

El contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación de la administración pública: un tipo contractual de compleja celebración*

Professional Services Contracts in the Colombian Public Procurement System: A Contract of Complex Configuration

Alejandro Gómez Velásquez^a
Universidad EAFIT, Colombia
agomezv1@eafit.edu.co

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6354-5708>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj139.cpse>

Recepción: 26 Julio 2019

Aceptación: 28 Agosto 2019

Fecha de publicación: 30 Diciembre 2019

Cristian Andrés Díaz Díez
Universidad EAFIT, Colombia

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9139-6941>

Resumen:

Este artículo es el resultado de la revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria, a partir de una estrategia de investigación documental, de la figura del contrato estatal de prestación de servicios, regulada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El objetivo del texto es precisar que se trata de un tipo contractual de compleja delimitación conceptual, ya que la definición contenida en el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993, según la cual “son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” es sumamente amplia, lo que dificulta establecer si el contrato que se celebre en cada caso cabe o no dentro de dicha tipificación. De igual manera, se estudian las modalidades de contratos de prestación de servicios —profesionales, de apoyo a la gestión y para la realización de actividades artísticas—, al igual que los principales aspectos asociados a su régimen jurídico.

Palabras clave: Contrato estatal, servicios profesionales, prestación de servicios, contratación estatal.

Abstract:

The following paper aims to analyze the legal framework of public procurement for professional services. Through legal research methods, the paper proposes a systematic analysis of the legal framework recurring to normative, jurisprudence, and doctrinal sources. It will be held that the legal definition of those contracts made in article 32.3 of Law 80/1993 is too broad and vague. It has generated many doubts about the scope of this particular kind of contract and the public procurement process applicable to them. Therefore, this article studied the legal framework of the different types of public professional services contracts: professional services on strict sense, support management and artistic works that can only be entrusted with certain people.

Keywords: Public contracts, professional services, public procurement, personal services.

Introducción

El contrato de prestación de servicios no es un tipo contractual novedoso en la contratación estatal de Colombia, pues incluso antes de su configuración actual en la Ley 80 de 1993 existía un tratamiento normativo de dicho contrato, tanto en el Decreto-Ley 150 de 1976^[1], como en el Decreto-Ley 222 de 1983^[2], derogatorio del anterior. Sin embargo, esto no significa que el estudio de tal contrato esté desprovisto de interés teórico o práctico, pues, a pesar de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP)^[3] lo tipifica y establece la modalidad de *contratación directa* como el procedimiento legal adecuado para su celebración —con lo cual podría pensarse que la certidumbre jurídica se encuentra asegurada—, la figura del contrato de prestación de servicios continúa generando inquietudes

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: agomezv1@eafit.edu.co

apremiantes, no solo desde el punto de vista académico, sino además en el escenario administrativo. En tal sentido, aspectos como el alcance de la definición prevista en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993^[4] —en especial, el condicionamiento que impone el legislador sobre el objeto del contrato de prestación de servicios al desarrollo de “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” —, así como el de las demás exigencias jurídicas que deben reunirse para permitir su celebración y la forma apropiada como debe utilizarse dicha institución por las entidades, para no menoscabar los derechos laborales amparados bajo la máxima del *contrato realidad* con que está revestido el contrato de trabajo, aún suscitan debates en el escenario jurisdiccional, en la actividad contractual de las entidades públicas y en la labor de los órganos de control.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, según informes recientes del Banco Mundial y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, por sus siglas en español), los contratos de prestación de servicios constituyen la causal de contratación directa más utilizada de la legislación colombiana^[5]. Así, cerca del 62% de los contratos que se celebran directamente por parte de las entidades estatales del orden nacional corresponde a contratos de prestación de servicios. Esta tendencia no solo se mantiene, sino que aumenta a nivel territorial, donde el porcentaje puede llegar a constituir el 84% de la contratación directa. En este sentido, los organismos internacionales han advertido sobre lo problemático que puede resultar el uso excesivo de dicha causal, no solo para la debida vinculación laboral con el Estado, sino también para la planeación y apertura de los procedimientos contractuales.

Las razones indicadas anteriormente justifican, por tanto, un estudio del contrato de prestación de servicios, con el objetivo de elaborar un breve rastreo de tipo normativo^[6], jurisprudencial y doctrinario, que permita plantear un estado del arte sobre su regulación actual. Asimismo, se busca ofrecer alternativas de interpretación sobre algunos temas que pueden calificarse como problemáticos en la configuración normativa del contrato de prestación de servicios y que suelen ser objeto de varias preocupaciones, con la intención de que estos puntos de vista sean útiles para el operador jurídico o, al menos, sigan propiciando reflexiones en torno a ellos.

Definición del contrato de prestación de servicios y ámbito de aplicación del concepto contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

Si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una definición unitaria del contrato de prestación de servicios^[7], es decir, común a las disposiciones civiles y comerciales y a las que regulan la contratación estatal, el contrato de prestación de servicios constituye uno de los tipos contractuales consagrados en el EGCAP^[8]; es decir, es un contrato típico, dentro de dicho estatuto. Esta circunstancia permite señalar que a pesar de que en el tráfico mercantil privado también sea posible celebrar contratos de prestación de servicios, aquellos que suscriben las entidades públicas que se rigen por el EGCAP reúnen unos caracteres especiales, no exigidos por las normas del derecho común. ¿Cuáles son, por tanto, los rasgos que caracterizan el contrato de prestación de servicios celebrado por las entidades estatales reguladas por el EGCAP? Para responder esta pregunta, es necesario abordar inicialmente el concepto de contrato de prestación de servicios dentro del régimen jurídico de la contratación estatal. En la actualidad dicha definición se encuentra establecida en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual “son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. De la anterior definición normativa es posible extraer dos conclusiones fundamentales: que para que se trate de contratos estatales de prestación de servicios, deben celebrarse por las entidades estatales y, adicionalmente, deben tener por objeto el desarrollo de “actividades relacionadas con

la administración o funcionamiento de la entidad”. Ahora bien, ¿qué se entiende por entidades estatales? Y ¿cuáles actividades pueden catalogarse como de administración o funcionamiento de la entidad?

