como otro de los criterios señalados por la Alta Corporación Constitucional los CAPS son procedentes cuando el Estado se ve en la necesidad de vincular por diversas circunstancias personal al interior de sus entidades estatales para asuntos funcionales y propios de gestión al interior de la entidad.

De esta lectura constitucional se ratifica una vez más que independiente de las calidades de los sujetos contratantes (Estado-Contratista), el Juez aplica la prevalencia de un Principio Constitucional de la primacía de la realidad frente a las formas establecidas por los sujetos que para este caso lo es contractual. En igual forma soporta este mismo principio constitucional con el de la Protección a la Maternidad, tal y como lo estudia esta providencia.

En este instrumento, también es importante sintetizar que el Estatuto Contractual Administrativo ha contemplado los mencionados CAPS, como una modalidad contractual administrativa laboral y excepcional de compensación por las siguientes circunstancias: I.- Por la insuficiencia de personal al interior de la

---

135 *Ibid.*



entidad pública, 2.- Por la inexistencia de los cargos, 3.- Porque el personal existente no está especializado para atender la demanda, 4.- Para satisfacer las necesidades de la comunidad desde el escenario de los fines esenciales del Estado<sup>136</sup>, atendiendo los requerimientos de los usuarios y 5.- Porque se requiere de la contratación estatal<sup>137</sup> para la prestación eficiente de los servicios públicos<sup>138</sup>.

Ahora, desde el punto de vista del concepto de remuneración en los CAPS se pacta un pago honorarios, previa consignación de los aportes a la seguridad social por parte del Contratista. A diferencia del contrato anterior el contratista no puede presentar incompatibilidad con el mencionado artículo constitucional.

Al examinar jurídicamente los antecedentes legales y jurisprudenciales fijados por las Altas Cortes, y en relación con el elemento subordinación como factor diferencial del CAPS desde la perspectiva de los contratos laborales, se puede a simple vista sintetizar que independiente el nombre contractual que asigne la entidad pública como empleador contratante, en el evento que su contratista desarrolle funciones al interior de la misma de manera subordinada y sin autonomía se estarán generando obligaciones de naturaleza laboral para la Administración. Ahora, otro tema del elemento subordinación es la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad en instancias judiciales.

Como ya se describió en este trabajo, otro escenario interesante a examinar es la tesis de la Corte Constitucional<sup>139</sup>, respecto a los criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Aquí por ejemplo, cuando se refiere

136 Artículo 2.º, Constitución Política.

137 Matallana Camacho, Ernesto, *Manual de contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 61.

138 Artículo 365, Constitución Política.

139 Corte Constitucional. Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

al criterio de la función al interior de la Administración Pública se concreta que las funciones permanentes sola única y exclusivamente la pueden desempeñar los funcionarios públicos que estén en régimen de Carrera o los que estén vinculados como trabajadores oficiales al interior de las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE), la sociedades de economía mixta (SEM) y otras entidades públicas que por régimen especial vinculan trabajadores oficiales, existiendo así un vínculo laboral con el Estado. Lo otro es que las funciones transitorias, no pueden ser desarrolladas inclusive por las figuras provisionales o transitorias contempladas en la Ley 909 de 2004 y ante tal circunstancia aparece el CAPS, el cual, no genera vínculo laboral sino un legítimo vínculo contractual administrativo según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; pero como ya se enunció anteriormente son mecanismos excepcionales que emplea el Estado para cumplir los fines estatales y el interés general.

Por último, frente al segundo interrogante planteado en este escrito se considera que la Administración Pública es consciente de que cuando emplea un CAPS, lo hace con doble objetivo: la primera con el fin de garantizar la prestación eficiente a las necesidades de los usuarios de la Administración Pública en los diferentes entes estatales y lo segundo con el fin de disfrazar de las verdaderas relaciones laborales, siendo la subordinación y dependencia los elementos esenciales para desmaterializar un CAPS y convertirlo en un contrato realidad pero en sede judicial donde el Juez de lo Contencioso Administrativo una vez analizados los casos y según las pruebas obrantes en los expedientes dará y aplicará el principio constitucional de la primacía de la realidad frente a los formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, condenando al Estado al pago de cuantiosas indemnizaciones por el tiempo laborado del contratista con la entidad cuestionada pero en detrimento de las finanzas estatales.

### iii. A modo de conclusión

Se ha finalizado el presente escrito donde se inició; no sin antes socializarles, que acerca de este tema de los CAPS, también se ha desarrollado una investigación rigurosa pero desde las tesis jurisprudenciales de la Sección Segunda Subsecciones A, B, C y la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En igual forma, tampoco se quieren dejar de lado algunas reflexiones finales acerca de este tema, como por ejemplo: el hecho de que hay que tener en cuenta que, la necesidad y satisfacción del servicio público por parte del Estado, más el Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) y el vacío jurídico existente respecto del elemento subordinación y propio del derecho laboral pero ausente en los CAPS, pueden ser factores que facultan legal pero equivocadamente a la Administración Pública la vinculación de algunos de sus servidores públicos al interior de los entes del Estado.

Es más, al analizar el Régimen Jurídico Administrativo contractual de los CAPS, se concluye, que es este mismo régimen el que faculta a la Administración Pública de manera exponencial y equivocada la proliferación de los mismos<sup>140</sup>; luego entonces, no es un actuar ilegal; sino por el contrario, este actuar es abusivo pero esta soportado en el ordenamiento legal y constitucional con las respectivas consecuencias indemnizatorias futuras en contra del erario público<sup>141</sup>.

