

WILSON AUGUSTO SILVA CELIS



Explotación encubierta en la administración pública: colaboradores fantasma

Universidad del Rosario
Maestría en Derecho Administrativo
Facultad de Jurisprudencia
Bogotá D.C., 2025

WILSON AUGUSTO SILVA CELIS

Explotación encubierta en la administración pública: colaboradores fantasma

Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del
Rosario para obtener el Título de Magíster en Derecho Administrativo

Director
Andrés Gómez Rey

Bogotá D.C.
2025

Agradecimientos

En primer lugar, agradezco a Dios por darme la vida, la salud y la claridad necesarias para culminar esta investigación en medio de tiempos complejos. Su guía ha sido mi sostén en los momentos de mayor exigencia.

Agradezco profundamente a mi familia y amigos, quienes me han acompañado con afecto y constancia a lo largo de este proceso. En especial, a mis padres y a mi hermana, por su ejemplo, su apoyo incondicional y su presencia silenciosa pero firme en cada paso.

A quien, sin saberlo del todo, me dio las palabras precisas para nombrar esta investigación.

Extiendo también mi sincero reconocimiento al equipo administrativo y docente de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. A mi director de tesis, por su orientación crítica, su acompañamiento y por retarme a ir más allá. A todos quienes hicieron parte del proceso formativo, valoro profundamente sus aportes y la generosidad compartida.

Esta no ha sido una tarea sencilla, pero sí profundamente significativa. Mi gratitud a cada persona que, de una u otra forma, hizo parte de este camino.

Tabla de Contenido

<i>Índice de Tablas</i>	7
<i>Índice de Figuras</i>	7
<i>Introducción</i>	8
<i>Primer capítulo. Prestación de servicios al Estado: características y etapas de un contrato peculiar</i>	17
1.1. Características	22
1.1.1. Contrato típico	22
1.1.2. Excepcional	24
1.1.3. Sujetos	26
1.1.4. Temporalidad	28
1.1.5. Prestación no permanente de funciones administrativas	30
1.1.6. Ausencia de relación laboral o reglamentaria	34
1.1.7. Celebración de contratos mediante la contratación directa	37
1.1.8. Cláusulas excepcionales	41
1.1.9. Liquidación facultativa.	44
1.1.10. Registro Único de Proponentes: no obligatorio en contratos de prestación de servicios con el Estado.	47
1.1.11. Libre disposición para exigir garantías.	54
1.1.12. Pago de seguridad social en cabeza del contratista	56
1.2. Etapas del proceso de contratación	57
1.2.1. Etapa precontractual	59
1.2.2. Etapa contractual	68

1.2.2.1. Obligaciones de la entidad pública	69
1.2.2.2. Obligaciones de los contratistas	70
1.2.2.3. Modificaciones	71
1.2.2.4. Supervisión del contrato	73
1.2.3. Etapa postcontractual	73
<i>Segundo capítulo. Rasgando el velo: la cara oculta de los contratos de prestación de servicios</i>	
2.1. Anotaciones conceptuales y descriptivas de la explotación encubierta	76
2.2. Características	78
2.3. Sujetos	85
2.4. Periodo en el que se lleva a cabo	89
2.5. Razones habilitantes de la explotación	91
2.6. Invisibilidad de la práctica	100
<i>Tercer capítulo. Respuesta del derecho a las prácticas y a la falta de capacidad explicativa del sistema reglado</i>	
3.1. Explotación encubierta: posibles fundamentos normativos	106
3.2. Hechos cumplidos	109
3.3. Características de los hechos cumplidos	114
3.3.1. Los sujetos y las obligaciones sin soporte legal	114
3.3.1.1. Funcionarios públicos	115
3.3.1.2. Contratistas	118
3.3.1.3. Colaborador fantasma	118
3.3.2. Enriquecimiento sin justa causa y actio in rem verso	119
3.3.3. Excepcionalidad del reconocimiento y elementos de la actio in rem verso	123
3.3.4. Buena fe	127

3.3.5. <i>Responsabilidad</i>	131
3.4. Tratamiento Jurisprudencial	137
<i>Conclusiones</i>	142
<i>Referencias</i>	148
<i>Anexos</i>	167
A. Experiencias Silenciadas	167

Índice de Tablas

Tabla 1 Sentencias relevantes sobre personas naturales y jurídicas en el contrato de prestación de servicios.....	27
Tabla 2 Diferencias entre contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios	35
Tabla 3 Razones para iniciar labores sin contrato.....	99

Índice de Figuras

Figura 1 Representación de razones para iniciar labores sin contrato	99
--	----

Introducción

“La realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma describe”
(Corte Constitucional de Colombia, 2009)

En esta investigación abordo una práctica de la administración pública¹ en Colombia, caracterizada por la influencia a supuestos futuros contratistas para que realicen actividades en beneficio de la entidad pública, sin que medie un vínculo contractual que respalde y remunere dichos servicios. Este fenómeno, que he denominado "explotación encubierta"², se presenta en el contexto precontractual del contrato de prestación de servicios, permitiendo que se lleven a cabo tareas no reconocidas formalmente por el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública, y que, sin embargo, facilitan el funcionamiento de la administración.

Esta práctica propicia un sistema contractual paralelo de administración que difiere del régimen normativo aplicable. Así, la aspiración de suscribir un contrato con la administración puede verse condicionada por factores informales, los cuales se encuentran fuera del marco de una contratación formal y regulada. Estos factores que se explicaran más adelante, terminan ejerciendo presión sobre los aspirantes, quienes se ven impulsados a realizar tareas de manera no oficial en espera de formalizar su relación contractual.

He denominado el fenómeno “explotación encubierta”. Explotación, tomando la palabra del Diccionario panhispánico del español jurídico, que la entiende como la acción de aprovecharse

¹ En el presente trabajo, es crucial comprender la administración pública no como una entidad abstracta o el Estado en su conjunto, sino como un sistema integrado por personas que operan dentro de un esquema burocrático. Según el texto *"funcionarios públicos: la representación del gobierno"*, el funcionario público desempeña un papel fundamental en el funcionamiento de la administración pública, actuando como un puente entre el Estado y los ciudadanos. En este sentido, cada funcionario público encarna y representa a la administración pública en su relación directa con la sociedad (KREAB, 2021).

² El concepto de "explotación" en este contexto se refiere a la realización de actividades o prestación de servicios sin una retribución o reconocimiento formal, al no existir un contrato que regule la relación laboral y sus condiciones. Además, esta práctica se considera abusiva, ya que, en muchas ocasiones, los funcionarios encargados de la contratación se aprovechan de la situación de vulnerabilidad del colaborador, quien, necesitado de trabajo para subsistir, se ve obligado a aceptar esta colaboración informal. Por su parte, la administración pública enfrenta la presión de asegurar la prestación de servicios, lo que crea un ambiente propicio para la perpetuación de esta práctica (Bernal Moreno, 2021)

injustamente de una persona en beneficio propio (Real Academia Española, s.f.). En el contexto de esta investigación, se configura la explotación en la medida en que el aspirante desempeña funciones sin remuneración, bajo la premisa de una potencial contratación futura. Esta situación es encubierta por cuanto se trata de prácticas sin rastro documental o contractual. Ahora, el sujeto que experimenta la explotación encubierta, lo he denominado “colaborador fantasma”. Colaborador por cuanto apoya la consecución de fines, metas y objetivos de la administración pública y fantasma por cuanto las actividades realizadas son como si nunca hubieran existido.

En este orden de ideas, es importante resaltar que esta investigación integra la experiencia que viven muchas personas en distintas entidades públicas, donde la expectativa de contratación los lleva a desempeñar funciones que no contaban con respaldo contractual, pero que eran justificadas por la supuesta futura contratación (González, Erazo, & Padilla, s.f.). De hecho, en las entrevistas realizadas encontré que la explotación encubierta está naturalizada y, en ocasiones institucionalizada, dentro de la administración pública en la etapa precontractual, y que ha tenido un amplio alcance en las entidades públicas de diversos niveles jerárquicos.

Así, la presente investigación examina la práctica de la explotación encubierta en la etapa precontractual de los contratos de prestación de servicios. Este análisis pretende aproximarse al entendimiento de cómo esta práctica se desarrolla a pesar de no respetar formalmente las disposiciones que regulan la contratación estatal y desviar los principios rectores de esta normativa. Para ello, se aborda el contrato en todas sus fases, con énfasis en la etapa precontractual, que es donde se materializa dicha práctica. Desde ahí, se buscó identificar y exponer esta práctica, además de ofrecer un marco analítico y crítico para visibilizar la explotación encubierta como un problema que exige mejoras en la gestión administrativa y una revisión normativa, orientadas a lograr una relación más justa y transparente en la contratación pública.

Desde este punto, el estudio se centra en la siguiente cuestión: ¿cómo enfrenta la administración pública la escasez de personal de planta y la finalización de contratos de prestación de servicios para asegurar la continuidad en la gestión pública?

Si bien la respuesta a esta pregunta será ampliada a lo largo de este trabajo, de antemano es preciso reconocer como hipótesis central que una de las prácticas de la administración pública para dar continuidad al funcionamiento de la entidad pública cuando se presenta ausencia de contratistas e insuficiencia de personal de planta, es promover la explotación encubierta.

La escasa atención doctrinaria y jurisprudencial a esta problemática ha favorecido su consolidación como un mecanismo paralelo a la contratación formal, lo que justifica la elección de un enfoque teórico multidisciplinario para analizar sus implicaciones desde el ámbito jurídico, social y económico. Este estudio, siguiendo la propuesta de Kennedy (1997), quien de acuerdo con Gómez (2022) adopta un bricolaje teórico que permite articular distintos aportes disciplinarios sin estar limitado a una posición teórica específica.

Desde una perspectiva weberiana, Buchely Ibarra (2014) plantea que no debería existir competencia fuera del marco legal, dado que las normas de contratación estatal (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015, entre otras) establecen procedimientos reglados y no contemplan el trabajo sin contrato. No obstante, la estructura burocrática de la administración, a pesar de su intención racionalizadora, no impide la existencia de prácticas informales. Como señala Martínez Castilla (2016), la discrecionalidad de los funcionarios a menudo trasciende los límites normativos, dando lugar a decisiones que van más allá de lo reglado.

Este fenómeno muestra que la administración pública opera en una dimensión donde las reglas formales no siempre coinciden con la realidad práctica. Como afirman Jaramillo Sierra y Buchely Ibarra (2019), las normas de contratación pueden aplicarse de manera inesperada según la subjetividad de los funcionarios y las necesidades específicas de cada entidad. Desde la perspectiva

de Bartel et al. (2013), el derecho es un proceso en constante construcción influenciado por interacciones humanas y relaciones de poder, lo que sugiere que las normas no son fijas, sino que se moldean a partir de contextos sociales y políticos.

En consecuencia, la explotación encubierta se configura como una "zona gris" donde la normatividad no logra acompañar la realidad práctica. Este fenómeno refleja un derecho administrativo condicionado por el activismo burocrático y la construcción social de lo legal y lo público, manifestándose en la vida cotidiana de los ciudadanos a través de la burocracia estatal. De esta manera, la administración pública opera dentro del derecho, pero también consolidando prácticas paralelas en la etapa precontractual de los contratos de prestación de servicios. Este marco teórico permite analizar la aplicación del derecho en la experiencia de los aspirantes a contratos estatales y examinar las estrategias administrativas que, a pesar de la ausencia de contratos formales, permiten la continuidad operativa del Estado.

Así pues, el enfoque metodológico adoptado en esta investigación se basa en una perspectiva cualitativa soportada por la práctica y experticia jurídica del investigador y por una serie de entrevistas realizadas, que permitieron analizar y comprender la experiencia subjetiva y compleja de quienes han estado involucrados en la explotación encubierta en la administración pública, ya sea como colaboradores fantasmas o en otras posiciones dentro de las entidades estatales. Este método permitió identificar patrones, dinámicas y percepciones que no pueden ser captados mediante aproximaciones puramente cuantitativas.

Así pues, esta investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo situado, por lo que parte de la idea de que el conocimiento no es neutral, sino que se construye desde la experiencia, el contexto y la posición del investigador frente al objeto de estudio. En esa línea, se retoma el concepto de “*conocimiento situado*” trabajado por Donna Haraway, así como los aportes de Cruz,

Reyes y Cornejo (2012), quienes destacan la importancia de reconocer la subjetividad en la producción del conocimiento.

Aunque podría ubicarse dentro de un método inductivo, el diseño metodológico corresponde más a lo que las ciencias sociales identifican como estudios socio jurídicos o empíricos. Desde ahí, se recurre a distintas formas de aproximarse a la realidad, que combinan el análisis de lo jurídico con las vivencias de las personas. La metodología es pendular, en tanto se mueve entre herramientas inductivas y deductivas, textos legales y experiencias concretas que permiten comprender el fenómeno en estudio.

En esta misma línea, se recurre también a elementos de la antropología jurídica, en tanto permiten observar el derecho más allá del texto normativo, a partir de las prácticas, relaciones y estructuras culturales que lo sostienen en contextos reales. Como lo ha señalado Rivaya, esta perspectiva ayuda a entender cómo el derecho puede operar incluso por fuera del aparato estatal formal, a través de mecanismos simbólicos que regulan comportamientos, consolidan jerarquías y naturalizan formas de control (Rivaya, 2019) Por su parte, desde la sociología jurídica, autores clásicos como Durkheim y Weber han mostrado cómo el derecho cumple un papel central en la organización de la vida social, funcionando no sólo como un sistema de normas, sino como herramienta para mantener el orden y reproducir relaciones de poder (Fernández, 2007)

En este orden de ideas, para la realización de esta investigación no sólo se tuvo en cuenta la experiencia del investigador, sino que también se llevaron a cabo entrevistas³ semi estructuradas a 20 personas identificando que en la medida que se iba desarrollando la investigación se iba

³ Para este documento la entrevista la entiendo como una charla que se llevó a cabo con las diferentes personas que aceptaron la invitación para contar su experiencia durante un proceso contractual de prestación de servicios. Es entrevista porque se plantearon ciertas preguntas base con las que busqué entender las características de los sujetos con el fin de entender la realidad de cada persona y luego ahondar en las particularidades de la experiencia de ser un colaborador fantasma o explotador encubierto. De tal forma que, la investigación lo entiendo como un proceso semiestructurado en cuanto que, si bien tenía un formato al momento de realizar la entrevista, estaba abierta a entablar una charla que permitiera conocer la experiencia personal de cada sujeto dentro de la explotación encubierta de la administración pública. El formato de entrevista puede verse en la parte de anexos al final de la investigación.

repitiendo los mismos patrones, por lo que considero que por saturación estas entrevistas son una muestra representativa⁴.

El periodo de registro de acuerdo a la experiencia de cada una de las personas entrevistadas, de acuerdo con sus vivencias fue entre los años 2014 y 2024. Es dable resaltar que estos participantes accedieron a compartir sus vivencias relacionadas con la espera de suscribir nuevos contratos de prestación de servicios, proporcionando información valiosa para construir un análisis detallado de esta problemática.

Por otro lado, es importante señalar que, durante el proceso de recolección de información, 15 personas declinaron participar como entrevistados, pese a que se garantizó la absoluta confidencialidad de sus identidades y testimonios. Entre los motivos expuestos para no participar, algunos mencionaron que habían desempeñado roles que podrían calificarse como de explotadores encubiertos al formar parte de la administración pública, mientras que otros habían asumido previamente la posición de colaboradores fantasma.

Otros manifestaron su renuencia debido al temor de que su colaboración pudiera poner en riesgo la estabilidad de sus contratos, empleos actuales o futuros. No obstante, a partir de las entrevistas realizadas en el trabajo de campo, se evidenció que esta práctica es ampliamente reconocida entre los participantes, quienes estimaron que hasta un 90% de las personas que en algún momento han celebrado contratos de prestación de servicios con el Estado podrían haber estado expuestas a esta situación.

⁴ Las entrevistas realizadas en la investigación constituyen una muestra representativa debido a que a medida que se desarrollaban las entrevistas semiestructuradas con 20 personas, se identificó que los patrones y experiencias relatadas comenzaban a repetirse, lo que indica que se ha alcanzado un punto donde la inclusión de nuevos participantes probablemente no aportaría información novedosa. Este fenómeno es ampliamente reconocido en la metodología cualitativa como un indicador de que la muestra es suficiente para obtener conclusiones fundamentadas sobre el fenómeno estudiado. Además, la diversidad de los entrevistados, en términos de su experiencia con la administración pública y la naturaleza de los contratos de prestación de servicios, contribuye a que los hallazgos sean aplicables a una población más amplia dentro del contexto investigado.