El primer interrogante puede contestarse con apoyo en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, el cual contiene el listado de las entidades estatales, “para los solos efectos de esta ley”^[9]. Es decir que el enunciado del numeral 3 del artículo 32 de la misma ley únicamente resulta aplicable a las entidades estatales que, para los solos efectos de la Ley 80 de 1993, se denominan de esta manera y no a las demás entidades que, pese a ser también estatales, se encuentran excluidas por regla general del ámbito del EGCAP. En otras palabras, como se estudiará posteriormente en este artículo, las entidades exceptuadas del EGCAP pueden celebrar contratos de prestación de servicios, pero no en virtud del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 —pues esta definición no les aplica— sino a partir de la autonomía de la voluntad que les concede el derecho privado, y con arreglo a las disposiciones de este régimen.

La segunda inquietud relacionada con el contenido u objeto que debe estar presente en el contrato de prestación de servicios para que pueda calificarse como un asunto atinente a la “administración o al funcionamiento de la entidad” obedece a una pregunta concerniente a la interpretación de un concepto jurídico indeterminado, pues en esta parte de la definición de dicho tipo contractual el legislador utiliza un concepto vago, integrado a su vez por palabras que suponen un margen hermenéutico amplio^[10]. Este carácter indeterminado del objeto será estudiado en la continuación, en donde abordamos las características del contrato de prestación de servicios.

Características del contrato de prestación de servicios

Con fundamento en el análisis jurisprudencial y doctrinario del contrato de prestación de servicios, este puede caracterizarse como un i) contrato típico, ii) excepcional, iii) temporal, iv) que goza de amplitud de objeto, v) que se distingue del contrato de trabajo, vi) que puede celebrarse a través de la modalidad de contratación directa, vii) que admite el pacto y utilización de cláusulas excepcionales por parte de la entidad y viii) que pueden no requerir liquidación. Estos rasgos se explican a continuación.

El contrato de prestación de servicios es un contrato típico

Los contratos, en general, pueden clasificarse en típicos y atípicos. Son contratos típicos aquellos que gozan de una denominación, así como de una regulación expresa en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, los contratos atípicos son aquellos que no se hallan regulados normativamente, pero cuya celebración y contenido están autorizados por el principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos negociales^[11]. Pues bien, el contrato de prestación de servicios es un contrato típico dentro del EGCAP, ya que este no solo contempla su definición, sino además los requisitos que deben reunirse para su celebración y algunos efectos asociados a su ejecución y liquidación.

La circunstancia de ser un contrato típico plantea algunas consecuencias jurídicas importantes. En primer lugar, los sujetos contratantes únicamente pueden celebrar dicho contrato cuando se presenten en realidad los elementos que integran su definición normativa. Dicho de otro modo, por tratarse de un contrato típico, con fundamento en dicho régimen, únicamente se entiende que existe un contrato de prestación de servicios cuando el acuerdo de voluntades celebrado encaje dentro de la definición consagrada en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993. En segundo lugar, la tipificación contractual implica límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad, porque condiciona la validez del contrato a las exigencias normativas previstas en el EGCAP, proscribiendo, por ejemplo, que origine una relación permanente que tome la realidad de un vínculo laboral, que se duplique, sin justificación razonable, la ejecución de las actividades que puede desarrollar el personal

de planta, o que se disfrace con la apariencia del contrato de prestación de servicios otro tipo contractual igualmente previsto en la normativa contractual estatal, como el de obra o el de consultoría^[12].

La celebración del contrato de prestación de servicios debe ser excepcional

La excepcionalidad del contrato de prestación de servicios en la regulación del EGCAP se refiere tanto al objeto, como a las personas que pueden ser contratistas del Estado, bajo dicho tipo de contrato. En cuanto al primero, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que dicho contrato se celebra “para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”. Esto significa que actividades que no sean susceptibles de calificarse como labores administrativas o de funcionamiento no pueden ser objeto de dicho contrato. En relación con el segundo aspecto, igualmente dicho numeral otorga al contrato de prestación de servicios un carácter excepcional, pues establece que “estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”^[13]. Ahora bien ¿cuál es el alcance de esta restricción?

Para extraer de la disposición anterior la interpretación que resulta más razonable, conviene dejar explícitas algunas conclusiones que no ofrecen mayor discusión: en primer lugar, al decir la norma que “estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales (...)”, ello no significa que solo autorice su celebración con estos sujetos; es decir que no prohíbe que las personas jurídicas también suscriban contratos de prestación de servicios^[14]. Preciado lo anterior, resulta válido entender, en segundo lugar, que el aparte normativo en cuestión consagra límites sobre la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, no con personas jurídicas^[15]. Expresado en otras palabras, la exigencia de que únicamente tales contratos se celebren cuando las actividades de administración o funcionamiento de la entidad “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados” opera solo para la suscripción de contratos de prestación de servicios con personas naturales, no solo porque el referido numeral así lo prevé textualmente, sino porque lo que se busca evitar con tal norma es que, a través de dichos contratos, se constituyan las llamadas “nóminas paralelas”, es decir, cargas económicas adicionales para las entidades públicas, que se producen por la duplicación de un cargo de planta a través de la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales. Si bien podría pensarse que la externalización de ciertas labores administrativas o de funcionamiento, mediante la celebración de tales contratos con personas jurídicas, también ofrece el riesgo de que se repita la actividad de algunos empleos o se vacíen ciertas competencias de la entidad, estos son defectos del funcionamiento del contrato de prestación de servicios que deben evitarse en la práctica, para garantizar los principios que orientan la actividad contractual del Estado. Sin embargo, lo cierto es que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite indirectamente que se celebren contratos de prestación de servicios con personas jurídicas, a pesar de que haya personal de planta que pueda encargarse de las labores que se contratan o aunque estas últimas no requieran conocimientos especializados.