140 [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com). Actualizado 01:46 a.m. - jueves 17 de octubre de 2013 «El Estado no ha podido frenar existencia de nóminas paralelas».

141 Martha Morales Manchego, Redacción de Economía y Negocios: Comenzó el gran inventario de nóminas paralelas en el sector público Por: JORGE CORREA C. 9:37 p.m. 04 de diciembre del 2011 : «Hay más de 170.000 trabajadores de planta y 34.000 con contratos de prestación de servicios. Por cada cinco empleados públicos de 21 sectores del orden nacional hay un trabajador contratado bajo la modalidad de prestación de servicios (ops), es decir, temporal. Esa forma de vinculación a la administración pública, conocida popularmente como nóminas paralelas, está en la mira del Gobierno central, comprometido a evitar el “uso abusivo de las órdenes de prestación de servicios en el Estado”», aseguró el ministro del Trabajo, Rafael Pardo.

Ahora, otro evento, es que se pretenda confundir las funciones transitorias ocasionales, excepcionales y temporales con funciones permanentes propias de las entidades del Estado. Así las cosas, el problema desde el punto de vista funcional está determinado cuando el CAPS atraviesa las fronteras señaladas entre las funciones transitorias a funciones permanentes al interior de una entidad pública, dejando de lado la subordinación como el elemento esencial de las relaciones laborales, indiferente de si el actor es empleado público o contratista.

Finamente, es claro que cuando se vinculan servidores públicos utilizando los CAPS, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y su legislación complementaria, oculta y no precisa el elemento subordinación y dependencia. De otro lado, también es dable afirmar que al ocultar legalmente el elemento subordinación en los CAPS, se puede generar una interpretación ficta y un uso contractual equivocado por parte de la Administración, con el riesgo que en el futuro se puedan transformar estos contratos en un contrato realidad por la aplicación en sede judicial del principio constitucional de la primacía de la realidad.

## Referencias bibliográficas

- Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, p. 287 a 330.
- Matallana, E. (2009). *Manual de contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia. p. 906 a 916.
- Parra, W. (1994). *Los contratos estatales*. Bogotá: 4.<sup>a</sup> Ed. Librería del Profesional.
- Rincón, J. (2009). *Derecho Administrativo Laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Universidad Externado de Colombia. p. 906 a 916.
- Santofimio, J. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo, t. I, 3.<sup>a</sup> Ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 368 a 370.*

Villegas, J. (2012). *Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructuras y relaciones individuales*, Legis.

## REVISTAS

Benavidez, J. (2010). Contrato de prestación de servicios. Dificil delimitación frente al contrato realidad. *Revista Derecho del Estado*, 25, 85-115.

## TESIS ACADÉMICAS

Pérez, S. (2011). Análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la administración pública colombiana. Tesis de grado periodo 2002-2010. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá: Facultad de Ciencia Política y Gobierno.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de Colombia de 1991. (2013). Bogotá: Legis

Congreso de Colombia. (17/07/2013). Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

Congreso de Colombia. (13/04/2012). Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 48.400.

Congreso de Colombia. (07/07/2008). Decreto 2474 de 2008. Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 47.043.

Congreso de Colombia. (16/07/2007). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. *Diario Oficial* 46.691.

Congreso de Colombia. (21/04/2005). Decreto 1227 de 2005. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998. *Diario Oficial* 45.890.

Congreso de Colombia. (23/09/2004). Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 45.680.

Congreso de Colombia. (05/02/2002). Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. *Diario Oficial* 46.699.

Congreso de Colombia. (27/02/2002). Ley 790 de 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. *Diario Oficial* 45.046.

Congreso de Colombia. (29/10/1998). Decreto 2209 de 1998. Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 1737 y 1738 del 21 de agosto de 1998. *Diario Oficial* 43.423.

Congreso de Colombia. (21/08/1998). Decreto 1737 de 1998. Por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público. *Diario Oficial* 43.371.

Congreso de Colombia. (23/12/1993). Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 41.148.

Congreso de Colombia. (06/06/1995). Ley 190 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. *Diario Oficial* 41.878.

Congreso de Colombia. Ley 80 de 1993 (Colombia). (28/10/1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*.

Congreso de Colombia. (05/08/1950). Código Sustantivo del Trabajo. Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 «Sobre Código Sustantivo del Trabajo», publicado en el *Diario Oficial* 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario N.º 3518 de 1949.

#### **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional. Sentencia T-171/12.

Corte Constitucional. Sentencia T-031/11.

Corte Constitucional. Sentencia T-1210/08.

Corte Constitucional. Sentencia T-638/08.

Corte Constitucional. Sentencia T-214/05.

Corte Constitucional. Sentencia T-1293/05.

Corte Constitucional. Sentencia T-523/98.  
Corte Constitucional. Sentencia T-326/97.  
Corte Constitucional. Sentencia C-614/09.  
Corte Constitucional. Sentencia C-037/03.  
Corte Constitucional. Sentencia C-094/03.  
Corte Constitucional. Sentencia C-776/03.  
Corte Constitucional. Sentencia C-739/02.  
Corte Constitucional. Sentencia C-672/01.  
Corte Constitucional. Sentencia C-866/99.  
Corte Constitucional. Sentencia C-563/98.  
Corte Constitucional. Sentencia C-154/97.  
Corte Constitucional. Sentencia C-154/97.  
Corte Constitucional. Sentencia C-020/96.  
Corte Constitucional. Sentencia C-006/96.