En vista de la recurrencia de esta práctica, evidenciada en un número significativo de entidades estatales⁵ y en distintos niveles de gobierno, opté por preservar el anonimato tanto de las instituciones mencionadas por los entrevistados como de los mismos entrevistados. Esta decisión responde a la sensibilidad del tema, ya que la práctica descrita podría implicar responsabilidades legales para los funcionarios encargados de los procesos de contratación, así como posibles represalias administrativas o laborales contra quienes decidieron aportar su testimonio, dentro de los cuales se encuentra el mío.

En el análisis de las entrevistas realizadas, se identificaron 15 profesiones⁶ diferentes entre los participantes, lo que permitió corroborar que la práctica de la explotación encubierta en la administración pública no está limitada a una profesión u oficio en particular, como el derecho. Esta situación puede afectar tanto a quienes celebran contratos de prestación de servicios profesionales como de apoyo a la gestión, independientemente de su cercanía con el ordenador del gasto, ya que dicha proximidad no incide necesariamente en la agilidad para la suscripción del contrato.

Un dato relevante a destacar es que la mayoría de los entrevistados habían suscrito múltiples contratos, ya sea con distintas entidades o de manera consecutiva con la misma entidad, lo cual evidencia que esta práctica no es un hecho aislado ni exclusivo de una vigencia fiscal específica,

⁵ Dentro de las entidades del orden nacional en las que se ha evidenciado esta práctica se encuentran: una sociedad de economía mixta de carácter comercial, organizada como sociedad anónima; un establecimiento público del orden nacional con autonomía administrativa; y otra entidad que, además de ser un establecimiento público del orden nacional, cuenta con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, autonomía administrativa y está adscrita a un ministerio. En el ámbito territorial, las entidades se dividen en dos grupos. En primer lugar, a nivel departamental, la práctica se ha presentado en secretarías de despacho, así como en establecimientos y empresas públicas del sector descentralizado, caracterizadas por tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. En segundo lugar, a nivel municipal, especialmente en la región del Tequendama, en el departamento de Cundinamarca, se ha evidenciado la práctica en alcaldías municipales y en empresas sociales del Estado (ESE), y de servicios públicos, las cuales son entidades descentralizadas con autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica.

⁶ Dentro de las profesiones que se encontraron en la investigación, se tiene derecho, administración pública, administración de empresas, licenciatura en educación física, veterinaria, agronomía, ingeniería ambiental, ingeniería de sistemas, contaduría pública, periodismo, técnicos y bachilleres.

sino que se presenta de manera recurrente y habitual en diversas entidades públicas a nivel nacional, distrital, departamental y municipal.

Los datos recopilados arrojaron que el 100% de los entrevistados reconocieron haber sido colaboradores fantasmas en una o más ocasiones. Además, todos coincidieron en que esta situación no solo les afectó personalmente, sino que, según sus observaciones, al menos la mitad de sus compañeros de trabajo también han enfrentado condiciones similares. Esto refuerza la hipótesis de que la explotación encubierta es una práctica extendida y sistemática dentro de la administración pública, aunque para este trabajo la muestra empírica haya sido limitada.

A partir de la información recopilada, fue posible identificar la percepción de las personas entrevistadas sobre la práctica de explotación encubierta, centrándome especialmente en determinar si, tras haber realizado actividades sin contrato, llegaron a considerar la posibilidad de no ser contratados finalmente. Este análisis permitió comprender las implicaciones laborales que dicha práctica genera en los aspirantes a contratistas, así como la manera en que estas experiencias condicionan su relación con la administración pública.

Finalmente, se indagó sobre las modificaciones o cambios que, según los entrevistados, podrían implementarse para erradicar esta práctica en la administración pública. Este análisis proporcionó una perspectiva valiosa sobre posibles alternativas o ajustes en la gestión contractual y administrativa, concebidos desde las experiencias directas de quienes han enfrentado esta problemática.

Ahora, para el tratamiento de los temas necesarios para abordar las preguntas antes descritas, este documento tiene tres capítulos, diseñados para abordar de manera sistemática el tema central de esta investigación.

El primer capítulo, titulado “*Prestación de servicios al Estado: características y etapas de un contrato peculiar*”, se centra en explicar las características y el procedimiento asociado a los

contratos de prestación de servicios que se suscriben en las diferentes entidades de la administración pública. En este capítulo se detalla la naturaleza jurídica de este tipo de contrato, destacando sus particularidades y los elementos que lo distinguen de otros contratos, así como su fundamento y aplicabilidad dentro del ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo, denominado *“Rasgando el velo: la cara oculta de los contratos de prestación de servicios”* se examina la práctica de explotación encubierta y su posible relación con los contratos de prestación de servicios y su marco normativo vigente. Asimismo, en este capítulo se expone el funcionamiento de dicha práctica, analizando sus características distintivas y las dinámicas que la hacen prevalecer en el contexto previo a la suscripción de estos contratos. De esta forma, se evidenció cómo esta problemática opera dentro de la administración pública.

En el tercer capítulo, titulado *“Respuesta del derecho a las prácticas y la falta de capacidad explicativa del sistema reglado”* se analiza la capacidad del marco jurídico actual para abordar el fenómeno descrito. Argumento que, si bien la práctica se desarrolla dentro de los límites formales del ordenamiento jurídico, este presenta complejidades que facilitan su perpetuación. Además, se abordó la figura jurídica de los hechos cumplidos como un posible marco conceptual para analizar la explotación encubierta, detallando sus características y su relación con el problema estudiado.

Finalmente, se presentan las conclusiones que sintetizan los principales hallazgos, sin pretender ofrecer soluciones definitivas al problema. Estas reflexiones buscan evidenciar que, aunque la práctica se ha normalizado en el funcionamiento diario de la administración pública, su recurrencia plantea serias inquietudes sobre su compatibilidad con los principios de legalidad y transparencia. Con ello, espero aportar una visión crítica que fomente la discusión sobre esta problemática.

Primer capítulo. Prestación de servicios al Estado: características y etapas de un contrato peculiar

En este capítulo se describe y analiza el contrato de prestación de servicios en el ámbito del derecho administrativo. Para ello, se parte de la explicación del concepto de contrato administrativo y, posteriormente, se desarrolla el contrato de prestación de servicios, explorando de manera general su origen e incorporación al sistema jurídico colombiano.

El capítulo está estructurado en dos partes principales: en la primera, se describen las características esenciales del contrato administrativo y del de prestación de servicios, abordando su naturaleza, elementos y distinciones frente a otras modalidades contractuales. En la segunda parte, se analizaron las etapas del contrato, desde la fase precontractual hasta la liquidación, utilizando como fundamento la legislación vigente, la jurisprudencia relevante y el desarrollo doctrinal en la materia. Este enfoque permitió identificar y explicar la importancia de este contrato en el marco jurídico administrativo y sienta las bases para describir el fenómeno de la explotación encubierta del colaborador fantasma, una práctica que emerge de forma recurrente en la etapa precontractual.

Para efectos de esta investigación, se entiende que el contrato administrativo es aquel acuerdo de voluntades entre dos partes: la administración pública, cuya finalidad principal radica en la satisfacción del interés general mediante la adquisición de bienes y servicios, y los particulares, quienes prestan estos servicios con el interés legítimo de obtener un beneficio económico derivado de su ejecución (Trelles de Belaunde, 2002).

En relación con la teoría del contrato administrativo, el doctrinante Roberto Dromi (1992) sostiene que no existen categorías diferenciadas entre los contratos civiles de la administración y los contratos administrativos. Según Dromi (1992), existe un régimen jurídico único para todos los contratos celebrados por la administración pública, los cuales comparten la característica de ser

“una declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.

En un enfoque similar, Rocha Alvira (2009) define el contrato de la siguiente forma, *“es un acto jurídico que implica el acuerdo de varias voluntades con el fin de producir un efecto de derecho. El contrato es una especie particular de convención, y tiende a que nazca una obligación”.* Ambos enfoques coinciden en que el contrato administrativo tiene su fundamento en la voluntad de las partes y en la creación de obligaciones que deben cumplir dentro del marco de la legalidad y el interés público.

Por su parte, Benavides (2009), basándose en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, sostiene que *“todo contrato estatal debe buscar cumplir una doble finalidad, al mismo tiempo debe buscar los intereses económicos de los contratistas y el interés público inherente a todo contrato estatal”.* En este contexto, el artículo 32 de la misma Ley refuerza la idea de que el contrato se fundamenta en un acuerdo de voluntades, el cual produce efectos jurídicos específicos y particulares entre las partes involucradas, siempre dentro del marco del interés público y la legalidad administrativa. Este enfoque subraya la naturaleza dual del contrato estatal y su función en el equilibrio entre las necesidades de la administración pública y los derechos de los contratistas.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, para entender el contrato de prestación de servicios es necesario analizar su desarrollo normativo. A saber, según Velásquez y Díez (2019), este contrato no tiene un punto de partida expreso y específico en la legislación colombiana. No obstante, Anaya Borrero et al. (2014) sostienen que se puede considerar que el contrato de prestación de servicios fue incorporado al sistema jurídico colombiano a través del artículo 1495 del Código Civil, el cual define el contrato o convención en términos generales, permitiendo su aplicación en diversas áreas, incluyendo los contratos de prestación de servicios dentro del marco de la administración pública. Esta inclusión se da de manera implícita, al establecerse una base normativa que regula la

formación y ejecución de este tipo de contratos, aunque su aplicación específica en el ámbito estatal se consolida con normativas posteriores, como la Ley 80 de 1993.

Roldan (2014) sostiene que el contrato de prestación de servicios tiene su origen en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual lo define de manera expresa. No obstante, en el contexto de la administración pública, este contrato establece una relación contractual no laboral, en la cual el prestador del servicio es considerado independiente. Esta naturaleza del contrato deriva de una combinación de fuentes jurídicas que provienen del derecho civil, comercial y administrativo.

En cuanto a los contratos de naturaleza civil y comercial, Anaya Borrero (2014) señala que, por regla general, el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado por la legislación civil, salvo que alguna de las partes del contrato tenga una característica mercantil que requiera la aplicación de las disposiciones del Código de Comercio. Por otro lado, los contratos celebrados con el Estado están regidos por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (EGCAP), establecido por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015, y demás normas que se vinculan al ámbito del derecho administrativo. Esta normativa específica permite que los contratos de prestación de servicios en el sector público tengan un tratamiento particular, adaptado a las exigencias y principios propios de la administración pública.

Para profundizar en la naturaleza administrativa del contrato de prestación de servicios, es menester destacar que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 establece que este contrato debe contar con la participación de una entidad estatal como una de las partes, y su objeto debe estar orientado al desarrollo de actividades relacionadas con la administración pública o su funcionamiento. Dicho artículo también regula las partes habilitadas para celebrar este contrato, señalando que inicialmente solo podía suscribirse con personas naturales.

Asimismo, el precepto legal aclara que el contrato de prestación de servicios no genera una relación laboral ni da lugar a prestaciones sociales, ya que se concibe como un acuerdo celebrado con una persona independiente y autónoma, quien presta un servicio o entrega un bien adquirido (Anónimo, 2022).

Según Rodríguez Tamayo (2015)⁷ este contrato constituye un instrumento fundamental para el adecuado funcionamiento de la administración pública necesario para atender las necesidades de los particulares. Así pues, el Consejo de Estado (2021) subraya que, lejos de prohibir o restringir su celebración, este tipo de contrato se considera una herramienta importante para la solución de problemas y la ejecución de tareas específicas dentro del ámbito público.

No obstante, debido a la amplitud de su naturaleza, el Consejo de Estado (2021) ha señalado que resulta complejo encuadrarlo en una tipología contractual específica, a pesar de que se han establecido ciertas reglas y criterios para determinar su aplicación. Esta situación refleja la flexibilidad del contrato de prestación de servicios dentro del marco del derecho administrativo, aunque también plantea desafíos en su clasificación y regulación precisa.

Por consiguiente, Santofimio Gamboa y Brewer Carías (2017) contemplan que *“la figura del contrato debe entenderse como un mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado”*. Según estos autores, el contrato de prestación de servicios se constituye como un elemento clave en el funcionamiento de la administración pública, ya que

⁷ Rodríguez Tamayo (2015) hace un análisis sobre el contrato de prestación de servicios y su aplicación en el sistema jurídico colombiano con base en la norma y la jurisprudencia del Consejo de Estado. *“Un instrumento de gestión utilizado por la administración pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y la excepcionalidad del contrato, son las determinantes en la conformación de este negocio jurídico tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993”*. El Consejo de Estado en esta misma Sentencia determinó que *“se trata de un contrato que se ha caracterizado por tener un objeto amplio que en la praxis hace difícil su concreción y que lo acerca a otras tipologías contractuales, a relaciones jurídico – laborales e incluso al ejercicio mismo de funciones administrativas”*.

permite a las entidades estatales cumplir con sus objetivos a través de la contratación de servicios técnicos, profesionales y especializados que contribuyen al desarrollo y la gestión de diversas actividades públicas.

Ahora bien, debido a la falta de personal de planta o carrera administrativa en muchas entidades públicas, y por particularidades del contrato de prestación de servicios, este contrato se ha convertido en un pilar fundamental para la administración pública y las burocracias estatales. No obstante, este recurso ha sido objeto de debate en la actualidad, ya que, por un lado, no se cumple adecuadamente con la normativa sobre la actualización de la planta de personal, lo que genera la necesidad de recurrir a contratos de prestación de servicios para tareas que deberían ser realizadas por personal de planta. Este fenómeno ha dado lugar a una controversia sobre el uso excesivo de este tipo de contratos, lo que podría contravenir principios fundamentales como el principio de la realidad sobre las formas (Naranjo Coy, 2023). En este sentido, la discusión no gira tanto en torno a la importancia del contrato de prestación de servicios, sino más bien sobre su implementación y ejecución dentro del marco normativo.

Así pues, el contrato de prestación de servicios se ha consolidado como un instrumento crucial para el funcionamiento de la administración pública. No obstante, tal como ha señalado el Consejo de Estado (2021), su interpretación y análisis resultan complejos, ya que puede ejecutarse en situaciones que generan incertidumbre sobre su clasificación precisa, lo que podría llevar a cuestionamientos sobre si realmente corresponde a esta tipología contractual o si forma parte de otra.

A pesar de estas dificultades, la relevancia que ha adquirido en la práctica administrativa hace indispensable identificar y analizar sus características y particularidades. Esto permitirá comprender mejor los aspectos de su aplicación, especialmente a la luz de la experiencia de quienes, según testimonios obtenidos, han suscrito este tipo de contratos y han padecido la

explotación encubierta, práctica que es frecuente en una gran parte de las personas involucradas en la contratación con el Estado.

1.1. Características

El término *característica*, según la Real Academia de la Lengua Española (s.f.), “hace referencia a una cualidad: que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes”. En este sentido, el contrato de prestación de servicios posee características que lo distinguen de otras tipologías contractuales. Entre ellas, se destacan: i) su naturaleza como contrato típico, ii) su carácter excepcional, iii) los sujetos que lo integran, iv) su temporalidad, v) la prestación no permanente de funciones administrativas, vi) ausencia de relación laboral o reglamentaria, vii) su celebración mediante la modalidad de contratación directa, viii) las cláusulas excepcionales que lo rigen, ix) liquidación facultativa, x) Registro Único de Proponentes: No obligatoriedad en contratos de prestación de servicios con el Estado, xi) libre disposición para exigir garantías, y xii) el pago de seguridad social en cabeza del contratista (Arteaga, 2014).

A continuación, se procederá a explicar en detalle cada una de estas características.

1.1.1. Contrato típico

Según los doctrinantes Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014) un acto jurídico se considera típico cuando está especialmente reglamentado por la ley. En este contexto, los autores destacan cuatro características clave que rigen este tipo de contratos. En primer lugar, el contrato típico opera bajo normas legales imperativas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, debido a que prevalece el interés público. En segundo lugar, se fundamenta en la voluntad de las partes, siempre dentro de los límites establecidos por la ley. En tercer lugar, las disposiciones legales actúan de manera supletoria respecto a la voluntad de las partes, en caso de que estas no hayan acordado expresamente lo contrario. Finalmente, en cuarto lugar, estos contratos se rigen

por las normas generales de los actos jurídicos y de los contratos, conforme corresponda al caso específico.