De conformidad con lo expuesto, y para responder a la pregunta sobre el alcance de la restricción, es válido interpretar, entonces, que lo que marca el carácter excepcional del contrato de prestación de servicios con personas naturales es que la norma supedita su celebración con estas a que se dé una de dos circunstancias: 1) que las actividades a contratar no puedan realizarse con personal de planta o 2) que, independientemente de si el personal de planta puede atenderlas o no, la entidad requiere de conocimientos especializados que posee la persona natural a contratar. No es necesario, por tanto, que concurran las dos situaciones, pues la norma utiliza una disyunción y no una conjunción. Ahora, ¿a qué se refieren las dos condiciones establecidas en la norma? Cuando el numeral en comento dispone que las actividades administrativas o de funcionamiento que se pretenden contratar no puedan realizarse con personal de planta de la entidad como condición para la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales, esto hace referencia, por lo menos, a dos eventos: 1) a que en la planta o estructura de cargos no haya personal que tenga dentro de su

manual de funciones la realización de tales labores o 2) a que, no obstante dichas tareas poder ser cumplidas con el personal de planta, la carga de trabajo lo hace materialmente imposible en la realidad, puesto que los empleados o trabajadores ya tienen agotada su capacidad laboral. En ambas situaciones se justifica contratar a una persona natural externa, para que se encargue de prestar dichos servicios.

De otro lado, al disponer la norma que tales contratos también estén permitidos cuando, a pesar de haber personal de planta que pueda encargarse de las funciones a contratar, se requieran conocimientos especializados, quiere decir que lo que justifica acudir a la persona natural externa para acordar con ella el cumplimiento de la labor no tiene que ver con un análisis de cargas al interior de la estructura de la entidad estatal, sino con la cualificación de aquella. Sin embargo, esta previsión no carece de complejidad, pues, por una parte, la redacción de la norma utiliza un concepto jurídico indeterminado cuando alude a “conocimientos especializados”, lo que no permite definir en abstracto qué ha de entenderse por estos, es decir, establecer cuáles son las condiciones que debe reunir una persona natural, que permitan predicar de ella la titularidad de dichos conocimientos. Lo que sí se puede plantear en abstracto es que estos deben ser especializados, es decir, que su nivel debe ir más allá del saber general. Pero, adicionalmente, surgen inquietudes como estas: ¿en qué momento el conocimiento deja de ser común, para ser especializado?, ¿es necesario que el conocimiento especializado haga de su poseedor un experto?, ¿puede la entidad estatal celebrar el contrato de prestación de servicios con una persona natural, a pesar de no ser la única que tiene en el medio el conocimiento especializado que justifica la suscripción del contrato? Como puede advertirse, se trata de interrogantes que no se pueden responder de una manera precisa, debido a la amplitud conceptual utilizada por el legislador. Sin embargo, lo anterior no obsta para ofrecer la interpretación que se considera más razonable. Según se ha dicho, la norma se refiere a la existencia de conocimientos especializados. Acudiendo entonces al uso común de las palabras^[16] y en armonía con las definiciones cercanas contenidas en el Diccionario de la Real Academia Española^[17], puede decirse que la especialidad es la cualidad del conocimiento que lo hace singular o particular, es decir, que lo convierte en un saber que se distingue del común o general. En tal sentido, para que el conocimiento sea especializado no es necesario que llegue a un nivel de experticia enorme o que convierta a quien lo detenta en la única persona que lo posee.

Así pues, el conocimiento especializado no se opone a que se trate de un saber compartido. Pero, ¿es válido celebrar el contrato de prestación de servicios con una persona natural que ostenta un conocimiento especializado similar al de algún servidor de la entidad estatal? Esta pregunta resulta en gran medida problemática, pues, como se indicó, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 utiliza una disyunción al decir que dicho contrato se puede celebrar cuando el personal de planta no pueda encargarse de las labores o cuando se requiera de conocimientos especializados. En tal medida, desde una perspectiva lógica puede pensarse que la necesidad del conocimiento especializado está al margen del conocimiento del personal de planta. Pero, en estricto sentido, ¿si hay sujetos al interior de la entidad que posean el saber, sí requiere esta de un conocimiento especializado? Esto parece improbable, pues, en principio, si el conocimiento especializado ya está en el personal de la entidad, entonces no requiere contratarlo. Por ello, la tesis que guarda más armonía con el contexto de la disposición es aquella según la cual si el conocimiento especializado se encuentra dentro de la planta de personal, la entidad deberá justificar por qué no puede realizar la actividad con sus propios servidores.

La ejecución del contrato de prestación de servicios debe ser temporal

Los contratos de prestación de servicios también se caracterizan por su temporalidad. Este rasgo se desprende del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece que “estos contratos (...) se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. Este elemento también ha sido resaltado por la Corte Constitucional, al sostener que el contrato de prestación de servicios es temporal y que, por tanto, si la entidad estatal observa

que las actividades que desempeña el contratista se tornan ordinarias y permanentes, debe crear el empleo en la planta de personal, previendo los emolumentos correspondientes^[18].

Uno de los riesgos que pretenden mitigarse con esta previsión normativa es que la ejecución de tales contratos conlleve a la formación de un vínculo indefinido con el contratista, que, con el tiempo, asuma los caracteres de una relación laboral. A su vez, dada la excepcionalidad del contrato de prestación de servicios, el EGCAP condiciona su ejecución al período estrictamente indispensable para realizar la labor administrativa contratada, de modo que el contratista no se convierta, materialmente, en un empleado más de la entidad, sino que únicamente esté durante el tiempo en que deba responder por sus productos contractuales.

El contrato de prestación de servicios se caracteriza por la amplitud de su objeto

Como se señaló en el numeral 2 de este texto, dentro de la definición del contrato de prestación de servicios contemplada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el legislador utiliza el concepto vago de “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, como aquellas que pueden ser objeto de dicho contrato. En tal sentido, se ha dicho que el contrato de prestación de servicios tiene un “objeto polivalente”^[19].

Tal como lo ha expresado la jurisprudencia y la doctrina, es tan amplio dicho concepto #pues prácticamente cualquier actividad que desarrolle una entidad está ligada con su administración y funcionamiento#, que en la resolución de las controversias judiciales se ha adoptado varios criterios para tratar de delimitar las actividades que pueden ser incluidas dentro del contrato de prestación de servicios.

En primer lugar, se admite actualmente que la celebración del contrato de prestación de servicios puede implicar el otorgamiento de funciones administrativas al contratista, pero no un vaciamiento de las competencias de la entidad.