Así mismo, Velásquez y Diez (2019) afirman que los contratos típicos o nominados son aquellos que cuentan con una denominación y regulación específica dentro del ordenamiento jurídico. Un ejemplo claro de ello es el contrato laboral, el cual está regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, donde se detallan sus características y requisitos particulares, estableciendo un marco normativo claro para su aplicación y ejecución.

Por su parte, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección tercera, Rad. 33130 de 30 de junio de 2016, expuso que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo de acuerdo celebrado no depende exclusivamente ni principalmente del nombre que las partes elijan para el convenio, sino que se define, en esencia, por la función económica y social que el acto jurídico debe cumplir. En otras palabras, su naturaleza o modalidad proviene de los elementos que permiten determinar el tipo de contrato de que se trata. Por lo tanto, el contrato, como una forma particular de negocio jurídico, se considera la forma más común y frecuente de disponer de intereses en busca de una función práctica, económica o social.

En suma, el Consejo de Estado (2016) resaltó que, de acuerdo con las funciones que en virtud del contrato se deben desempeñar, el ordenamiento jurídico establece categorías o tipos de contratos dentro de un marco fáctico que define su naturaleza, clase o especie. Algunos de estos contratos están regulados explícitamente por el legislador, otros surgen de la sociedad y otros más emergen del propio tráfico jurídico, lo que da lugar a la distinción entre contratos típicos y nominados frente a los atípicos e innominados.

A saber, el contrato de prestación de servicios se clasifica como un contrato típico según el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (EGCAP), dado que está expresamente regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Esta normativa define

las condiciones para su suscripción, ejecución, terminación y/o liquidación. En este marco, destacan dos aspectos esenciales: lo primero es que este contrato solo puede celebrarse cuando se cumplan las condiciones específicas establecidas en la ley. El segundo aspecto clave es que la autonomía de la voluntad de las partes está sujeta a las restricciones del marco normativo, lo que impide que las funciones pactadas en el contrato excedan los límites legales.

En atención a lo cual, a pesar de ser un objeto amplio, existe una limitante en cuanto a que no se puede suscribir por medio de contrato de prestación de servicios los demás contratos tipificados en el EGCAP, ya que de acuerdo con Velázquez y Diez (2019) el objeto del contrato de prestación de servicios se rige por un principio supletivo o residual, lo que significa que solo se puede celebrar bajo esta modalidad aquellos servicios que no se incluyan en las categorías de otros tipos de contratos estatales. Por lo tanto, la suscripción de un contrato de prestación de servicios no debe dar lugar a la creación de un vínculo laboral ni ser interpretada como una figura contractual distinta a la definida por la normativa aplicable.

1.1.2. Excepcional

La excepcionalidad en los contratos de prestación de servicios la defino de la siguiente forma. La regla es que las funciones de la administración deben ser realizadas por personal de planta y la excepción es que frente a la falta de este personal se puede utilizar el contrato de prestación de servicios para contratar personal independiente que sirva de apoyo en la realización de funciones de la administración (Ámbito Jurídico, 2019). Es decir, es una forma de apoyar la realización de funciones de la administración pública cuando no hay en la entidad personal de planta que las realice.

Por su parte, Velázquez y Diez (2019) plantean que la naturaleza excepcional del contrato de prestación de servicios en el marco del EGCAP abarca tanto el objeto del contrato como las

personas que pueden actuar como contratistas del Estado bajo esta modalidad. Asimismo, el autor plantea que, en cuanto al objeto, de acuerdo con el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, este contrato solo puede celebrarse para realizar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. Es decir, al contratista se le delegan funciones administrativas, pero esto no puede significar que le sean asignadas todas las funciones de la entidad.

A su vez, Benavides (2010) considera que la suscripción del contrato de prestación de servicios no tiene ninguna limitante. En la medida que, si bien las funciones del giro ordinario de la administración pública no deberían ser realizadas por contratistas de prestación de servicios, es claro que, se puede justificar dicha celebración en cualquier momento, cuando, por ejemplo, el personal de planta no sea suficiente o no alcance para cumplir con las funciones, ya sea debido a situaciones temporales o a las demandas del servicio.

En complemento de lo anterior, la Corte Constitucional (1996), esboza que, es posible que las entidades asignen facultades a particulares, en virtud del principio de legalidad. No obstante, al atribuir las funciones se debe tener cuidado para evitar que se sustituya por completo a la autoridad pública en el desempeño de las funciones que le corresponden (Sentencia C-020 de 1996). Por esto, Benavides (2010) plantea que es necesario trazar una distinción entre lo que es contratable como herramienta y lo que constituye la competencia esencial e irrenunciable.

De acuerdo con González Arenas, (2019), el contrato de prestación de servicios sirve para realizar las actividades relacionadas con la administración pública. Sin embargo, a pesar de su relevancia para el funcionamiento estatal, este tipo de contratación plantea desventajas para los contratistas, quienes disfrutan de menos beneficios en comparación con los empleados de planta. Las entrevistas realizadas, tanto a personas naturales como jurídicas, revelan dos puntos clave: en primer lugar, muchas de las funciones asignadas tienen carácter permanente; y, en segundo lugar, la temporalidad de estos contratos genera perjuicios económicos y prestacionales para los

contratistas. Esto resulta beneficioso para la administración pública, ya que reduce las cargas prestacionales del Estado, pero perjudicial para los contratistas al no acceder a las mismas condiciones laborales que el personal de planta.

Además, González Arenas (2019) señala un aumento significativo en la implementación de estos contratos, pasando de un 20% antes de la Ley 1150 de 2007 a un 70% en 2017, evidenciando el incumplimiento del principio de excepcionalidad que debería regir el contrato de prestación de servicios.

Por consiguiente, si bien la excepcionalidad es la regla que se debe tener en cuenta para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, de acuerdo con la experiencia de las personas entrevistadas es habitual ver en las diferentes entidades del Estado que hay más personal contratado por esta tipología contractual que personal de planta o carrera administrativa. Por tanto, es cómo si el Estado no hiciera lo necesario para poder suplir las necesidades de personal y de esta forma pretendiera nutrir el sistema burocrático o maquinarias políticas que se mueven a través de los contratos de prestación de servicios.

1.1.3. Sujetos

En cuanto a los sujetos, inicialmente el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 determinaba que solo se podía suscribir contratos de prestación de servicios con persona natural. Lo cual era una regulación restrictiva y clara que impedía la suscripción con personas jurídicas, pero, a través de la Sentencia 24715 de 2007 el Consejo de Estado determinó que se podían celebrar también con personas jurídicas. Así pues, con el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, en

el artículo 2.2.1.2.1.4.9. se modificó la regla para poder celebrar el contrato con ambos tipos de personas⁸.

De acuerdo con Velásquez y Díez (2019), el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, plantea ciertos puntos y límites para suscribir contratos de prestación de servicios con personas naturales⁹ y jurídicas¹⁰.

Tabla 1 Sentencias relevantes sobre personas naturales y jurídicas en el contrato de prestación de servicios

Preguntas	Persona natural	Personal jurídico
¿Qué pasa si hay personal de planta para las funciones que se pretende contratar personal por prestación de servicios?	Las actividades asignadas mediante contratos de prestación de servicios deben limitarse exclusivamente a aquellas que no puedan ser realizadas por el personal de planta, con el fin de prevenir la generación de nóminas paralelas. ¹¹	El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no establece restricciones específicas para la celebración de contratos con personas jurídicas, a diferencia de las limitaciones previstas para los contratos con personas naturales.
¿Existe alguna excepción a la regla para poder contratar personal de prestación de servicios?	Se debe dejar constancia que el personal de planta no es suficiente para desempeñar funciones y por tanto se requiere del saber profesional o más calificado que el que se tiene en el personal de planta de la entidad (Corte Constitucional de Colombia, 2003). De igual forma, el Consejo de Estado (2003) planteó que este contrato puede celebrarse con persona natural siempre y cuando las labores no	Las actividades del contrato en forma alguna pueden generar que la entidad estatal contratante se despoje del ejercicio de una competencia administrativa (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

⁸ Del mismo modo, Duque y Vanegas (2023) en el libro “GPS Contratación Pública” realiza un análisis y definición de los contratos de prestación de servicios y plantea que pueden ser ejecutados por personas naturales y jurídicas independientemente si son para servicios profesionales o de apoyo a la gestión.

⁹ El artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 establece “(...) la Entidad Estatal debe verificar la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate”.

¹⁰ De acuerdo con Iván Darío Gómez Lee (2010), en el libro “contratación visible. Manual para un buen control de recursos en la contratación pública”, los límites para llevar a cabo la contratación con personas jurídicas “emana del principio de transparencia (Ley 80 de 1993 y artículo 2 de la Ley 1150 de 2007) en virtud del cual, la regla general es la licitación pública, que preserva los intereses superiores de conferir a todas las personas igualdad de oportunidades frente al Estado y la moralidad, entre otros. Así la contratación directa de servicios con persona jurídica será una posibilidad marginal que solo se puede presentar en los siguientes casos: A. Cuando esté debidamente demostrado y justificado que esa persona jurídica, es la única que cuenta con una experiencia, trayectoria, idoneidad y capacidad específica, para cumplir con un objeto determinado. B. Hoy en día hay personas naturales que tienen contratos o relaciones de exclusividad o de trabajo con una persona jurídica. En el evento en que la idoneidad y experiencia que se requiera sea la de esas personas naturales en condiciones aún más excepcionales, se puede contratar a la persona jurídica al amparo de ese contrato de exclusividad o vínculo laboral demostrado. Obviamente, la intención de la persona natural tiene que ser cierta y no un medio para eludir la licitación.

¹¹ Las nóminas paralelas se entienden, según Velásquez y Díez (2019), como cargas económicas adicionales para las entidades públicas, originadas por la duplicación de un cargo de planta mediante la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales.

	puedan ser desempeñadas por personal de planta.	
¿Se puede transferir o asignar funciones propias de la administración pública a un contratista de prestación de servicios?	Jamás puede conllevar al ejercicio directo de funciones administrativas, pues lo que está permitido es la contratación de actividades de colaboración o apoyo en el cumplimiento de las funciones de la entidad contratante y no el desplazamiento de estas atribuciones al particular (Consejo de Estado de Colombia, 2013).	

Fuente: construcción Propia a partir de Rodríguez Tamayo (2015) en *los Contratos Estatales en Colombia*

Ahora bien, según Sierra Caballero (2014), debido a la imposibilidad de los funcionarios de planta de realizar y llevar a cabo todas las funciones de la administración pública, aumentó la contratación de prestación de servicios para llevar a cabo las funciones y satisfacer las necesidades de esta, sin que esto implicara un incremento en la nómina prestacional del Estado. Por lo anterior, en la medida que se masifica la implementación de este tipo de contratos se rompe con los parámetros que llevaron a su creación, que era contratar de forma excepcional personas que en un principio era solo naturales y hoy por hoy también incluye personas jurídicas.

1.1.4. Temporalidad

Respecto a la temporalidad, se tiene que esta es una característica que se relaciona con el periodo de tiempo que se planea al interior de las entidades para la ejecución de las funciones de la administración pública. El cual, debe ser el estrictamente necesario, evitando que debido a las actividades o funciones asignadas pase a realizar funciones de carácter permanente de la entidad (Consejo de Estado de Colombia, 2013).

Esta característica se fundamenta en el numeral 3, artículo 32 de la ley 80 de 1993 y contempla que “estos contratos se celebraran por el termino estrictamente indispensable”¹². Frente

¹² Es importante destacar que, de acuerdo con Sierra Caballero (2014) el contrato de prestación de servicios, bajo la teoría inicial con la que fue incorporado al sistema jurídico, establecía que la duración del contrato no puede ser indefinida, sino, debe celebrarse

a esto, el Consejo de Estado en sentencia SUJ-025-CE-S2 de 2021 estableció que el término se determina fruto de la deliberación de las partes o autonomía contractual, lo cual se estipula en los estudios previos y en la minuta del contrato. Por tanto, no existe un mínimo ni un máximo¹³.

Frente a este punto, con el fin de eliminar los contratos de corta duración, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, expidieron la Circular Conjunta No. 100-005-2022, por medio de la cual se estableció que los contratos de prestación de servicios no podían tener una duración menor a 4 meses, sin referirse a la duración máxima, pero cumpliendo el principio de anualidad. Respecto a esto, el Consejo de Estado en Sentencia SUJ-025-CE-S2 de 2021 determinó que, *“el Departamento Administrativo de la Presidencia no puede limitar el término de duración de los contratos de prestación de servicios en el país”*.

Así las cosas, es importante resaltar que la temporalidad debe en principio respetar el principio de anualidad como forma de evitar que las actividades asignadas sean de carácter permanente de la entidad y por tanto deban ser realizadas por personal de planta (Ocampo Suárez, 2021). Sin embargo, de acuerdo con la información suministrada por uno de los entrevistados que ha suscrito contratos de prestación de servicios con entidades del Distrito de Bogotá D.C se evidencia que este tipo de contratos es habitual celebrarlo superando la vigencia fiscal y que es una práctica recurrente y masiva. De tal forma que se rompe con la regla de temporalidad y se abre el

por el termino requerido. Con la Ley 80 de 1993, se adopta la idea que los contratos serán desarrollados por el término estrictamente necesario, cambiando la interpretación de temporal. Este cambio permite que los contratos se puedan prorrogar indefinidamente, sin que cada uno supere la vigencia fiscal, generando que la permanencia de las funciones desempeñadas se camufle con el contrato de prestación de servicios.

¹³ De acuerdo con las entrevistas realizadas, se identificaron dos tipos de contratos con diferentes periodos de ejecución. El primer grupo comprende contratos con una duración que oscila entre 2 y 10 meses, según la información recopilada, destacándose que ninguno de ellos superó la vigencia fiscal, en cumplimiento del principio de anualidad. El segundo grupo, menos común en la contratación pública, corresponde a contratos de prestación de servicios que exceden la vigencia fiscal, respaldados mediante la figura de vigencias futuras. En ambos casos, se evidenció la práctica de explotación encubierta, en la cual el colaborador, conocido como "fantasma", realiza actividades entre la finalización de un contrato y la suscripción de uno nuevo. Así, estas personas se convierten en víctimas de una forma de explotación encubierta atribuida a la administración pública.

camino para romper con la regla anterior de excepcionalidad en la medida que se contrata personal para realizar funciones permanentes.

1.1.5. Prestación no permanente de funciones administrativas

Esta característica se refiere al desarrollo de funciones que, aunque no forman parte de las actividades habituales o rutinarias de la administración pública, son indispensables para su correcto funcionamiento. Estas funciones tienen un carácter excepcional y deben ejecutarse de manera temporal y discontinua. En este contexto, la normativa vigente establece que dicha excepcionalidad y temporalidad son elementos esenciales de este tipo de contratos (Contraloría General de la República, 2013).

En concordancia con ello, la regla de no continuidad, definida por el Consejo de Estado, señala que, para evitar la configuración de un contrato realidad, debe transcurrir un intervalo mínimo de 30 días entre la terminación de un contrato de prestación de servicios y la celebración de otro (Consejo de Estado de Colombia, 2021).

Por tanto, la asignación de actividades específicas en los contratos de prestación de servicios está intrínsecamente vinculada al principio de temporalidad, dado que estas funciones no deben estar relacionadas con el giro ordinario de la entidad para evitar actividades permanentes. Su ejecución debe limitarse al tiempo estrictamente necesario, respetando así la naturaleza excepcional y temporal de las funciones encomendadas (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2024).

En cuanto al desarrollo normativo de los contratos de prestación de servicios y el empleo público, el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 2, establecía que, para el desempeño de funciones de carácter permanente, la administración pública debía crear los cargos correspondientes. Esto significaba que no era posible celebrar contratos de prestación de servicios para la ejecución de

este tipo de funciones. A saber, Sierra Caballero (2014) recalcó que esta regulación fomentaba la confianza institucional, la estabilidad laboral y la seguridad jurídica.

Posteriormente, el Decreto-Ley 3074 de 1968 permitió la celebración de contratos de prestación de servicios exclusivamente para actividades de carácter temporal. Más tarde, el Decreto 1050 de 1973, de relevancia histórica pese a haber sido derogado por el Decreto 1083 de 2015, en su artículo 7 disponía que *“en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, debiéndose crear los empleos correspondientes mediante el procedimiento establecido en el presente Decreto Nacional”*.

En tanto, Benavides (2010) resaltó que el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 estableció que los contratos de prestación de servicios no pueden celebrarse para el desempeño de funciones de carácter permanente, independientemente de la entidad que los suscriba. De esta manera, dicha disposición pone énfasis en la necesidad de contar con un personal administrativo suficiente, asegurando que los contratos de prestación de servicios se celebren por el tiempo estrictamente requerido y conforme a la necesidad real de la entidad, con el fin de evitar incurrir en sanciones disciplinarias. En este sentido, Gómez González y Urrutia Ramírez (2012) señalan que es esencial que las funciones asignadas a través de dichos contratos sean claramente temporales para garantizar su correcta ejecución.

Por su parte, la Corte Constitucional (1997) estableció que cuando una entidad advierta que una función desempeñada a través de un contrato de prestación de servicios adquiere carácter permanente, está obligada a crear el correspondiente cargo en la planta de personal (Sentencia C-154 de 1997). Como señala Bernal Moreno (2021), los contratos de prestación de servicios tienen como propósito atender las necesidades del Estado de manera excepcional y temporal, exclusivamente cuando las tareas no puedan ser realizadas por el personal de planta.

Con el fin de evitar que se asignen funciones permanentes a través de contratos de prestación de servicios, Arango (2021) plantea que, de acuerdo con la Ley 909 de 2004, la cual regula la carrera administrativa, la administración pública debe mantener actualizadas sus plantas globales de empleo. De esta manera, como indica Benavides (2010), la contratación para puestos temporales o transitorios solo será viable cuando surjan las siguientes necesidades:

- A. Ejecutar tareas que el personal de planta no lleva a cabo porque no pertenecen a las actividades permanentes de la administración;
- B. Implementar programas o proyectos con un tiempo de duración limitado;
- C. Cubrir vacantes de personal debido a una sobrecarga de trabajo causada por circunstancias excepcionales;
- D. Realizar actividades de consultoría y asesoría institucional con una duración máxima de doce (12) meses, relacionadas directamente con el objeto y la naturaleza de la entidad (Benavides Russi, El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado., 2009).

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional (2009) determinó que se ajusta a la Constitución de 1991 la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente (Sentencia C-614 de 2009). Posteriormente, la misma corporación señaló que son cinco criterios para determinar cuándo una función es de carácter permanente: 1. Criterio funcional. 2. Criterio de igualdad. 3. Criterio temporal o de habitualidad. 4. Criterio de excepcionalidad. 5. Criterio de continuidad (Sentencia C-171 de 2012).

Así pues, para prevenir un uso inapropiado del contrato de prestación de servicios, el Decreto 1800 de 2019 en su artículo 2.2.1.4.1. planteó acciones que conducen a la actualización de las plantas de personal. Estas acciones buscan garantizar una correcta planificación y asignación

de personal, evitando que los contratos de prestación de servicios se utilicen para funciones permanentes o para cubrir vacantes que deben ser ocupadas por personal de planta.

Entre las medidas señaladas, las entidades deben, al menos cada dos años, analizar y ajustar los procesos y procedimientos internos para detectar áreas donde el uso de estos contratos no esté justificado. Además, deben evaluar la incidencia de nuevas funciones o metas asignadas a la entidad y su impacto en los productos, servicios y la cobertura institucional, lo cual permite determinar si es necesario recurrir a nuevos contratistas o si se puede cumplir con el personal existente (Decreto 1800 de 2019, artículo 2.2.1.4.1).

También se debe revisar los perfiles y cargas de trabajo de los empleos requeridos para el cumplimiento de las funciones, con el fin de evitar que se contrate a prestadores de servicios para tareas que deberían desempeñar funcionarios de planta. Otra acción importante es la evaluación del modelo de operación de la entidad y la consideración de distintas modalidades legales para la prestación de servicios, asegurando que se utilicen de manera eficiente y adecuada (Decreto 1800 de 2019, artículo 2.2.1.4.1)

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2 de 2021 afirmó que el empleo excesivo de contratos de prestación de servicios representa una infracción reiterada a la Constitución. Por esta razón, se han definido los casos en los que se configura una relación laboral, independientemente del título que le den las partes al contrato. Además, ha subrayado que, conforme al Artículo 53 de la Constitución, debe prevalecer el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades que acuerden las partes, aplicándose tanto en las relaciones laborales entre particulares como en aquellas celebradas por el Estado.

De acuerdo con Velásquez y Diez (2019) existe un riesgo significativo de establecer vínculos indefinidos con el contratista, los cuales pueden adquirir las características de una relación laboral. Esta situación se pone de manifiesto en una de las entrevistas realizadas durante el trabajo

de campo, donde se constató que un abogado había prestado sus servicios durante 12 años para la misma entidad del Departamento de Cundinamarca, desempeñando funciones prácticamente idénticas en cada contrato. De hecho, a pesar de que, en virtud del principio de anualidad, cada contrato se finalizaba antes del cierre de la vigencia fiscal, y entre la finalización de un contrato y la renovación del siguiente, el abogado operaba como colaborador fantasma. Esta realidad sugiere que las funciones desempeñadas deberían ser cubiertas por personal de planta, en lugar de ser objeto de contratos de prestación de servicios, lo que plantea serios interrogantes sobre la naturaleza y la finalidad de este tipo de contratación.

En síntesis, la prestación no permanente de funciones administrativas plantea desafíos significativos en la gestión pública, evidenciando la necesidad de un marco normativo claro que regule las condiciones y limitaciones de esta modalidad contractual. A pesar de que puede ofrecer flexibilidad y eficiencia en la contratación de personal especializado, su uso indebido o prolongado puede derivar en la creación de vínculos laborales encubiertos, afectando tanto la estabilidad del recurso humano como la calidad de los servicios ofrecidos. Por lo tanto, es fundamental que las entidades estatales reevalúen sus prácticas contractuales y opten por soluciones que aseguren un adecuado equilibrio entre la necesidad de eficiencia administrativa y el respeto a los derechos laborales, garantizando así un funcionamiento óptimo de la administración pública.

1.1.6. Ausencia de relación laboral o reglamentaria

Esta característica se fundamenta en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece que quien presta el servicio goza de autonomía y no genera relación laboral ni prestaciones sociales. Según Velásquez y Diez (2019) el contrato de prestación de servicios se distingue por la autonomía técnica y científica del contratista. Esto implica que el contratista cuenta

con un considerable margen de libertad o discrecionalidad para llevar a cabo el objeto contractual dentro del plazo establecido y realizar la tarea conforme a las condiciones pactadas.

A saber, la Corte Constitucional (1997) reconoció la importancia de no confundir los elementos diferenciadores del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo. En este sentido, si se aplica de manera inapropiada el contrato de prestación de servicios, el contratista puede legítimamente reclamar sus derechos para el reconocimiento de prestaciones sociales (Sentencia C-154 de 1997).

A continuación, se presenta un cuadro que ilustra las principales diferencias y similitudes entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, permitiendo una mejor comprensión de las características e implicaciones de cada modalidad contractual:

Tabla 2 Diferencias entre contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios

Contrato laboral	Contrato de prestación de servicios
Realización de una actividad personal de una persona en beneficio de otra.	
Remuneración como contraprestación de la actividad realizada.	
Vínculo de subordinación y dependencia entre el trabajador y el empleador	El contratista goza de autonomía para la ejecución de las actividades contratadas.

Fuente: construcción Propia a partir de Benavides (2009) en *el contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*.

En el cuadro se puede observar que las dos primeras características son similares para ambos tipos de contrato, pero se evidencia una clara diferencia en lo que respecta a la subordinación. A saber, es importante resaltar que Benavides (2010) menciona varios ejemplos en los cuales el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de un vínculo laboral cuando una persona ha estado vinculada a una entidad mediante múltiples contratos de forma sucesiva, lo que implica la presencia de subordinación. No obstante, en contraposición a esta perspectiva, el autor

cita una sentencia del alto tribunal en la que se refiere al caso de un abogado que suscribió once contratos en un periodo de cuatro años con una entidad del Estado. En este caso, el Consejo de Estado (1995) determinó que el cumplimiento de funciones administrativas a través de la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios no contraviene la ley, por lo que reconoce que no existe razón para la nulidad del acto impugnado (Sentencia 9140 de 1995).

Así pues, el Consejo de Estado (2006) ha establecido que la carga de la prueba recae en el demandante, definiéndola como la responsabilidad de demostrar de manera clara, indiscutible e irrefutable las situaciones que se han afirmado. Esto indica que, aunque los contratos de prestación de servicios con renovación sucesiva puedan interpretarse como contratos de realidad, es fundamental demostrar que se está vulnerando el principio de la realidad sobre las formas. La necesidad de esta prueba se convierte en un elemento clave para establecer la existencia de una relación laboral encubierta, asegurando así el reconocimiento de los derechos que corresponden al trabajador (Sentencia 4286-05 de 2006).

Una situación similar se presenta en los casos expuestos en las entrevistas, donde cada contratista ha prestado sus servicios a la administración pública a través de más de un contrato. Además, han desempeñado funciones en beneficio de la administración pública como "colaboradores fantasmas" durante períodos en los que no estaban vinculados oficialmente mediante un contrato de prestación de servicios. Esta dinámica contribuye a la explotación encubierta por parte de la administración pública. Lo particular de estos casos es que ninguno de los contratistas ha demandado al Estado, lo que permite que esta práctica persista y fortalezca a la administración pública en su capacidad para continuar con estos modelos de contratación.

En este punto, es crucial aclarar que, según Benavides (2010), en cuanto al tiempo de servicio, no es determinante individualmente al momento de demostrar que realmente existe una relación laboral, pero sí es significativo cuando se prueba con otros factores. Por ejemplo, la

existencia de horario de trabajo, la asignación de turnos en planillas, las labores supervisadas por un superior, los memorandos de amonestación, el trato similar dado a los funcionarios que cumplen las mismas tareas, la obligación de reportar a superiores el desarrollo de la actividad o el reconocimiento de viáticos. Cada factor, individualmente considerado, no es suficiente, pero la presencia de varios refuerza los indicios.

En conclusión, aunque existe una regulación normativa para el contrato laboral y otra para los contratos de prestación de servicios, persiste la problemática de la explotación encubierta, especialmente en los periodos en que una persona no ha suscrito un contrato y se encuentra a la espera de formalizar uno. Esta situación plantea un desafío significativo para el reconocimiento y la protección de los derechos de los trabajadores y de los aspirantes a contratistas, ya que las entidades pueden aprovechar la incertidumbre contractual para eludir responsabilidades laborales o contractuales. Es fundamental abordar esta problemática mediante una supervisión más rigurosa y una aplicación efectiva de la normativa existente, o incluso modificando la legislación contractual garantizando así que los derechos de los aspirantes a contratistas sean resguardados y se evite la perpetuación de prácticas que vulneran la dignidad de las personas.

1.1.7. Celebración de contratos mediante la contratación directa

La contratación directa es concebida como una modalidad especial y excepcional de contratación, regulada por la ley y caracterizada por requisitos específicos según el tipo de contrato a celebrarse. A través de este mecanismo, las entidades públicas buscan satisfacer sus necesidades urgentes mediante la adquisición de bienes y servicios (Departamento Administrativo de la Función Pública, s.f.).

El Departamento Administrativo de la Función Pública (2022) expuso que la contratación directa se debe entender como cualquier modalidad de selección o proceso utilizado por las

entidades del Estado que no contemple una convocatoria pública en alguna de sus fases ni permita la participación de múltiples oferentes (Concepto 048971 de 2022).

Melo Rodríguez y Helmut Xandrovich (2018) exponen que la licitación pública se considera aquel procedimiento estándar para la selección objetiva del contratista, mientras que la contratación directa representa una excepción, en la cual la entidad estatal omite las formalidades requeridas para la licitación. Así, la contratación directa puede definirse como el proceso mediante el cual la entidad pública, después de realizar un análisis y cumplir con requisitos menos estrictos, y frente a determinadas circunstancias o situaciones, selecciona al contratista.

Este planteamiento resalta un principio fundamental en la contratación pública: la licitación pública como regla general y la contratación directa como una excepción. Dicho enfoque encuentra su fundamento en el principio de selección objetiva, que busca garantizar transparencia, pluralidad de oferentes y competitividad en los procesos contractuales. Así, la licitación pública, al ser la regla general, cumple con estas expectativas al imponer un marco formal y reglado para la selección del contratista, evitando la arbitrariedad en la contratación (Parra Laguna, 2022).

En contraste, la contratación directa se presenta como una figura excepcional, permitida solo bajo circunstancias específicas definidas por la ley, tales como urgencia manifiesta, prestación de servicios especializados o la adquisición de bienes de proveedores únicos. En este sentido, la contratación directa, al prescindir de las formalidades propias de la licitación, se rige por procedimientos menos estrictos, lo que implica un riesgo inherente de discrecionalidad por parte de la administración (Pabón, 2021).

No obstante, el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en estos procesos garantiza que la entidad estatal no actúe de manera arbitraria, sino que obre conforme a criterios de eficiencia y necesidad (Ministerio de Educación de Colombia, 2021). El análisis de la figura de la contratación directa debe considerar su carácter de último recurso, orientado a satisfacer las

necesidades públicas cuando los mecanismos formales no son viables o no responden a la urgencia de la situación. Por tanto, la flexibilidad que otorga la contratación directa no exime a la administración de garantizar la transparencia y el control en estos procedimientos, preservando así la confianza en la gestión pública (Rentería Palacios, 2022). Este análisis se alinea con lo previsto por la Corte Constitucional en la sentencia C-508 de 2002 y lo dicho por el Consejo de Estado en la sentencia 31447 de 2007 y 17767 de 2011. Además, tal planteamiento se ajusta a lo establecido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

A saber, es menester destacar que el Consejo de Estado (2007) resalto que la contratación directa no puede convertirse en la norma, sino que debe mantenerse dentro de los límites de la excepcionalidad, para evitar el abuso de la discrecionalidad administrativa y asegurar la responsabilidad del Estado en la selección objetiva del contratista. Además de ser utilizada solo para contratos específicos como es el caso de los contratos de prestación de servicios, que por su naturaleza no se rigen por los mecanismos de licitación pública, con excepción de la cuantía del contrato (Sentencia 15324 de 2007).

Es importante destacar que tanto la Ley 80 de 1993 como la Ley 1150 de 2007 buscan establecer límites claros a la contratación directa, evitando su uso indebido y preservando los principios de transparencia, economía y selección objetiva que rigen la contratación estatal. El uso de la contratación directa para la celebración de contratos de prestación de servicios debe estar justificado por razones que eviten la asignación de funciones permanentes, un aspecto que ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para garantizar que esta modalidad no se convierta en un mecanismo para eludir la creación de empleos permanentes en la administración pública (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018).

En este sentido, el análisis jurídico de la contratación directa para la prestación de servicios subraya la importancia de mantener un equilibrio entre la flexibilidad que requiere la

administración pública para enfrentar necesidades puntuales y la obligación de respetar las normas que limitan su uso a situaciones excepcionales (Canal Silva, 2016).

Por lo tanto, es un proceso reglado, que gira en torno a principios y reglas que según el Consejo de Estado (2007) permiten tener la seguridad que la administración pública no tiene total discrecionalidad en la celebración de contratos. Además de ser un procedimiento contractual que tiene la finalidad de asegurar la eficiencia en el cumplimiento del objeto contrato y así mismo, y evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación.

El Decreto 1082 de 2015 regula aún más el contrato de prestación de servicios por lo que en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 establece que no es necesario justificar la contratación directa. Con el artículo 2.2.1.2.1.4.9 se profundiza en las acciones tendientes a verificar la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate, así como, no es necesario la recepción de varias ofertas para que la administración pública lleve a cabo el proceso de contratación.

Es de aclarar que, en el ámbito laboral, se habla de idoneidad cuando se considera que alguien es adecuado, apropiado o conveniente, para desempeñar determinados cargos o funciones dentro de una organización, se entiende que es la capacidad que se tiene para llevar a cabo una actividad o desarrollar adecuadamente un fin; a través de ella es posible identificar la cualificación de un individuo para desempeñar una labor (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

De acuerdo con la Agencia Nacional de Contratación Pública (2022) existen procesos de contratación competitivos y no competitivos. En este sentido, se sostiene que la competencia se encuentra concebida como la rivalidad real entre empresas dentro de un mismo mercado, fomenta la disminución de precios, la mejora de la calidad, la lucha contra la corrupción y la innovación en el sector privado (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2022).

A partir de esta premisa, se tiene que los contratos de prestación de servicios se clasifican dentro de la categoría de contratos no competitivos, lo que otorga cierta flexibilidad en el proceso de contratación. Esto se debe a que la contratación directa constituye una excepción al principio de libre concurrencia y selección objetiva, permitiendo una mayor agilidad en la satisfacción de necesidades específicas de la administración pública.