En segundo término, se ha señalado que las actividades de administración o funcionamiento de la entidad que den lugar a la suscripción del contrato de prestación de servicios no pueden ser aquellas que se ejecutan a través de los demás contratos tipificados en el EGCAP, pues para precisar las materias que pueden integrar el objeto del contrato de prestación de servicios rige un criterio residual o supletivo, en virtud del cual únicamente puede contratarse bajo esta modalidad lo que no ingrese dentro de la tipología de otros contratos estatales. Así, por ejemplo, si la labor que se pretende contratar tiene que ver con “la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, [con] la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles”, esta actividad es propia del contrato de obra pública por más administrativa o relacionada con el funcionamiento de la entidad (art. 32, n.º 1, Ley 80 de 1993). Lo mismo podría decirse del contrato de consultoría, en el que el componente intelectual o atinente a la ejecución de un proyecto excluye la actividad que reúna este contenido del objeto del contrato de prestación de servicios.

Tampoco ingresan dentro del objeto de los contratos de prestación de servicios tipificados en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 los contratos de prestación de servicios de salud que constituyen causal de selección abreviada, al tenor del numeral 2, literal c) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007^[20].

En los contratos de prestación de servicios debe haber ausencia de vínculo laboral, lo que significa que el contratista goza de autonomía para la ejecución de las actividades

Del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se deriva otra de las características del contrato de prestación de servicios, de donde emerge su distinción con el contrato de trabajo, al establecer la norma que “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”. El enunciado normativo indicado, así como la expresión de que estos contratos solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan desarrollarse con personal de planta, fueron demandados ante la Corte

Constitucional, pues a decir de los actores “la norma demandada, en las expresiones que se señalan, vulnera el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 93, 94, 122, 123, 125 y 366 de la Constitución Política, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y los Convenios 87, 98, 100 y 111 de la O.I.T.”^[21]. Lo anterior, por cuanto #según los demandantes#, al permitir que se contraten labores que pueden realizar los trabajadores de la entidad, se convierte materialmente a los contratistas en empleados, ya que, igualmente, frente a ellos se presenta una relación de subordinación y dependencia.

No obstante, la Corte Constitucional declaró los apartes ajustados a la Carta Política, con fundamento en la idea de que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la autonomía técnica y científica del contratista; 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 la labor, según las estipulaciones acordadas”^[22]. En vista de lo anterior, la Corte consideró que la norma no viola la Constitución, en el sentido de que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios y los del contrato de trabajo son diferentes, lo que no obsta para que, de llegar a presentarse una aplicación tergiversada del primero para esconder en la realidad una verdadera relación laboral subordinada, el contratista pueda reclamar judicialmente el pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho^[23].

Es más, en otras providencias la Corte Constitucional ha expresado que, si bien la tutela es un mecanismo subsidiario, las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta o requieran una protección transitoria ante la vulneración de derechos fundamentales causada por la entidad contratante mediante la ejecución de contratos de prestación de servicios en los que se desconoce el contrato realidad, pueden acudir a dicha acción^[24].

En tal sentido, se ha planteado que mientras el contrato de trabajo se caracteriza por la presencia de tres elementos: 1) la realización de una actividad personal de una persona en beneficio de otra, 2) el pago de un salario, como contraprestación directa de la labor desempeñada y 3) el vínculo de subordinación y dependencia entre el trabajador y el empleador, en el contrato de prestación de servicios tipificado en el EGCAP están presentes los primeros dos elementos anteriormente mencionados, pero no el tercero, pues en lugar de subordinación, el contratista de prestación de servicios goza de autonomía para la ejecución de las actividades contratadas^[25]. Sin embargo, como el contrato de trabajo es, ante todo, un contrato realidad, si objetivamente se presenta dicha subordinación, por más de que el contrato adopte la denominación convencional de contrato de prestación de servicios, se debe declarar la existencia de una relación laboral^[26].

Ahora bien, como es sabido en el ámbito del derecho laboral, son manifestaciones comunes de la subordinación y dependencia, como elemento del contrato de trabajo, las órdenes dadas por el empleador al trabajador relacionadas, por ejemplo, con el cumplimiento de un horario y, en ocasiones, con el uso de un uniforme obligatorio, como la vestimenta adecuada para su desempeño laboral. Sin embargo, se ha discutido si la imposición de alguna de estas obligaciones sobre el contratista de prestación de servicios necesariamente genera que se desvirtúe dicho contrato, dando lugar a una relación laboral. A pesar de que estas pueden ser pruebas de la subordinación a la que materialmente está sometido el contratista, el Consejo de Estado ha señalado que no siempre que, por ejemplo, se emiten órdenes dirigidas al contratista o se le exige el cumplimiento de una jornada, la administración actúa como empleadora, porque en el contrato de prestación de servicios media un vínculo de coordinación^[27].

La modalidad de selección para la celebración de los contratos de prestación de servicios es la contratación directa

Desde la redacción originaria de la Ley 80 de 1993, el legislador consagró la contratación directa como el trámite contractual propio para la celebración de los contratos de prestación de servicios^[28]. Esta circunstancia se mantuvo con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, pues conforme con su artículo 2, numeral 4°, literal h), la modalidad de selección idónea para la celebración de los contratos de prestación de servicios continúa siendo la contratación directa^[29].

El Decreto 1082 de 2015 también dedica una parte de su articulado a reglamentar la forma en que se debe surtir el procedimiento de contratación directa tendiente a la celebración del contrato de prestación de servicios. Al respecto, establece que en tal caso no resulta necesario expedir acto administrativo de justificación de la contratación directa^[30] y además dispone en su artículo 2.2.1.2.1.4.9:

“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”^[31].

En relación con los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto directo la actividad de las empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, y que no actúen en competencia, es necesario indicar que, si bien el literal g) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 prevé que, , los contratos celebrados por dichas entidades debe hacerse previo trámite de selección abreviada por regla general, el mismo literal dispone que esto es “con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993”. En armonía con lo anterior, el artículo 2.2.1.2.1.2.24 del Decreto 1082 de 2015 establece:

“Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda.”^[32]

En consecuencia, dichas entidades igualmente deberán cumplir con el procedimiento de contratación directa para la celebración de contratos de prestación de servicios.

En los contratos de prestación de servicios profesionales se admite el pacto y utilización de cláusulas excepcionales

El primer inciso del numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 prevé que, para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades

“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.”^[33]

Por su parte, el segundo inciso de la disposición bajo análisis #por lo que interesa resaltar # establece que “las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios”. Con base en dicho enunciado normativo se puede concluir que, en los contratos de prestación de servicios regulados por el EGCAP, las entidades pueden pactar con el contratista las mencionadas cláusulas excepcionales.