Según la Corte Constitucional (2009), la regla general es que cualquier persona interesada en participar en un proceso contractual pueda hacerlo en condiciones de igualdad, sin restricciones que limiten la libre competencia y concurrencia (Sentencia C-713 de 2009). En este contexto, la contratación directa se establece como una excepción, ya que no permite la participación abierta de todos los oferentes ni la presentación de múltiples propuestas. Por lo tanto, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por ser un proceso ágil, expedito y simplificado, que no requiere una convocatoria pública ni genera competencia entre oferentes, facilitando así la contratación en situaciones específicas y temporales (Colombia Compra Eficiente, 2021).

En atención a lo expuesto, aunque los procesos de contratación de prestación de servicios buscan eliminar cualquier sospecha de inmoralidad, las entrevistas realizadas evidencian una preocupación recurrente sobre las amplias libertades que caracterizan este tipo de contratos. Estas libertades, especialmente en la etapa precontractual, si bien permiten cierta flexibilidad, también incrementan la posibilidad de prácticas irregulares, como la explotación encubierta, al no contar con controles suficientes que garanticen el respeto por los derechos de los aspirantes a contratistas. En consecuencia, este escenario plantea un desafío para la administración pública, ya que debe equilibrar la necesidad de eficiencia y flexibilidad con la obligación de evitar abusos y proteger a quienes participan en estos procesos contractuales.

1.1.8. Cláusulas excepcionales

Las cláusulas excepcionales pueden definirse como prerrogativas que otorgan a la administración pública dentro de la relación contractual con los particulares. Aunque el negocio jurídico se basa en el principio de autonomía de la voluntad, estas cláusulas encuentran su justificación principal en la necesidad de alcanzar los fines del Estado (Betancur Hincapié, Londoño Muñoz, & Múmera Rendón, 2017).

Según lo expuesto por Osorio (2013), el negocio jurídico se origina en la autonomía de la voluntad, la cual actúa como fuente primordial del derecho. A través de esta autonomía, se determina el contenido y los efectos del contrato. En este contexto, las cláusulas excepcionales se presentan como prerrogativas de la administración pública, destinadas a salvaguardar el interés público y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado. Aunque el contrato se establece de manera consensuada, es importante destacar que estas facultades son exclusivas del ámbito de los contratos públicos y no se aplican a las relaciones contractuales de carácter privado.

Por lo tanto, en el contexto de las cláusulas excepcionales, se fragmenta el principio de libertad contractual, lo que resulta en una ruptura del postulado de igualdad entre las partes del contrato, especialmente en aquellos casos en los que su aplicación es obligatoria, independientemente de lo que pacten las partes. En contraste, cuando la aplicación de las cláusulas excepcionales es facultativa y depende del acuerdo entre las partes, como ocurre en los contratos de prestación de servicios y suministro, su ausencia en el pacto implica que no forman parte del contrato (Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá, s.f.).

Esto se fundamenta en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que regula la esencia de las cláusulas excepcionales y establece en su numeral 2 la posibilidad de aplicar a los contratos de prestación de servicios cláusulas de caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral. Además, cada una de estas cláusulas está regulada en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la misma ley.

Por otro lado, el Consejo de Estado (2008) ha afirmado que prima el principio de legalidad en el privilegio que se otorga al Estado para definir y determinar si las cláusulas excepcionales forman parte del contrato. Este principio, a su vez, deja sin efecto la autonomía de la voluntad de los particulares en la discusión sobre la existencia de este tipo de cláusulas (Sentencia 35827 de 2008).

Sin embargo, para Osorio Moreno (2013) las cláusulas excepcionales, anteriormente conocidas como exorbitantes, no se ajustan al concepto de cláusula, ya que no son el resultado de la creación voluntaria de las partes en un contrato. En realidad, son disposiciones obligatorias establecidas previamente por el legislador, que reflejan el principio de legalidad y despojan de efecto al principio de autonomía de la voluntad dentro del marco del negocio jurídico público.

De acuerdo con Osorio Moreno (2013) estas cláusulas no deben clasificarse como *cláusulas* en el sentido tradicional, ya que no resultan de un acuerdo libre y consensuado entre las partes. En lugar de ello, se presentan como mandatos imperativos, lo que implica que están impuestas por el legislador. Este punto es crucial, pues sugiere que la naturaleza de estas cláusulas escapa del ámbito de la autonomía de la voluntad, un principio fundamental en el derecho contractual.

La afirmación de que las cláusulas excepcionales materializan el principio de legalidad destaca su función como instrumentos que aseguran que la administración actúe dentro del marco normativo establecido. Al ser el resultado de una decisión legislativa, estas cláusulas reflejan un intento de garantizar que las acciones del Estado estén siempre alineadas con el interés público y la legalidad, lo que fortalece la estructura del derecho administrativo. Al señalar que las cláusulas excepcionales hacen nugatorio el principio de la autonomía de la voluntad, se enfatiza la limitación que estas cláusulas imponen a la capacidad de los particulares para negociar libremente los términos de sus contratos (Osorio Moreno, 2013). Esto implica que, en el contexto de la

contratación pública, la administración puede ejercer un control significativo sobre los contratos, lo que puede generar preocupaciones respecto al equilibrio de poder en las relaciones contractuales.

La caracterización de las cláusulas excepcionales como mandatos legislativos implica que su aplicación es obligatoria y no puede ser eludida por la voluntad de las partes. Esto plantea interrogantes sobre cómo se puede asegurar una protección adecuada para los contratistas y cómo se puede equilibrar la necesidad de flexibilidad y eficacia en la administración pública con la protección de los derechos de los particulares (Benavides Russi, 2020).

Este análisis es fundamental para entender la relación entre el Estado y los ciudadanos en el contexto de la contratación pública. Las cláusulas excepcionales, al estar diseñadas para preservar el interés público, refuerzan el rol del Estado como garante de la legalidad y la justicia en la gestión de recursos públicos, aunque también subrayan la necesidad de un marco regulatorio que proteja los derechos de los contratistas (Benavides Russi, 2020).

En conclusión, el enfoque de autores como Osorio Moreno (2013) permite reflexionar sobre el balance necesario entre la autonomía de los particulares y el imperativo de la legalidad en el derecho administrativo. Al considerar las cláusulas excepcionales no solo como instrumentos de control administrativo, sino también como mecanismos que potencialmente limitan la capacidad de negociación de los particulares.

1.1.9. Liquidación facultativa.

Según Hernández (2009) define la liquidación de los contratos estatales como un proceso en el que tanto la administración como el contratista emiten sus opiniones sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como sobre los problemas que surgieron durante su ejecución. Es un acto que, en consecuencia, precisa y establece todos los aspectos relacionados con la relación contractual entre las partes del acuerdo.

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado posteriormente por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. Dicho artículo establece que La liquidación mencionada en este artículo no será requerida en los contratos de prestación de servicios profesionales ni en los contratos de apoyo a la gestión. No obstante, esta disposición no implica una prohibición para realizar la liquidación en este tipo de contratos. A través de la autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar la liquidación en el contrato; en caso de que no se pacte, la entidad estatal no estaría facultada para exigir la liquidación como requisito para proceder con el pago de honorarios al contratista (Velásquez & Díez, 2019). Complementando lo anterior, la liquidación de un contrato estatal puede efectuarse de tres formas: bilateral, unilateral o judicial. La liquidación bilateral, en el caso de los contratos de prestación de servicios, ocurre por acuerdo entre las partes con el propósito de poner fin al contrato. Este acuerdo de voluntades se establece en el mismo contrato, por lo cual, una vez pactado, no puede ser desconocido, ya que el contrato constituye ley para las partes (Consejo de Estado de Colombia, 2009).

López (2015) plantea que, en caso de presentarse objeciones o salvedades en la liquidación bilateral, existen dos vías para resolverlas: La primera opción es que dichas objeciones se resuelvan mediante una liquidación unilateral. La segunda alternativa permite que el proceso se tramite bajo la modalidad de liquidación bilateral, de modo que ambas partes puedan exponer sus argumentos en derecho. Si no se alcanza un acuerdo en esta etapa, se procedería entonces a la liquidación unilateral. Esto se fundamenta en la obligación del Estado de proteger el interés general sobre el particular. Una vez finalizada la ejecución del contrato y cumplido el término estimado para la liquidación, las partes disponen de un plazo de cuatro meses para llevar a cabo dicho proceso.

Así las cosas, se tiene que la liquidación unilateral tiene su fundamento en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, derogado posteriormente por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Este procedimiento consiste en la expedición de un acto administrativo en el cual la administración

expresa su voluntad de manera absoluta, sin intervención del particular en la toma de decisiones. La liquidación unilateral se lleva a cabo cuando no se logra un acuerdo en la liquidación bilateral.

En consecuencia, conforme al artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, si no se alcanza un acuerdo entre las partes en la liquidación bilateral y, previa notificación al particular persiste la falta de consenso, la entidad dispone de un plazo de dos meses para llevar a cabo esta segunda modalidad de liquidación del contrato. Si, cumplidos los cuatro meses destinados para la liquidación bilateral y los dos meses estipulados para la liquidación unilateral, esta última no se ha efectuado, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 permite que la liquidación, ya sea bilateral o unilateral, pueda realizarse dentro de los dos años siguientes, contados a partir del vencimiento de los dos meses asignados a la liquidación unilateral.

Según el Consejo de Estado (2011), si en el contrato no se establece la obligación de liquidación y la entidad procede a terminar unilateralmente el contrato, el acto administrativo correspondiente estaría viciado de nulidad por falta de competencia. Esta nulidad se fundamenta en el principio de que el contrato es ley para las partes, lo que implica que la administración debe actuar estrictamente dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley (Consejo de Estado de Colombia, 2011).

La tercera modalidad de liquidación es la judicial, regulada por el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, que establece que, en los contratos que requieren liquidación y que no pudieron ser liquidados de mutuo acuerdo o por decisión de la administración, la liquidación deberá efectuarse judicialmente. La norma dispone un plazo de dos años para interponer la demanda, contados desde el vencimiento del término de liquidación bilateral (cuatro meses) y unilateral (dos meses). Durante el proceso de liquidación judicial, las partes pueden optar por realizar la liquidación bilateral, aunque no se permite una liquidación unilateral en este período (López Pemberthy, 2015).

En caso de que, durante la liquidación bilateral, no se consideren aspectos fundamentales para una liquidación adecuada, el particular tiene derecho a demandar por vicios en el procedimiento, siempre que haya dejado constancia de tales omisiones. Por otro lado, si en la liquidación unilateral el particular considera que la administración ha actuado de manera arbitraria, omitiendo sus reclamaciones, puede impugnar el acto administrativo por razones de ilegalidad (Colombia Compra Eficiente, 2018).

1.1.10. Registro Único de Proponentes: no obligatorio en contratos de prestación de servicios con el Estado.

El registro único de proponentes es un registro público gestionado por las Cámaras de Comercio, en el que deben estar inscritas todas las personas naturales o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras que estén domiciliadas o tengan sucursal en Colombia, y que busquen celebrar contratos con entidades del Estado (Echeverry Villamil, 2011).

En términos generales, la normativa establece que toda persona interesada en celebrar contratos con el Estado debe inscribirse en el Registro Único de Proponentes (en adelante RUP). Este registro incluirá información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y organizacional del proponente. La verificación de la información presentada recae en la Cámara de Comercio, y es requisito que, al momento de postularse a un proceso de selección, el interesado adjunte la certificación de inscripción correspondiente (Colombia Compra Eficiente, 2022).

La excepción a la obligatoriedad de inscribirse en el Registro Único de Proponentes está contemplada en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que "*no se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa...*". En consecuencia, en tales situaciones, es responsabilidad de la entidad verificar los requisitos habilitantes de los proponentes.

Para la Agencia Nacional de Contratación Pública (2013) si bien no es obligatorio que los oferentes cuenten con el RUP en el proceso de contratación, la entidad estatal debe definir de manera autónoma cómo acreditar los requisitos habilitantes, tales como experiencia, capacidad jurídica, financiera y organizacional. En este caso, la entidad deberá especificar en los documentos del proceso los requisitos exigidos y la manera de acreditarlos y verificarlos. La razón por la cual la entidad no está obligada a solicitar el RUP al proponente en una contratación directa es porque tiene la facultad de seleccionar directamente a la persona natural o jurídica encargada de ejecutar el objeto del contrato. Esto no exime a la entidad de la obligación de verificar la idoneidad del contratista y su capacidad jurídica para asumir y cumplir con el objeto contractual.

Por lo tanto, para evaluar la idoneidad de los contratistas, las entidades suelen solicitar una serie de documentos que permiten determinar si el proponente cuenta con la capacidad necesaria para desempeñar el cargo y cumplir con el objeto contractual. Según la Ley 190 de 1995, entre los documentos requeridos se encuentran la hoja de vida, el certificado de bienes y rentas y la certificación de no existencia de inhabilidades, incompatibilidades o conflictos de interés. Esta exigencia es obligatoria para toda persona que desee celebrar un contrato de prestación de servicios, según lo establecido por la Ley 190 de 1995.

Frente al último de los documentos requeridos, es pertinente hacer la salvedad de que el Estatuto General de la Contratación pública no regula los conflictos de interés, sin embargo, establece que las personas deben actuar de buena fe, con moralidad y deben trabajar de la mano con el Estado para lograr el cumplimiento del interés general (Colombia Compra Eficiente, 2023).

Ahora bien, la ley 1437 de 2011, si regula los conflictos de interés y las causales de impedimentos y recusaciones en los artículos 11 y 12. Por lo anterior, de acuerdo con el Departamento Administrativo de la Función Pública (s.f.) la identificación, declaración y gestión del conflicto de intereses son prácticas preventivas y complementarias a los principios de acción

basados en valores establecidos en el Código de Integridad. Por ello, es de suma importancia aclarar que el conflicto de intereses no representa, en sí mismo, corrupción; sin embargo, estos sí se constituyen en riesgos de corrupción o disciplinarios, pero si se materializa constituiría en un hecho de corrupción. Por lo tanto, las entidades deben prevenir que se presente casos de conflictos de interés con el fin de garantizar la transparencia en la administración pública.

Las entidades públicas contratantes deben exigir el cumplimiento de estos requisitos, dado que, según el pronunciamiento de la Corte Constitucional (1997) El Estado tiene la responsabilidad de elegir a las personas naturales que demuestren las mejores condiciones profesionales, éticas y morales, tanto para la contratación de contratistas como para la vinculación de servidores públicos (Sentencia C-326 de 1997) .

Igualmente, el artículo 4 de la Ley 190 de 1995 establece que el funcionario público encargado de la recepción y revisión de las solicitudes de empleo debe emitir observaciones sobre los documentos presentados en un plazo máximo de 15 días. Sin embargo, de acuerdo con la información proporcionada por las personas entrevistadas, este plazo no siempre se cumple.

En relación con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que toda persona legalmente capaz puede celebrar contratos con entidades del Estado. Por su parte, el artículo 8 de la misma ley detalla las causales de inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Así, en virtud del principio de transparencia, el ordenamiento jurídico tiene como objetivo evitar situaciones que puedan comprometer el interés general en favor de un interés particular. De este modo, se busca garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas (Colombia Compra Eficiente, 2023).

Según el párrafo del artículo 1 de la Ley 190 de 1995, si un aspirante a contratista no presenta las certificaciones fiscales, penales y disciplinarias, el responsable de talento humano o la

persona que desempeñe esa función en la entidad debe realizar una verificación directa de los antecedentes (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2020).

En este contexto, es necesario considerar que el artículo 5 de la Resolución 461 de 2016, emitida por la Procuraduría General de la Nación establece que el certificado de antecedentes disciplinarios es una constancia que confirma las sanciones e inhabilidades relacionadas con sanciones penales, disciplinarias, vínculos contractuales con el Estado, fallos de responsabilidad fiscal, pérdidas de investidura, exclusiones o suspensiones de profesiones liberales, y condenas contra servidores públicos, exservidores y particulares que ejercen funciones públicas, en el marco de la acción de repetición o llamamiento en garantía, para una persona registrada en el sistema SIRI. Además, el artículo 3 de la Resolución 143 de 2002, también expedida por esta entidad, estipula que la vigencia de dicho certificado es de tres meses a partir de su fecha de expedición.

Respecto a los antecedentes fiscales, el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 establece que la Contraloría General de la República debe publicar trimestralmente un boletín que incluya los nombres de las personas naturales y jurídicas sancionadas por fallos de responsabilidad fiscal. Esta información es verificable y tiene una vigencia de tres meses. En relación con los antecedentes judiciales, estos pueden ser consultados en línea, conforme a lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Decreto 019 de 2012, y también cuentan con una vigencia de tres meses.

El Consejo de Estado (2014) ha indicado que la presentación de la certificación bancaria es una obligación que recae sobre los particulares, con una vigencia de un mes a partir de la fecha de expedición. A saber, esta corporación expuso que el propósito de la titularidad de las cuentas bancarias es obtener información precisa y ejercer control sobre las actividades de los administrados, lo cual responde a objetivos más amplios plenamente respaldados por la Constitución. La bancarización de las transacciones promueve la transparencia, lo que ayuda a

controlar la evasión y el fraude, y facilita una mejora en el recaudo, alineado con los principios establecidos en el artículo 363 de la Constitución Política (Sentencia 18943 de 2014).

El Consejo de Estado (2014) sostiene que el Registro Único Tributario (RUT) es el sistema exclusivo para identificar, ubicar y clasificar a las personas y entidades que sean contribuyentes, responsables, agentes de retención, así como a aquellos que declaran o no los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (Sentencia 18943 de 2014).

En lo que respecta a su obligatoriedad, el artículo 19 de la Ley 863 de 2003 establece que toda persona debe inscribirse en el RUT antes de iniciar cualquier actividad económica. Así mismo, en el comunicado de prensa 001 del 7 de enero de 2025 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se expuso que no es necesario que los contribuyentes realicen la actualización de los documentos todos los años, ahora tiene vigencia indefinida.

En lo que respecta a la libreta militar, el Departamento Administrativo de la Función Pública señaló que el artículo 4 del Decreto 2400 de 1968 establece que toda persona que aspire a un empleo público debe tener su situación militar definida. Esta misma obligación se encuentra contemplada en el artículo 2.2.5.1.4, numeral 5, del Decreto 1083 de 2015 (Concepto 333341 de 2021).

En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017 establece que todo colombiano mayor de edad tiene la obligación de definir su situación militar y se extiende esta obligación hasta los 50 años. Por lo anterior, a partir de esta edad los ciudadanos no están obligados a definir su situación militar ni a presentar dichos documentos, en este caso a las entidades públicas donde pretenda suscribir un contrato.

Asimismo, el párrafo 1 del artículo 40 establece que se puede expedir una certificación digital que acredite dicha situación como reservista de segunda clase, considerándose este documento como equiparable a un documento público. En virtud de lo expuesto y conforme al

artículo 42 de la misma ley, es requisito indispensable acreditar la situación militar para desempeñar cargos públicos y para celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural, sin distinción de aquellos que se declaran objetores de conciencia.

No obstante, a pesar de la obligación de acreditar su situación militar, las entidades no pueden exigir la presentación de la libreta militar como requisito para acceder a un cargo o celebrar contratos. Esto se debe a que la persona tiene un plazo de dieciocho meses para regularizar su situación militar, durante el cual puede beneficiarse de una certificación provisional (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2023).

Según el Ministerio de Salud y Protección Social (2023) el examen médico pre-ocupacional o pre-ingreso se entiende como el proceso diseñado para analizar el estado de salud física, mental y social de un trabajador antes de su contratación, teniendo en cuenta las condiciones laborales a las que podría estar expuesto y las exigencias particulares del puesto.

En consonancia con el Decreto 723 de 2013, que reglamentó la Ley 1562 de 2012 y fue incorporado en la sección 2.2.4.2.2.18 del Decreto 1072 de 2015, se establece que los exámenes médicos tienen una vigencia de tres años por regla general o menos dependiendo de las funciones a realizar, su costo debe ser asumido por el contratista y son válidos para cualquier contrato o trabajo que se pretenda celebrar con entidades públicas, siempre que se evalúe el mismo nivel de riesgo en función de las funciones a desempeñar.

En consecuencia, existen documentos generales requeridos por todas las entidades, conforme a lo dispuesto por la normativa, así como otros que son específicos de ciertas instituciones. Esto se pone de manifiesto en las entrevistas realizadas, donde se compararon dos entidades: la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C. y la Alcaldía del Municipio de La Mesa, Cundinamarca.

Ambas entidades solicitan a los aspirantes a contratistas la presentación de la documentación general. Sin embargo, para llevar a cabo un contrato con la Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C., se exige la presentación de documentos adicionales, tales como la hoja de vida y la declaración juramentada de bienes y rentas del Sistema de Información Distrital del Empleo y la Administración Pública (SIDEAP).

También se requiere el Registro de Información Tributaria (RIT) para identificar a aquellos individuos que están sujetos a obligaciones tributarias con el distrito. Adicionalmente, se solicita un formato de autorización para la consulta de inhabilidades por delitos sexuales en perjuicio de niños, niñas y adolescentes (Secretaría de Gobierno de Bogotá, 2024).

Es importante señalar que existen requisitos generales aplicables a todas las entidades, los cuales deben cumplirse sin distinción, ya sea que se pretenda suscribir un contrato de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sean estas nacionales o extranjeras. No obstante, en el caso de los contratistas extranjeros, además de los requisitos generales mencionados, es necesario atender a ciertos requisitos específicos debido a su condición de no nacionales.

Esto se establece en el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 2160 de 2021, que dispone que cualquier persona que sea legalmente capaz y no incurra en causal de inhabilidad o incompatibilidad puede celebrar contratos con el Estado. Sin embargo, es fundamental garantizar que se cumplan los requisitos adicionales para verificar la idoneidad del contratista en el ejercicio de las funciones del contrato y en la adecuada ejecución del objeto contractual.

En particular, los contratistas extranjeros deben cumplir con los requisitos establecidos por el Ministerio del Trabajo. Además de los requisitos generales para trabajar o ejercer actividades en Colombia, deben obtener una visa especial. En el contexto de los contratos de prestación de servicios, es imperativo que presenten la visa TP-4 (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2024). Adicionalmente, si el contratista es un migrante venezolano, se deben considerar requisitos

adicionales, los cuales varían dependiendo de si el migrante es regular o irregular (Ministerio de Trabajo de Colombia, s.f.).

Asimismo, es factible suscribir contratos de prestación de servicios con personas extranjeras o aquellas que residan en el extranjero, dado que la naturaleza del contrato permite su ejecución tanto dentro como fuera del país. Esta flexibilidad se debe a que no se establece una relación laboral, no hay subordinación y no se exige la presencia física del contratista en las instalaciones de la entidad. Sin embargo, es fundamental cumplir con ciertos requisitos adicionales, como la convalidación de títulos de educación superior, para garantizar la idoneidad del contratista.

1.1.11. Libre disposición para exigir garantías.

Rodríguez Tamayo (2015) define la garantía en el contexto de la contratación pública como una acción o medida diseñada para garantizar el cumplimiento íntegro de todas las obligaciones establecidas en el contrato. Según la Agencia Nacional de Contratación Pública (2018), las garantías se constituyen en instrumentos que proporcionan cobertura frente a los riesgos inherentes al proceso de contratación. En este sentido, es responsabilidad de las entidades durante la etapa de planeación determinar el tipo de garantías que deberán exigir al contratista, con el objetivo de salvaguardar el patrimonio público y mitigar los riesgos asociados al cumplimiento de las metas y objetivos de la administración pública.

Conforme a lo dispuesto por la Ley 1150 de 2011, en su artículo 7, para los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía, no será exigible la constitución de garantías. De manera congruente, el Decreto 1082 de 2015 establece que, en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en los procesos relacionados con la contratación de seguros, las entidades estatales están obligadas a justificar la necesidad de requerir o no la constitución de dichas garantías. Esta determinación, conforme al artículo 2.2.1.1.1.6.3 del decreto,

debe basarse en la evaluación de los riesgos asociados al cumplimiento del objeto contractual (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2018). Por lo tanto, aunque la exigencia de pólizas no es obligatoria en todos los casos, las entidades pueden establecerlas como requisito si consideran que existen riesgos que así lo ameriten.

Para las demás modalidades de selección, la exigencia de garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento es de carácter obligatorio. Además, la garantía de responsabilidad civil extracontractual resulta imperativa en los contratos de obra y en aquellos casos en que, por su objeto o naturaleza, la entidad estatal así lo considere necesario, en atención a los riesgos inherentes al contrato (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2018).

En este contexto, las garantías que puede requerir la administración pública son: (i) contrato de seguro, (ii) fiducia mercantil de garantía, o (iii) garantía bancaria o carta de crédito stand by (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2018). Según las entrevistas realizadas, se ha evidenciado que las entidades públicas en los niveles municipal, departamental y distrital están requiriendo a los contratistas la presentación de pólizas que garanticen tanto el cumplimiento del contrato como la calidad del servicio, estableciendo un monto equivalente al 10% del valor del contrato y una vigencia adicional de cuatro a seis meses después de la finalización del mismo.

En conclusión, la no obligatoriedad de exigir garantías en los contratos de prestación de servicios, especialmente cuando su valor es inferior al 10% de la menor cuantía, responde a un enfoque normativo que busca flexibilizar los procedimientos de contratación y promover la participación de diversos contratistas en el ámbito público. La Ley 1150 de 2011 y el Decreto 1082 de 2015 establecen un marco regulatorio que permite a las entidades estatales evaluar la necesidad de garantías basándose en un análisis del riesgo asociado a cada contrato.

Esta regulación no solo optimiza la gestión pública, sino que también favorece la inclusión de contratistas en el proceso, siempre y cuando se garantice la adecuada ejecución de los objetos

contractuales. Por lo tanto, es fundamental que las entidades estatales realicen un estudio exhaustivo y razonado al momento de decidir sobre la constitución de garantías, fomentando un equilibrio entre la protección del patrimonio público y la eficiencia en la contratación.

1.1.12. Pago de seguridad social en cabeza del contratista

La Agencia Nacional de Contratación Pública (2023) explica que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que está bajo la dirección, coordinación y supervisión del Estado. Su prestación se realiza a través de entidades tanto públicas como privadas. Este sistema busca prevenir desequilibrios económicos y sociales que podrían surgir debido a situaciones o contingencias como enfermedad, accidentes, desempleo etc.

Por su parte, el Ministerio de Trabajo (2018) estableció que, conforme al artículo 2 del Decreto 1273 de 2018, los trabajadores independientes y los contratistas de prestación de servicios, vinculados al Estado o al sector privado bajo cualquier modalidad, deben efectuar sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones de manera obligatoria, siempre que cuenten con capacidad de pago. El ingreso base de cotización corresponde al 40% del valor bruto facturado mensualizado, sobre el cual se calcula el monto de los aportes para salud (12,5%) y pensión (16%). En relación con los aportes a riesgos laborales, estos son deducidos por el contratante del valor de los honorarios del trabajador. Asimismo, el ingreso base de cotización debe estar entre 1 y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

De igual forma, el artículo 27 de la Ley 1393 de 2010 dispone que el pago de honorarios a trabajadores independientes y contratistas de prestación de servicios deberá efectuarse únicamente después de que la entidad pública o el contratante privado verifique los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Estos aportes pueden realizarse mes vencido, conforme a lo establecido en el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019.

Conforme a lo expuesto, se tiene que el contrato de prestación de servicios en el ámbito del derecho administrativo se configura como un instrumento jurídico diferenciado, cuya naturaleza y características específicas lo distinguen notablemente de otras modalidades contractuales, especialmente dentro del sector público. Este contrato, al ser de carácter típicamente excepcional, establece sujetos definidos y una temporalidad limitada, prohibiendo la delegación de funciones de carácter permanente, lo cual garantiza que su propósito responda a necesidades puntuales y acotadas en el tiempo (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2023).

Asimismo, es importante destacar que la diferenciación estructural respecto del contrato laboral, la contratación directa como modalidad preferente, y la no obligatoriedad de registro en el Registro Único de Proponentes subrayan la flexibilidad y agilidad propias de este contrato. A su vez, la responsabilidad del contratista en el pago de la seguridad social, junto con la posibilidad de estipular o no cláusulas excepcionales y de exigir garantías, otorgan a las partes un marco de autonomía en la ejecución de sus obligaciones. Por tanto, el contrato de prestación de servicios se erige como una herramienta fundamental para la administración pública, en tanto le permite actuar con precisión y adaptabilidad para satisfacer sus demandas específicas de manera eficiente (Fisapay, 2023).

1.2. Etapas del proceso de contratación

En esta sección se abordarán las etapas del proceso de contratación, del contrato de prestación de servicios. Este proceso se estructura en tres etapas: la precontractual o preparatoria, la contractual o de ejecución, y la postcontractual, correspondiente a la terminación y/o liquidación del contrato.

Cada una de estas etapas presenta particularidades que las distinguen, pero comparten presuntamente el propósito de asegurar el cumplimiento del interés general, satisfacer las

necesidades de la administración pública, y garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Estas etapas también buscan proteger los derechos e intereses de los administrados que participan en el desarrollo y ejecución de los contratos, particularmente en la adquisición de bienes y servicios necesarios para la administración (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2022).

A continuación, se examinarán en detalle cada una de estas etapas, poniendo especial énfasis en la fase precontractual, donde, como se argumentará, pueden presentarse formas de explotación encubierta de colaboradores *fantasmas* por parte de la administración pública.

A saber, es necesario reconocer que la etapa precontractual o preparatoria tiene un rol crucial, ya que define las condiciones bajo las cuales se celebrará el contrato. Sin embargo, es en esta fase, que incluye las actividades previas a la formalización del vínculo contractual, donde puede ocurrir la explotación encubierta de colaboradores que, a pesar de no haber firmado un contrato formal, realizan actividades sustantivas en beneficio de la entidad pública (Castrillón Arango, 2022).

Esta situación resulta en una relación informal que, por su falta de formalización, deja al colaborador en una situación de vulnerabilidad laboral. Los colaboradores *fantasmas* en esta etapa frecuentemente enfrentan condiciones de trabajo desventajosas, ya que, al no estar amparados por un contrato firmado, carecen de garantías mínimas como el acceso a la seguridad social, la retribución económica formal y la protección de derechos laborales básicos (Castrillón Arango, 2022).

Este fenómeno de explotación encubierta en la etapa precontractual no solo afecta el equilibrio contractual, sino que pone en riesgo la transparencia y legalidad de los procesos de contratación pública, al permitir una utilización indebida de la fuerza laboral sin una contraprestación formalmente establecida (Bernal Moreno, 2021).

Por tanto, el análisis detallado de la etapa precontractual es fundamental para visibilizar estas prácticas y proponer mecanismos que fortalezcan el respeto por los derechos de los colaboradores, incluso en las fases preparatorias de la contratación de prestación de servicios. Esta sección busca, en consecuencia, identificar con claridad cómo y por qué la explotación encubierta se materializa en la etapa precontractual, evidenciando la necesidad de medidas que garanticen la protección de los derechos laborales y la transparencia en los procesos administrativos.

1.2.1. Etapa precontractual

La etapa precontractual hace referencia a las actuaciones administrativas previas a la suscripción del contrato, a través de las cuales se establecen las bases para la ejecución del objeto contractual, orientado a satisfacer el interés general, asegurar la prestación constante de servicios públicos, y atender las necesidades específicas del contratista. Esta fase constituye un pilar fundamental en el proceso de contratación, dado que en ella se identifica la necesidad específica de la administración pública y se determinan los mecanismos adecuados para su atención (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2023).

La primera subetapa dentro de la fase precontractual es la planeación, que, según Palacio (2022) se divide en cinco partes fundamentales: (i) identificación de la necesidad o problema; (ii) análisis de las causas; (iii) definición de los objetivos; (iv) evaluación de los riesgos; y (v) estimación del cumplimiento de los objetivos establecidos.

Palacio (2022) sostiene que la planificación debe fomentar una interacción eficaz entre el problema, la solución, la organización y el presupuesto, de manera que facilite la creación de proyectos de inversión y procesos de contratación bien fundamentados y estructurados adecuadamente. Este enfoque promueve la elaboración de documentos previos que no solo permitan identificar la necesidad y las estrategias para satisfacerla, sino que también faciliten una

actuación ágil y eficiente por parte de los funcionarios de la administración pública en la resolución de problemas.

A saber, la etapa precontractual se fundamenta en el principio de planeación, que, si bien no se encuentra explícitamente regulado en la norma jurídica, puede interpretarse a la luz de los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política de Colombia. Este principio también encuentra soporte en los numerales 6, 7, 12, 13 y 14 del artículo 25, el numeral 3 del artículo 26, y los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (Benítez Vásquez & Miranda Padilla, 2018).