Los contratos de prestación de servicios pueden no requerir liquidación

Como es sabido, el EGCAP prevé la obligación de liquidar los contratos de tracto sucesivo #aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo# y los demás que lo requieran; es decir, de efectuar un cruce de cuentas, al cese de la relación negocial, para determinar su estado final: quién le debe a quién y, en tal caso, cuánto le adeuda, así como las condiciones del paz y salvo correspondiente, en todos los aspectos asociados al contrato: técnicos, económicos y jurídicos.

Ahora; si bien la redacción original del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 no hacía esta salvedad, el texto normativo actual, modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012 establece, en su último inciso, que “la liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”^[34].

Como puede observarse, este enunciado dispone que el trámite de la liquidación no es necesario en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Al no consagrar la misma excepción para los contratos de prestación de servicios que tengan por objeto la ejecución de actividades artísticas que solo puedan encomendarse a determinadas personas, se entiende que estos se rigen por la regla general plasmada en el inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, es decir que su liquidación resulta obligatoria si son de tracto sucesivo o así lo requieren.

Así las cosas, de la expresión utilizada por la norma según la cual la liquidación “no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión” no se desprende una prohibición, sino la ausencia de obligatoriedad de dicho procedimiento. Es decir que esta disposición no implica una restricción para que por autonomía de la voluntad se incluya la liquidación como obligatoria en el contrato. En caso de que se haya guardado silencio, la entidad estatal no podrá exigir la liquidación como condición para el pago de la remuneración del contratista^[35].

Clasificación de los contratos de prestación de servicios

A partir de los comentarios realizados sobre el contrato de prestación de servicios y de las disposiciones normativas que lo regulan en el EGCAP, es posible efectuar una clasificación de dicho tipo contractual. Así, según la naturaleza del sujeto contratista, el contrato de prestación de servicios puede ser con personas naturales o jurídicas. Por su parte, en virtud de la naturaleza de la actividad, puede tratarse o bien de un contrato de prestación de servicios profesionales, de uno de apoyo a la gestión o de uno para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas.

Según la naturaleza del sujeto contratista

Contratos de prestación de servicios con personas naturales

Son aquellos contratos de prestación de servicios que celebrados con las personas naturales^[36], para llevar a cabo actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan encomendarse al personal de planta o cuando requieran conocimientos especializados. Estos contratos pueden tener por objeto la prestación de un servicio profesional, de apoyo a la gestión o la ejecución de un trabajo artístico.

Contratos de prestación de servicios con personas jurídicas

Se refieren a los contratos celebrados con personas jurídicas^[37] para la ejecución de labores que atañen a la administración o al funcionamiento de la entidad estatal, con prescindencia de si hay o no personal de planta que pudiera encargarse de estas actividades o de si se requiere de conocimientos especializados, pues según se anotó estas son condiciones que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 solo exige para la contratación de personas naturales.

Lo anterior no significa que las entidades estatales no deban justificar la celebración de los contratos de prestación de servicios con personas jurídicas, sino que gozan de una mayor discrecionalidad para determinar las razones de conveniencia que las motivan a contratar a dichos sujetos, ya que no tienen que sujetarse a la imposibilidad de ejecutar las actividades con el personal de planta, ni a la cualificación del conocimiento requerido, aunque estas hipótesis también pueden ser la causa de la celebración de tales contratos.

Ahora bien, la clasificación analizada de acuerdo a la naturaleza del sujeto contratista no impide que en ciertos escenarios concurren personas naturales y jurídicas en la celebración del contrato de prestación de servicios. Desde este punto de vista, al amparo del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, no se observa obstáculo normativo para que dicho contrato pueda suscribirse con un consorcio o unión temporal.

Según la naturaleza de la actividad

Como se comentó al abordar las características del contrato bajo estudio, el literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece como causal de contratación directa la celebración de contratos 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”. Ello exige diferenciar sucintamente los tres tipos de contratos indicados por dicha norma, en virtud de la naturaleza de la actividad.

Contratos de prestación de servicios profesionales

Son contratos de prestación de servicios profesionales que se celebran en virtud del conocimiento especializado, la formación académica o la experiencia de una persona en el ámbito de una profesión, ciencia o disciplina determinada y que tienen por objeto la ejecución de actividades intelectuales distintas de las propias de un contrato de consultoría^[38].

Contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión

Se denominan contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión los acuerdos de voluntades celebrados entre la entidad estatal y personas naturales o jurídicas para la realización de labores relacionadas con la administración o el funcionamiento de aquella, de tipo material, operativo o asistencial, es decir, que no tienen por objeto la ejecución de actividades de carácter intelectual y que, por lo mismo, no requieren que el contratista esté cualificado por su formación profesional^[39].

Contratos de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas

Esta tercera modalidad del contrato de prestación de servicios en virtud de la naturaleza de la actividad alude a aquel que se celebra por las condiciones *intuitu personae* de tipo artístico de una persona natural que justifican su selección como contratista por parte de la entidad.

Ahora bien, ¿a qué se refiere el predicado del literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, cuando exige que deben ser trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas? El sentido de este enunciado normativo es que la razón que permite la contratación directa con dichas personas naturales es precisamente el conjunto de habilidades artísticas que reúnen. En tal medida, la expresión “que solo puedan encomendarse a determinadas personas” no puede interpretarse como un mandato de que el contrato de prestación de servicios para la ejecución del trabajo artístico solo sea causal de contratación directa cuando solo exista un único artista en el mercado que pueda encargarse de la labor requerida por la entidad. La contratación directa está permitida aun cuando sean varios los sujetos en la línea artística sobre la que versa el trabajo que contratará la Administración. Lo contrario sería confundir la causal de contratación directa que se viene analizando, con la prevista en el literal anterior, es decir, en el g) del mismo numeral y artículo, que también permite dicha modalidad contractual “cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”^[40].

Las anteriores anotaciones tienen apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En tal sentido, vale la pena dejar aquí plasmado el cuadro resumen sobre las especies del contrato de prestación de servicios, contenido en la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Tercera de dicha Corporación el 2 de diciembre de 2013, a propósito de la demanda de simple nulidad interpuesta contra el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 4266 de 2010^[41].

La celebración de contratos de prestación de servicios por parte de entidades exceptuadas del EGCAP

Como es de conocimiento común, no todas las entidades públicas se rigen por el EGCAP, pues algunas se encuentran sometidas al régimen del Derecho privado, no obstante que los contratos que celebran también se denominen estatales^[42]. Dichas entidades gozan de una mayor autonomía de la voluntad para la celebración de sus contratos, pues este es el principio rector en materia civil y comercial.

Por consiguiente, en relación con el contrato de prestación de servicios, al no resultarles aplicable la definición del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, puede decirse que si dichas entidades lo celebran y lo dotan de los mismos caracteres señalados en el EGCAP, lo hacen de manera voluntaria y no porque las mismas exigencias normativas les cobije. Lo anterior por cuanto, según se explicó, las disposiciones que regulan la prestación de servicios en el ámbito de las entidades exceptuadas son los artículos 2063 a 2069 del Código Civil, la cuales, en todo caso, no plantean límites sobre la naturaleza de los sujetos o el tipo de actividad a desempeñar, como sí los que prevén las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

No obstante a lo anterior, si las entidades exceptuadas incluyen en sus reglamentos o manuales de contratación requisitos especiales que deban cumplir para la celebración de contratos de prestación de servicios o delimitan el objeto que puede estar incluido en estos, deben observar tales directrices, pues el principio de la inderogabilidad singular del reglamento proscribire que en el caso concreto se contraríe lo previsto en el acto administrativo general que goza de vocación de permanencia en el tiempo. En un mismo sentido, el procedimiento de selección que deberá surtir la entidad para celebrar el contrato de prestación de servicios es el que haya dispuesto su manual de contratación. En caso de vacío, se entiende que está permitida la contratación directa, no con fundamento en el literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 #pues esta norma tampoco tiene como destinatarias a las entidades exceptuadas#, sino porque en el derecho privado la regla general es la posibilidad de escogencia singular y directa del contratista.

Conclusiones

Para culminar este análisis, vale la pena dejar planteadas algunas conclusiones:

a) El contrato de prestación de servicios regulado en el EGCAP es un acuerdo de voluntades celebrado entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica #eventualmente con consorcio o uniones temporales# para la ejecución de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad contratante.

b) Dicho contrato se caracteriza fundamentalmente por: 1) ser típico, 2) excepcional, 3) temporal, 4) gozar de amplitud de objeto, 5) distinguirse del contrato de trabajo, 6) la posibilidad de celebrarlo a través de la modalidad de contratación directa, 7) admitir el pacto y utilización de cláusulas excepcionales por parte de la entidad y 8) en algunas circunstancias no requerir liquidación.

c) La restricción establecida en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 para la celebración de los contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, solo opera para la contratación de personas naturales bajo esta tipología contractual; no para la contratación de personas jurídicas. En caso tal, la entidad también debe justificar la necesidad, pero goza de mayor discrecionalidad para determinar las razones que motivan la celebración del contrato.

d) El contrato de prestación de servicios puede clasificarse atendiendo a la naturaleza del sujeto contratista y de la actividad objeto de aquel. En virtud del primer criterio, se divide en contrato de prestación de servicios con personas naturales o con personas jurídicas. En relación con el segundo aspecto, puede tratarse o bien de un contrato de prestación de servicios profesionales, de uno de apoyo a la gestión o de uno para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas.

e) La definición y regulación del contrato de prestación de servicio que se contempla en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el Decreto 1082 de 2015 solo aplica a las entidades sometidas al EGCAP; no a las entidades exceptuadas. Estas pueden celebrar esta modalidad de contrato, pero de conformidad con las normas civiles y comerciales, su reglamento interno de contratación, así como el principio de autonomía de la voluntad.

f) El contrato de prestación de servicios regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se caracteriza por ser, entonces, un tipo contractual de compleja celebración, porque su definición está cargada de conceptos jurídicos indeterminados, como que deben tener por objeto el desarrollo de “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad” o que solo se pueden celebrar con personas naturales “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”. Esto genera dificultades para precisar en cada caso si resulta o no procedente la celebración de dicho contrato y para diferenciarlo de otros tipos contractuales, principalmente, del de consultoría y de trabajo.

Bibliografía

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. 15 de abril de 1887 (Colombia).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia 2011-00039 de 2013. (C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 2 de diciembre de 2013).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. 2011-00494 de 2014. (C. P. Alfonso Vargas Rincón; 13 de febrero de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Sentencia 2013-00060/3420-2015 de 2016. (C. P. Gabriel Valbuena Hernández; 6 de diciembre de 2018).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Sentencia 17001-23-33-000-2014-00282-01. (C. P. William Hernández Gómez; 28 de noviembre de 2018).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B. (C. P. Enrique Gil Botero; 7 de marzo de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 2003 (M. P. Alvaro Tafur Galvis; 28 de enero de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-056 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 22 de febrero de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-094 de 2003 (M. P. Jaime Córdoba Triviño; 11 de febrero de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-154 de 1997 (M. P. Hernando Herrera Vergara; 19 de marzo de 1997).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-614 de 2009 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 2 de septiembre de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-214 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; 10 de marzo de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-279 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 20 de junio de 2019).
- Cristian Andrés Díaz Díez, *La liquidación*. Serie: Las cláusulas del contrato estatal, Ed. Librería Jurídica Sánchez & Centro de Estudios de Derecho Administrativo (2013).
- Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. n.º 49523.
- Decreto 150 de 1976 [con fuerza de ley]. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. 27 de enero de 1976. D.O. n.º 34492.
- Decreto 222 de 1983 [con fuerza de ley]. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. 2 de febrero de 1983. D.O. n.º 36189.
- Decreto 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. 10 de enero de 2012. D.O. n.º 48308.
- Especializar - Definición - Diccionario de la lengua española | RAE – ASALE. https://dle.rae.es/especializar?m=30_2
- Gonzalo Suárez Beltrán, *Estudios de Derecho contractual público*, Ed. Legis-Pontificia Universidad Javeriana (2014).
- Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Ed. Temis (7ª ed., 2005).
- I Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Temis-Palestra (12ª ed., 2008).
- Javier Gustavo Rincón Salcedo, *Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia*, 125 *Vniversitas*, 319-337 (2012). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14255>
- Jorge Enrique Ibáñez Najjar, *El “Estatuto general de Contratación de la Administración Pública” Estudio normativo, doctrina y jurisprudencia sobre su naturaleza*, 108 *Vniversitas*, 119-192 (2004). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14724>
- José Luis Benavides, *Contrato de prestación de servicios, Difícil delimitación frente al contrato realidad*, en *Contratos públicos*. Estudios, Ed. Universidad Externado de Colombia (2014).
- 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. 16 de julio de 2007. D.O. n.º 46691.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. n.º 41094.