Así pues, este principio puede ser considerado como una herramienta de gestión pública que requiere organizar el proceso contractual, destinando tiempo y recursos para realizar estudios previos que sean apropiados según su alcance y complejidad. De esta forma, una planificación adecuada debe llevar a la selección cuidadosa de la propuesta más idónea, con el objetivo de proteger los intereses y objetivos públicos involucrados en los contratos de las entidades estatales, asegurando siempre la correcta ejecución del acuerdo (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2022).

Por consiguiente, durante esta etapa se elaboran los estudios previos, los cuales reflejan la necesidad de la entidad y la forma más adecuada para satisfacerla. En el caso de los contratos de prestación de servicios, estos estudios permiten identificar si dentro de la entidad existe suficiente personal para realizar las funciones requeridas, o si, por el contrario, es necesario justificar la contratación de una persona externa para ejecutar el objeto contractual (Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, 2023). De esta forma, la planeación se rige como un pilar fundamental y transversal en toda entidad pública, mediante el cual se asegura el funcionamiento adecuado de la administración y la prestación continua de servicios públicos, sin comprometer los derechos de los particulares ni exponerlos a situaciones de explotación encubierta.

No obstante, una planificación deficiente o inadecuada puede dar lugar a que particulares se vean transformados en colaboradores fantasma, quedando en una situación en la que, a pesar de no contar con un contrato formalmente suscrito, siguen a disposición de la entidad en espera de una vinculación oficial. Esta explotación encubierta, reflejada en entrevistas realizadas, muestra que la falta de una planeación oportuna y constante impide satisfacer eficazmente las necesidades de la entidad, generando condiciones que afectan los derechos laborales y personales de quienes esperan formalizar su relación contractual con la administración pública.

En consecuencia, el deber de planeación se materializa en la elaboración de estudios y documentos previos, los cuales se fundamentan en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que aborda el principio de economía. Este principio establece que es en la etapa precontractual donde se debe determinar la conveniencia o inconveniencia de la contratación, actuación que debe llevarse a cabo al inicio del proceso de selección o antes de la firma del contrato. Además, los estudios y documentos previos se sustentan en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional (Decreto 1082 de 2015), que especifica el contenido mínimo que deben contener dichos documentos.

Es importante resaltar que los estudios previos permiten a la entidad estatal identificar, tanto desde un enfoque técnico como financiero, el objeto del contrato, las características de su ejecución, los posibles proponentes, los requisitos esenciales para evaluar la capacidad del contratista y analizar las variables que podrían influir en el proceso de selección, firma y ejecución del contrato. La importancia de estos estudios y documentos previos es tal que su falta o deficiencia puede dar lugar a prácticas incorrectas, anulación de actos administrativos de apertura, declaración de procesos de selección desiertos, sanciones disciplinarias, aumento de costos o prolongación de los plazos de ejecución de la obra, y, en general, al fracaso en la implementación de los contratos públicos (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2022).

De esta manera, en los estudios previos debe incluirse la descripción de la necesidad, el objeto a contratar, la modalidad de selección y su justificación con fundamentos jurídicos, el valor del contrato y su respectiva justificación, los criterios de evaluación, el análisis del riesgo y las medidas de mitigación, así como las garantías exigidas por la entidad. También se requiere la certificación de la no existencia de personal para desempeñar las funciones solicitadas y el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP).¹⁴ Así, los estudios previos tienen la finalidad de argumentar la idoneidad del perfil de la persona que desempeñará las funciones, permitiendo incluir en el documento, si se considera necesario, un análisis del sector pertinente para la contratación (Agencia Nacional Digital, 2021).

En esta primera fase de la etapa precontractual, no se identifica a la persona que será contratada, dado que el objetivo es generar la disponibilidad del cargo para que pueda ser ocupado por cualquier individuo que cumpla con el perfil requerido. Así, la información proporcionada en los documentos previos no debe ser tan específica como para dar la impresión de que el proceso se está diseñando para favorecer a un candidato particular (Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, 2023).

Sin embargo, según la información recabada en las entrevistas, se ha observado que, en algunas ocasiones, los procesos son elaborados de manera selectiva en beneficio de un aspirante a contratista, motivados por razones como favores políticos o relaciones de amistad con el ordenador del gasto. En consecuencia, la disponibilidad del perfil surge de una necesidad que debe ser identificada y analizada de manera constante, con el fin de buscar la mejor solución posible. Esto

¹⁴ Por ejemplo, en el caso de las alcaldías Locales de Bogotá D.C., La Secretaría de Gobierno expide el documento “NO HAY”; por medio del cual certifica que dentro de la planta de personal de la Secretaría Distrital de Gobierno no existe personal suficiente y disponible para realizar el objeto contractual. En este documento se incluye el número de personas requeridas para desarrollar las funciones, las disciplinas que aplican para el cargo, las equivalencias con base en el Decreto 785 de 2005 Art. 25 y el tiempo de experiencia.

evita la improvisación en la contratación pública, especialmente en el contexto específico de los contratos de prestación de servicios.

Según la Agencia Nacional de Contratación Pública (2023) los estudios previos deben fundamentar las características del objeto del contrato, orientadas a satisfacer la necesidad de la entidad estatal que motiva la contratación. A partir de esto, se determinarán las disposiciones que se incluirán en el contrato, como los plazos, los pagos y otros aspectos clave del acuerdo. Aunque estas condiciones estén sujetas a la libertad de las partes para definir las, deben contar con una justificación que quede reflejada en los estudios y documentos previos (Concepto C-192 de 2023).

En virtud de lo anterior, la identificación de la necesidad de la entidad pública se integra en el plan de acción mediante un proceso de planeación fundamentado en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. Este artículo establece la definición y especificación de objetivos, estrategias, proyectos, metas, responsables, así como el plan de compras de la entidad y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión, junto con los indicadores de gestión correspondientes. De acuerdo con la normativa, esta información debe ser publicada junto al plan anual de adquisiciones, en un plazo no mayor al 31 de enero de cada año, tanto en la página web de la entidad como en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP).

El Plan Anual de Adquisiciones, conforme al artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, se define como un *“instrumento de planeación contractual que las Entidades Estatales deben diligenciar, publicar y actualizar”*. De igual manera, la Agencia Nacional de Contratación Pública (s.f.), lo describe como una herramienta de planificación contractual para la entidad estatal, ya que permite a las entidades identificar, registrar, programar y comunicar sus necesidades de bienes, obras y servicios, de acuerdo con el presupuesto asignado. En otras palabras, se planifican y registran las solicitudes de adquisición de obras, bienes y servicios conforme a los requerimientos establecidos por los responsables de cada una de las áreas de la entidad.

Este enfoque se encuentra alineado con lo estipulado en el artículo 9, literal e), de la Ley 1712 de 2014, que establece que la entidad debe publicar información relativa a los contratos de prestación de servicios, incluyendo, “*el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas [...]*”. Esta transparencia en la gestión contractual contribuye a garantizar la adecuada administración de los recursos públicos y a prevenir la explotación encubierta en los procesos de contratación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, Hernández Alfonso y Margaret Smith (2015), sostienen que la selección del contratista es un mecanismo que permite la elección objetiva del mismo, teniendo en cuenta los principios de transparencia, igualdad y economía, los cuales deben ser observados por la entidad durante su actuación administrativa. En este contexto, la entidad tiene la facultad de elegir al colaborador que considere idóneo, basándose en un estudio de idoneidad, especialmente en los casos de contratación directa.¹⁵

Sin embargo, es imperativo que la entidad no incurra en la falta de previsión en el proceso contractual, ya que esto puede resultar en el incumplimiento de sus obligaciones o necesidades. Además, la inadecuada organización administrativa puede llevar a situaciones perjudiciales para el particular, obligándolo o induciéndolo a desempeñar funciones en beneficio de la entidad sin la suscripción de un contrato formal. Esta situación da lugar a la creación de un colaborador fantasma,

¹⁵ De acuerdo a la información suministrada por las personas entrevistadas, en algunos municipios de la región del Tequendama del Departamento de Cundinamarca, al principio del periodo de gobierno de la administración municipal debido a que los alcaldes tienen compromisos políticos con la comunidad, realizan campañas para que las personas que quieran trabajar con la entidad y cumplan con ciertos requisitos presenten su hoja de vida. Dentro de las estrategias se encuentra, publicar en la página web de la entidad municipal la necesidad de la entidad de celebrar contratos de prestación de servicios, y el perfil que requiere para suplirla. Otra estrategia es recibir a la comunidad cierto día a la semana para que presenten su hoja de vida y se entrevisten con la alcaldesa o el secretario de despacho. Según las personas entrevistadas, esto no funciona puesto que el alcalde o alcaldesa inicia su periodo de gobierno y aunque tenga compromisos llega con su equipo de trabajo. Sin embargo, pueda que alguna persona de las que entrega la hoja de vida si logre suscribir un contrato con la administración municipal, pero la publicación de un supuesto concurso es simplemente una forma de cumplir un requisito de publicidad y transparencia para generar percepción.

lo que constituye una forma de explotación encubierta, perjudicando así tanto al individuo como a la correcta gestión de los recursos públicos (Valderrama Mejia & Lopera Monsalve, 2024).

En relación con el procedimiento de selección del contratista, es fundamental reiterar que la entidad no está obligada a recibir más de una oferta. No obstante, esta circunstancia no la exime de la obligación de aplicar los principios rectores de la contratación estatal. La ausencia de pluralidad de ofertas implica que, al evaluar al proponente único, no se dispone de un sistema de puntajes que permita la ponderación y la elección de la propuesta más favorable. En este escenario, el aspirante a contratista es aquel que la entidad ha invitado a participar y es seleccionado de manera directa (Consejo de Estado, 2017).

Sin embargo, esta selección directa no puede ser un pretexto para desconocer los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como los principios inherentes a la función pública y los principios generales del derecho. Es imperativo que, incluso en situaciones de singularidad en la oferta, se garantice el cumplimiento de estos principios, a fin de salvaguardar la integridad del proceso contractual y la confianza pública en la gestión administrativa (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2022).

La segunda parte de la etapa precontractual se inicia una vez que se ha extendido la invitación al aspirante a contratista para participar en un proceso de contratación directa. En esta fase, el aspirante está obligado a presentar los documentos pertinentes, conforme a las disposiciones sobre la no obligatoriedad de aportar el Registro Único de Proponentes (RUP) (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2023).

Posteriormente, la entidad debe llevar a cabo un estudio de idoneidad, lo cual implica verificar que el perfil del aspirante cumpla con los requisitos establecidos para la ejecución del objeto contractual. Esta verificación se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, el cual establece que, en primer lugar, corresponde al jefe de la unidad de

personal, o a quien haga sus veces, verificar y certificar que el aspirante cumple con los requisitos y competencias establecidos para el desempeño del cargo conforme a la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones y competencias laborales. Esto incluye verificar que el candidato cuente con la experiencia y formación académica necesarias para ejecutar las funciones que se pretende contratar.

En segundo lugar, la norma exige que se verifiquen los antecedentes fiscales, disciplinarios y judiciales del aspirante, mediante documentos vigentes expedidos por los entes de control competentes. La unidad de personal debe dejar constancia de este proceso, garantizando que el candidato cumpla con los requisitos de idoneidad y transparencia requeridos para el ejercicio de las funciones contractuales (Decreto 1083 de 2015, Art. 2.2.5.1.5).

Es posible que durante el proceso se requiera que el aspirante realice correcciones o actualice ciertos documentos. No obstante, conforme al artículo 9 del Decreto 19 de 2012, las entidades públicas tienen prohibido solicitar documentos que ya obran en sus archivos, excepto cuando se trate de verificar inhabilidades o incompatibilidades, en cuyo caso estos deben encontrarse actualizados. Por tanto, lo anterior tiene como finalidad optimizar los procedimientos y garantizar la eficiencia en el proceso de contratación, eliminando redundancias administrativas innecesarias.

Una vez el aspirante cumple con la totalidad de los documentos requeridos, se procede a elaborar el documento que certifica su idoneidad para el cargo, lo cual permite avanzar con la creación del proceso contractual en el SECOP, como ya lo realizan las entidades del régimen general. Además, a partir del 18 de julio de 2022, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente estableció que todas las entidades sujetas a regímenes exceptuados deben publicar su actividad contractual exclusivamente en el SECOP II. Por tanto, cualquier otra

plataforma electrónica o página web que implementen para cargar su información no cumple con el deber de publicidad (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2024).

En este punto la persona encargada de crear el proceso puede dividir los documentos en tres grupos, una general donde se encuentra los estudios y documentos previos, otra con documentos privados o sensibles donde se encuentra los documentos de bienes y rentas, la hoja de vida de SIGEP¹⁶, certificación bancaria, certificado médico ocupacional y el documento de conflicto de intereses y una tercera carpeta donde se encuentran los documentos públicos, en esta se encuentra todos los demás documentos que no hacen parte de las dos carpetas anteriores, más el clausulado y el estudio de idoneidad. Luego de haber anexado los documentos se procede a la firma de las partes (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2023).

En definitiva, la etapa precontractual en los contratos de prestación de servicios con el Estado constituye una fase crítica en el proceso de contratación pública, cuyo cumplimiento riguroso garantiza la observancia de los principios rectores de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, exigidos por el ordenamiento jurídico (Expósito Vélez, 2022).

De esta manera, a través de una planeación adecuada, expresada en los estudios y documentos previos y en la evaluación minuciosa de la idoneidad del aspirante, esta fase asegura que las necesidades de las entidades del Estado sean atendidas sin transgredir derechos de los particulares, evitando lo que denomino la explotación encubierta por parte de la administración pública. La correcta implementación y el adecuado control de esta etapa, con apoyo en los principios de publicidad y acceso a la información a través del SECOP II, fortalecen la eficacia y

¹⁶ El SIGEP es el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público al servicio de la administración pública y de los ciudadanos. Contiene información de carácter institucional tanto nacional como territorial, relacionada con: tipo de entidad, sector al que pertenece, conformación, planta de personal, empleos que posee, manual de funciones, salarios, prestaciones, etc.; información con la cual se identifican las instituciones del Estado colombiano (Departamento Administrativo de la Función Pública, s.f.)

legitimidad del proceso contractual, cimentando una administración pública más transparente y eficiente.

1.2.2. Etapa contractual

A continuación, se procede a describir la etapa de ejecución del contrato de prestación de servicios, que inicia tras la formalización del acuerdo entre las partes. En esta fase, es imperativo que, si se exigieron garantías, el contratista las aporte debidamente y la entidad las apruebe. Asimismo, una vez firmado el contrato, se debe gestionar ante el área competente el Certificado de Registro Presupuestal (CRP), así como la Afiliación a Riesgos Laborales (ARL) y el Acta de Inicio, con el objetivo de poner en marcha la ejecución del contrato (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2023).

Estos documentos son esenciales para garantizar el cumplimiento de los requisitos legales y administrativos previos al inicio de las actividades contractuales. De esta manera, se asegura no solo que se cuenta con el recurso debidamente apartado, sino también que el contratista está adecuadamente asegurado. Esto permite el inicio oficial del cumplimiento de las obligaciones pactadas, garantizando así que el desarrollo del objeto contractual se lleve a cabo conforme a lo estipulado y en beneficio de los intereses públicos.

Es importante resaltar que el artículo 2.2.4.2.2.5 del Decreto 1072 de 2015 señala que el contratante debe afiliar al Sistema General de Riesgos Laborales a los contratistas de prestación de servicios y el incumplimiento de esta obligación hará responsable al contratante de las prestaciones económicas y asistenciales a que haya lugar. En concordancia, el artículo 2.2.4.2.2.6 del decreto señalado dispone que la cobertura del Sistema General de Riesgos Laborales comienza al día siguiente de la afiliación, la cual debe realizarse al menos un día antes del inicio de las labores contratadas. La finalización de la cobertura de cada contrato coincide con la fecha de su conclusión.

Bajo estas consideraciones, cuando una entidad celebre un contrato de prestación de servicios superior a un mes tiene por obligación la afiliación del contratista al Sistema General de Riesgos Laborales previo al inicio de la ejecución del contrato, con la finalidad que exista cobertura y se pueda acudir a dicho sistema en caso de que se concreten los riesgos durante la ejecución del contrato (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2023).

A continuación, se procederá a detallar las obligaciones del contratista, las cuales pueden clasificarse en obligaciones generales y específicas, así como a enunciar las obligaciones que le corresponden a la entidad pública. Posteriormente, se explicará de manera breve las modificaciones que se pueden realizar al contrato y, por último, se tratará el tema de la supervisión del contrato.