Marta Elena Montoya Osorio & Guillermo Montoya Pérez, *Las personas en el Derecho civil colombiano*, Ed. Leyer (2001).

Organization for Economic Co-operation and Development, *Making the Difference in Public Services Delivery: The Review of the Colombian Public Procurement System*, GOV/PGC/ETH(2015)11, OECD, 61 (2015).

Notas

* Artículo de revisión

[1] Este Decreto contenía un acápite sobre la regulación del contrato de prestación de servicios en el que trataba aspectos como su definición (art. 138), las clases de contratos de prestación de servicios (art. 139), los contratos de prestación de servicios de carácter técnico (art. 140), la remuneración de las personas naturales (art. 141) y la precisión de que los contratos de prestación de servicios no se consideraban contratos de trabajo (art. 142). Sobre el concepto de contrato de prestación de servicios, el artículo 138 de dicho estatuto disponía: “Para los efectos del presente decreto, se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas”. Decreto 150 de 1976 [con fuerza de ley]. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. 27 de enero de 1976. D.O. n.º 34492.

[2] La regulación del contrato de prestación de servicios en el Decreto-Ley 222 de 1983 se encontraba en su capítulo 11, donde también se ocupaba de aspectos como la definición de dichos contratos (art. 163), su clasificación (art. 164), de los contratos de prestación de servicios de carácter técnico o científico (art. 165), de la remuneración a las personas naturales (art. 167), la precisión de que los contratos de prestación de servicios no se consideraban contratos de trabajo (art. 168), del trámite que había que adelantar ante la Presidencia de la República para celebrar, adicionar o prorrogar los contratos de prestación de servicios de algunas entidades descentralizadas del orden nacional. Decreto 222 de 1983 [con fuerza de ley]. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. 2 de febrero de 1983. D.O. n.º 36189

[3] El EGCAP se encuentra actualmente integrado por la Ley 80 de 1993 —por la cual se expide aquel— y por la 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. 16 de julio de 2007. D.O. n.º 46691. Actualmente, su reglamentación está contenida en los títulos 1 y 2 del Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. n.º 49523.

[4] Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. n.º 41094.

[5] Organization for Economic Co-operation and Development, *Making the Difference in Public Services Delivery: The Review of the Colombian Public Procurement System*, GOV/PGC/ETH(2015)11, OECD, 61 (2015).

[6] Este ejercicio encuentra especial fundamento en el “descontrol” normativo que ha caracterizado al régimen de la contratación estatal en Colombia. Al respecto véase Javier Gustavo Rincón Salcedo, *Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia*, 125 *Vniversitas*, 319-337 (2012).

[7] En efecto, a pesar de que el Código Civil Colombiano contempla la regulación del arrendamiento de servicios inmateriales (artículos 2063 a 2069), que es la figura del Derecho privado más parecida a los contratos de prestación de servicios celebrados por las entidades estatales, no existe una regulación, ni mucho menos una definición de estos últimos. Tampoco la hay en el Código de Comercio, en el que sí se prevé la prestación de servicios como actividad mercantil (art. 20, n.º 14), excepción hecha de la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales (art. 23, n.º 5), pero no se regula una figura típica autónoma denominada contrato de prestación de servicios. Este criterio es compartido por Gonzalo Suárez Beltrán, quien, además, expresa que “la codificación civil colombiana se acogió a la doctrina del Derecho Romano, la cual agrupó en un mismo género (*locatio conductio*) tres tipos de actividades (cesión de una cosa para el goce de la misma, prestación de un trabajo y construcción de una cosa) a las cuales catalogó como ‘arrendamiento’”. Gonzalo Suárez Beltrán, *Estudios de Derecho contractual público*, Ed. Legis-Pontificia Universidad Javeriana, 168-169 (2014)

[8] Sobre la naturaleza jurídica del EGCAP véase Jorge Enrique Ibáñez Najar, El “Estatuto general de Contratación de la Administración Pública” Estudio normativo, doctrina y jurisprudencia sobre su naturaleza, 108 *Vniversitas*, 119-192 (2004).

[9] La disposición referida prevé lo siguiente: “1. ° Se denominan entidades estatales:a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. n.° 41094.

[10] I Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Temis-Palestra (12ª ed., 2008).

[11] “En los actos jurídicos atípicos se refleja en su mayor alcance, el postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues es en ellos donde los interesados, consultando su mejor conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos patrones reglamentados por la ley”. Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Ed. Temis, 50 (7ª ed., 2005).

[12] Complementando lo anterior, la doctrina del derecho privado también ha destacado las disposiciones que rigen los contratos típicos: “Los actos jurídicos típicos, como el testamento, la compraventa, la permuta, el arrendamiento, etc., se gobiernan así: en primer lugar, por las normas legales imperativas que no pueden ser derogadas por los actos jurídicos por estar interesado en ellas en orden público; en segundo lugar, por las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes dentro de los límites legales señalados a la voluntad privada; en tercer lugar, por las reglas legales propias del contrato de que se trata, las cuales tienen precisamente un carácter supletivo de la voluntad de las partes; en cuarto lugar, por las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso. Finalmente, en defecto de cláusula o estipulación expresa, de norma aplicable del acto típico de que se trate y de norma general exactamente aplicable, se ocurre (sic) a la analogía de la ley y a la analogía de derecho” (Íd., 51).

[13] La expresión “no puedan realizarse con personal de planta”, así como otras que más adelante se analizarán, fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-154 de 1997. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-154 de 1997 (M. P. Hernando Herrera Vergara; 19 de marzo de 1997).

[14] El artículo 73 del Código Civil Colombiano dispone que “las personas son naturales y jurídicas”. Su artículo 74 define las personas naturales como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Por su parte, el artículo 633 del mismo Código define la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 73, 74, 633. 15 de abril de 1887 (Colombia). Esta clasificación ha sido objeto de crítica, pues hay quienes consideran que todas las personas son jurídicas y sobre esta idea expresan: “La personalidad jurídica entendida como la consideración que el Estado hace respecto de un sujeto para tenerlo como titular de relaciones jurídicas (imputación jurídica) no admite clasificación alguna; la personalidad es una e indivisible; la personalidad es una connotación jurídica. Los sujetos que tienen personalidad jurídica se denominan personas jurídicas; por ello se afirma que todas las personas admitidas por un Estado son jurídicas y son éstas, las personas jurídicas, las que admiten una clasificación: Personas jurídicas individuales y personas jurídicas colectivas u organizacionales”. Marta Elena Montoya Osorio & Guillermo Montoya Pérez, *Las personas en el Derecho civil colombiano*, Ed. Leyer, 22 (2001).

[15] En similar sentido, ver José Luis Benavides, *Contrato de prestación de servicios, Dificil delimitación frente al contrato realidad*, en *Contratos públicos. Estudios*, Ed. Universidad Externado de Colombia (2014).

[16] El artículo 28 del Código Civil Colombiano establece que “[l]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art 28. 15 de abril de 1887 (Colombia).

[17] La palabra “especializado” no se encuentra definida en forma autónoma en el Diccionario de la Real Academia Española, por ser un concepto en participio pasado. Buscando la palabra más próxima, es decir el verbo “especializar”, se encuentran acepciones

como: “cualidad de especial” y “rama de una ciencia, arte o actividad, cuyo objeto es una parte limitada de ellas, sobre la cual poseen saberes o habilidades muy precisos quienes la cultivan”. Por su parte, se leen, entre otros, los siguientes significados de la palabra “especial”: “singular o particular, que se diferencia de lo común o general”, “[m]uy adecuado o propio para algún efecto” o “que está por encima de lo normal o habitual por significativo o estimado”. Especializar - Definición - Diccionario de la lengua española | RAE – ASALE.

[18] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-154 de 1997 (M. P. Hernando Herrera Vergara; 19 de marzo de 1997).

[19] José Luis Benavides, *op.cit.*, 312-318.

[20] El artículo 2.2.1.2.1.2.21 del Decreto 1082 de 2015 establece, en relación con los contratos de prestación de servicios de salud, que “la Entidad Estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces”. Como se observa, se trata de contratos que tienen un objeto y una modalidad de selección diferentes a los del contrato definido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

[21] *Supra* nota 18.

[22] *Supra* nota 18.

[23] Sobre las diferencias planteadas por la Corte Constitucional entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo pueden consultarse también, entre otras, las sentencias C-056 de 1993, C-094 de 2003, C-037 de 2003, T-214 de 2005, C-614 de 2009, T-279 de 2016.

[24] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-279 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 20 de junio de 2019). Es el caso, por ejemplo, de la mujer en estado de gestación o en período de lactancia, las personas en situación de discapacidad o que padecen enfermedades graves y de los aforados sindicales.

[25] José Luis Benavides, *Op.cit.*, 331.

[26] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Sentencia 2013-00060/3420-2015 de 2016. (C. P. Gabriel Valbuena Hernández; 6 de diciembre de 2018). En similar sentido, véase Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Sentencia 17001-23-33-000-2014-00282-01. (C. P. William Hernández Gómez; 28 de noviembre de 2018).

[27] En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al señalar que “la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, 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”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. 2011-00494 de 2014. (C. P. Alfonso Vargas Rincón; 13 de febrero de 2014).

[28] En efecto, el artículo 24, literal d) de la Ley 80 de 1993 preveía lo siguiente: “1.º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: (...)d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas”. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia, véase Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B. (C. P. Enrique Gil Botero; 7 de marzo de 2011).

[29] La disposición referida establece: “La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:(...)4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:(...)h) 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”. 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. 16 de julio de 2007. D.O. n.º 46691

[30] “Artículo 2.2.1.2.1.4.1. 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) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto”. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. n.º 49523

[31] Decreto 1082 de 2015. Art. 2.2.1.2.1.4.9

[32] Decreto 1082 de 2015. Art. 2.2.1.2.1.2.24

[33] Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. n.º 41094.

[34] Decreto 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. 10 de enero de 2012. D.O. n.º 48308.

[35] Cristian Andrés Díaz Díez, *La liquidación*. Serie: Las cláusulas del contrato estatal, Ed. Librería Jurídica Sánchez & Centro de Estudios de Derecho Administrativo (2013).

[36] Al respecto, obsérvese la definición del concepto de persona natural contenido en el artículo 74 del Código Civil y estudiado en el numeral 3.2. de este escrito. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art 74. 15 de abril de 1887 (Colombia).

[37] De igual manera, puede consultarse de nuevo la definición del concepto de persona jurídica previsto en el artículo 633 del Código Civil y también analizado en el numeral 3.3. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art 633. 15 de abril de 1887 (Colombia).

[38] Cfr. Suárez Beltrán, *Op.cit.*, 168

[39] *Íd.*

[40] Ley 1150 de 2007. Art. 2, n.º 4, literal g.

[41] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia 2011-00039 de 2013. (C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 2 de diciembre de 2013).

[42] Es el caso, por ejemplo, de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (arts. 30 y 31 de la Ley 142 de 1994 y art. 8 de la Ley 143 de 1994), de las empresas sociales del Estado (art. 195, n.º 6 de la Ley 100 de 1993), de las universidades estatales u oficiales (art. 93 de la Ley 30 de 1992), así como de las sociedades de economía mixta con capital público igual o inferior al 50% del capital social (art. 2, n.º 1, lit. a) de la Ley 80 de 1993), o de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario, pero que actúen en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados (art. 14 de la Ley 1150 de 2007).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: Alejandro Gómez Velásquez & Cristian Andrés Díaz Díez, *El contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación de la administración pública: un tipo contractual de compleja celebración*, 68 *Vniversitas*, n.º 139 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj139.cpse>