1.2.2.1. Obligaciones de la entidad pública

La Ley 80 de 1993, en su artículo 4, establece de manera precisa los derechos y deberes de las entidades públicas en el marco de la contratación estatal, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la misma ley. Esta articulación normativa tiene como objetivo garantizar que los servicios contratados se presten de manera eficiente, transparente y en cumplimiento de los principios legales que rigen la administración pública. Por tanto, los derechos y deberes estipulados son fundamentales para asegurar la integridad del proceso contractual y el logro de los fines estatales relacionados con la contratación.

Por lo anterior, de acuerdo a lo estipulado en la ley 80 de 1993, se tiene que una de las principales obligaciones es el deber de existir un cumplimiento normativo, que significa que los funcionarios deben respetar y hacer cumplir la constitución, la ley y los reglamentos. También, incluye el hecho de que las actuaciones de los funcionarios deben estar enmarcadas por la eficiencia y la diligencia. También la administración pública debe actuar con transparencia, de tal modo que se le informe a la ciudadanía de forma oportuna sobre la ejecución del contrato a través de los

medios adecuados. Y desde luego, también hace referencia a las responsabilidades en las que incurre los funcionarios públicos por sus acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones (Arroyave Flórez, 2017).

De forma general he explicado las obligaciones de la administración pública, lo cual tiene una razón de ser, también estipulado o establecido por la ley 80 de 1993, como ya se mencionó anteriormente. La razón de su estipulación está dada por la protección del interés general o bienestar general. También porque se debe garantizar que los funcionarios públicos actúen de forma justa y equitativa, de igual forma, porque se debe prevenir la corrupción por medio de normas claras por ejemplo en la transparencia de las acciones. Por último, porque al cumplir cabalmente con estos derechos y deberes se mejora la calidad del servicio (Arroyave Flórez, 2017).

1.2.2.2. Obligaciones de los contratistas

Así pues, el contratista, al igual que la administración pública, asume obligaciones tanto generales como específicas que garantizan el cumplimiento del contrato y la debida ejecución del objeto contractual. Entre las obligaciones generales, identifiqué tres aspectos fundamentales:

- Cumplimiento del objeto contractual: esta obligación tiene clara relación con el cumplimiento de las obligaciones específicas, puesto que incluye la correcta ejecución de las actividades acordadas en el contrato.
- Presentación de informes: una vez se suscriba el contrato y se dé oficialmente inicio a la ejecución, el contratista tiene la obligación de presentar los informes que permitan verificar el cumplimiento del objeto contractual y de las obligaciones específicas por parte del supervisor del contrato.

- Cumplimiento de obligaciones de seguridad social: el contratista debe dar cumplimiento a las disposiciones normativas en materia de seguridad social, asegurando así que no se vulneren derechos laborales y que se actúe conforme a la legalidad (Soto Iguarán & Zarante Bahamón, 2003).

En cuanto a las obligaciones específicas, estas determinan las responsabilidades concretas del contratista respecto del objeto contractual. Estas obligaciones responden a la necesidad de la entidad pública de atender con eficacia el cumplimiento de plazos y evitar el uso inadecuado de recursos públicos, de acuerdo con el análisis realizado en los estudios previos al contrato (Soto Iguarán & Zarante Bahamón, 2003).

Es fundamental que la entidad pública, una vez suscrito el contrato, observe el principio de buena fe contractual y respete las obligaciones pactadas, sin exigir funciones adicionales no previstas en el contrato. Las responsabilidades del contratista deben ceñirse exclusivamente a las estipulaciones contractuales acordadas (Comfamiliar Huila, 2024).

Por último, en algunos contratos, se suele pactar una obligación adicional que exige al contratista atender órdenes impartidas por el supervisor del contrato, siempre que estas guarden una relación directa con el objeto contractual. Este aspecto resulta crucial para evitar desviaciones o abusos en el ejercicio de las facultades administrativas, asegurando que cualquier orden adicional respete el propósito inicial del contrato y se mantenga dentro del ámbito de las actividades autorizadas (Comfamiliar Huila, 2024).

1.2.2.3. Modificaciones

No es camisa de fuerza que haya modificaciones al contrato, por lo que, en los casos en que surjan obligaciones adicionales o sea necesaria alguna modificación, se requerirá un acuerdo formal, por escrito y publicado en el SECOP para garantizar la transparencia y la publicidad de las

modificaciones acordadas. Estas modificaciones pueden incluir la suspensión y reactivación, prórroga, adición, aclaraciones y correcciones, cesión o terminación del contrato, ya sea por mutuo acuerdo o de manera unilateral por la administración, así como la declaración de caducidad y el cierre del contrato; que hace referencia al cierre total del expediente contractual lo cual bloquea toda actuación de cargue de información o actualización que se pretenda realizar al contrato en la plataforma SECOP. Dichas actuaciones, además de promover la seguridad jurídica, permiten a la entidad pública conservar el equilibrio contractual y proteger tanto los intereses públicos como los derechos del contratista (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

Es importante subrayar que, dentro del marco de las modificaciones contractuales, no es procedente alterar el objeto contractual, ya que hacerlo implicaría la ejecución de un nuevo contrato, resultando en una novación. En cuanto a las adiciones, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 permite que estas no superen el 50% del valor inicial del contrato. Ahora bien, si el plazo de ejecución ha expirado, el contrato no puede ser modificado, y las prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas están expresamente prohibidas.

La Corte Constitucional (2012) ha señalado que las modificaciones contractuales, de acuerdo con los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, pueden efectuarse mediante mutuo acuerdo o, excepcionalmente, de forma unilateral (Sentencia C-416 de 2012). Sin embargo, de acuerdo con el concepto 2263 del 17 de marzo de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la regla general es la no modificación del contrato, y cualquier alteración debe estar justificada en la necesidad de cumplir con los fines del Estado, respetando la seguridad jurídica y observando el principio de planeación. Estas limitaciones buscan asegurar la estabilidad del contrato, protegiendo los derechos de ambas partes y promoviendo la transparencia en la administración pública.

1.2.2.4. Supervisión del contrato

Una vez suscrito el contrato de prestación de servicios, es imperativa la asignación de un supervisor, quien asumirá la función de monitorear el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Este supervisor es responsable de la revisión mensual de las cuentas de cobro y de verificar que se cumplan los requisitos de pago de la Seguridad Social Integral, entre otras obligaciones (Colombia Compra Eficiente, 2016).

A saber, la Ley 1474 de 2011, en su artículo 83, define la supervisión y establece su propósito, orientado a velar por que la ejecución contractual se lleve a cabo conforme a los términos pactados. En este sentido, la supervisión tiene como objetivo garantizar la adecuada utilización del presupuesto asignado para el contrato, asegurando una ejecución transparente, ajustada a las especificaciones contractuales, y sin incurrir en incumplimientos que comprometan los recursos públicos.

La supervisión del contrato de prestación de servicios debe abarcar un seguimiento integral que incluya los aspectos técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico en relación con el cumplimiento del objeto contractual. En caso de que la naturaleza especializada del contrato o la falta de personal calificado en la entidad lo requieran, la supervisión puede ser delegada a un tercero (Colombia Compra Eficiente, 2016). Así mismo, es obligación de la supervisión del contrato verificar el pago de seguridad social por parte del contratista para la ejecución del contrato y para poder realizar los pagos periódicos. Esto se fundamenta en el artículo 23 de la ley 1150 de 2007, que modifica el inciso segundo del artículo 41 de la ley 80 de 1993.

1.2.3. Etapa postcontractual

En lo que respecta a la etapa postcontractual, es importante destacar que, según las características del contrato, no es obligatorio realizar una liquidación en los contratos de prestación

de servicios. Por lo tanto, si esta no se encuentra estipulada en el contrato, no puede ser utilizada como mecanismo para obstaculizar el pago de honorarios al contratista, ni para exigir el cumplimiento de obligaciones o para forzar la realización de actividades que no estén contempladas en el mismo (Colombia Compra Eficiente, 2018).

Así, esta etapa se puede entender como un cruce de cuentas que permite hacer un balance tanto del cumplimiento de las obligaciones contractuales como de los aspectos económicos y jurídicos de la ejecución del contrato. En consecuencia, si no se pacta una liquidación en el contrato, el pago de la última cuenta de cobro se considera como el 'paz y salvo' de la ejecución contractual, sirviendo como prueba de que el contrato se ejecutó de manera adecuada y conforme a lo estipulado (Ámbito Jurídico, 2021).

Para otorgar el documento de paz y salvo del contrato y permitir el pago de honorarios, la entidad debe verificar que se ha cumplido con el pago de la seguridad social. En este sentido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, la entidad está facultada para verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones parafiscales del contratista a lo largo de toda la vigencia del contrato. Esta verificación garantiza que el contratista ha cumplido con sus obligaciones, lo que a su vez permite que el particular pueda suscribir un nuevo contrato con la misma entidad pública, siempre que se cumplan los requisitos previamente establecidos.

Segundo capítulo. Rasgando el velo: la cara oculta de los contratos de prestación de servicios

En este capítulo se analizan las características y particularidades del fenómeno objeto de este trabajo de investigación, es decir, la explotación encubierta del colaborador fantasma. Así, se aborda una práctica no regulada expresamente en el ordenamiento jurídico, pero que permea el ámbito de la administración pública, en especial durante la fase precontractual de estos contratos.

Lo anterior, entendiendo que la explotación encubierta se trata de una práctica impulsada por algunos funcionarios públicos que, con el tiempo, ha llegado a normalizarse, generando un proceso de contratación paralelo y divergente respecto del marco normativo. Esta práctica refleja un funcionamiento fuera del alcance de la regulación formal, pero que produce efectos significativos sobre la transparencia y legalidad del proceso de contratación en la administración pública.

Por lo anterior, se procede a presentar el concepto y la definición de esta práctica, permitiendo así una comprensión inicial que facilite la identificación de sus características, las cuales se expondrán a continuación. Además, es conveniente resaltar que en esta sección se profundizará en los sujetos involucrados, el periodo en que se lleva a cabo la práctica, y la presión ejercida sobre el colaborador fantasma, quien se ve compelido a realizar actividades a favor de la administración pública sin contar con un contrato formal que obligue a las partes. De igual forma, se analizará la invisibilidad de esta práctica y los patrones recurrentes de funcionamiento que he podido identificar en el trabajo de investigación.

Finalizada esta exposición, se examinarán las experiencias silenciadas, resultado de entrevistas con personas que, por diversas razones optan por no denunciar estos hechos, preservando así su vínculo contractual y perpetuando la situación de explotación encubierta en el ámbito de la administración pública.

2.1. Anotaciones conceptuales y descriptivas de la explotación encubierta

El trabajo sin contrato formal hace referencia a la situación en la cual ciertos individuos desempeñan funciones en favor del Estado sin contar con un contrato de prestación de servicios debidamente suscrito y por ende sin remuneración alguna. Esta modalidad, que podría enmarcarse dentro de lo que puede ser denominado como *explotación encubierta*, abarca tanto relaciones laborales como actividades generales en beneficio de la administración pública, en ausencia de la formalización contractual exigida para asegurar la claridad y protección jurídica de las partes involucradas (Bernal Moreno, 2021).

En este orden de ideas, se tiene que el trabajo sin contrato formal implica que los denominados *colaboradores fantasma* pueden desempeñar tareas específicas o generales bajo condiciones de subordinación y dependencia, o dar continuidad a funciones previamente desarrolladas durante la vigencia de un contrato ya finalizado, sin contar con un acuerdo legal que regule dicha relación contractual (Bernal Moreno, 2021). No obstante, la ausencia de un contrato escrito no limita el eventual reconocimiento de derechos inherentes a las funciones subsidiarias realizadas en beneficio de la administración pública, como lo son los derechos laborales derivados de un contrato realidad, del ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa, o reparación directa (Alzare Ortiz, 2020).

En consecuencia, las actividades desarrolladas pueden presentar características de subordinación, dado que el *colaborador fantasma* se encuentra sujeto a las directrices emitidas por el supervisor¹⁷, según indican las personas entrevistadas. Esta relación se evidencia cuando, en ausencia de un contrato formal, el supervisor emite instrucciones para la ejecución de funciones

¹⁷ Dentro de la práctica de la explotación encubierta, el supervisor figura como aquella persona, aunque no necesariamente figura formalmente como parte del contrato, tiene la autoridad para dar instrucciones y dirigir las actividades del colaborador fantasma, asegurándose de que este cumpla con tareas específicas sin la formalización contractual correspondiente.

distintas a las del contrato anterior o para la continuación de aquellas ya establecidas, sin que quede constancia documental de la relación contractual mediante una firma que identifique al trabajador en cuestión.

Respecto a los riesgos asociados con la ausencia de una vinculación formal, cualquier actividad que el colaborador fantasma realice en favor del Estado podría, en caso de accidente, generar una responsabilidad subsidiaria para la entidad pública, más que para el propio colaborador. Así, el desempeño de funciones sin un contrato formal representa una realidad compleja que afecta tanto a los trabajadores como a las entidades contratantes (Bernal Moreno, 2021).

En este contexto, una vez comienza la etapa de lo que podría considerarse como explotación encubierta, el colaborador fantasma, bajo la expectativa de formalizar su vinculación, procede a realizar el pago de su seguridad social, requisito indispensable para la suscripción de un eventual contrato. No obstante, aunque este requisito se exige para la formalización contractual, las actividades realizadas durante este periodo de vinculación informal pueden implicar riesgos, no solo para el colaborador, sino especialmente para la administración pública, ya que cualquier accidente o perjuicio que pudiera sufrir generaría una eventual responsabilidad para el Estado (García Cardozo & Alcalá Villanueva, 2017).

De igual forma, las actividades realizadas sin retribución económica suelen llevarse a cabo de manera indefinida, ya que, una vez iniciadas, el *colaborador fantasma* carece de certeza sobre el momento en que finalizarán o cuando se formalizará su vinculación mediante la suscripción del contrato. Así, el colaborador conoce el inicio de sus labores sin compensación, pero no el término de las mismas. Según lo expresado por algunos entrevistados, existe una falta de claridad por parte de la administración pública y de la persona responsable del área en cuanto al avance del proceso contractual, aunque sí se imparte claridad respecto a las actividades que deben ejecutarse.

2.2. Características

Esta práctica muestra las falencias que existen en el funcionamiento constante de la administración pública. Teniendo presente que, de acuerdo a las entrevistas realizadas, es una práctica que se encuentra presente en diferentes entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital y municipal, afectando tanto a la administración pública como al colaborador fantasma.

En suma, dicho fenómeno ocasiona daños en la transparencia y moralidad de la administración pública y genera desconfianza en los procesos de contratación de las diferentes entidades, especialmente cuando los mismos funcionarios son quienes permiten que esta práctica irregular se perpetúe, ya sea por breves o prolongados periodos de tiempo. En lugar de contribuir a la mejora en la planificación de procesos y procedimientos dentro de la entidad pública, esta práctica obstaculiza la identificación de problemas y necesidades, impidiendo así la corrección y eliminación de la explotación encubierta (Benavides, 2010).

Como resultado, se genera un perjuicio significativo para el particular, quien se convierte en un colaborador fantasma y que, como tal, no goza de garantías laborales. En este contexto, dicho colaborador observa cómo su tiempo y esfuerzo son utilizados de manera gratuita y subsidiaria en favor del Estado, dando lugar a un enriquecimiento injusto por parte de la administración pública y, simultáneamente, a un detrimento patrimonial para el colaborador (Revista Semana, 2023).

Esta práctica se ha vuelto tan común y rutinaria que los funcionarios públicos que la implementan parecen no percibir ningún inconveniente en ella. Un ejemplo de ello se evidenció en una entrevista con un gerente de una entidad y un secretario de despacho, ambos de un municipio del departamento de Cundinamarca, quienes relataron cómo, debido a una falta de planeación de las necesidades contractuales y del funcionamiento continuo de la entidad, permitían que esta práctica irregular se mantuviera.

Según indicaron, ante la finalización de varios contratos de prestación de servicios, los cuales involucraban a personas encargadas de funciones esenciales para la entidad, y ante la imposibilidad de detener la prestación de servicios a la comunidad, solicitaron a dichos particulares que continuaran ejecutando ciertas actividades en favor de la entidad mientras se suscribían nuevos contratos de la manera más expedita posible.

Aunque es posible de acuerdo a los relatos que los funcionarios experimentaran algún sentimiento de culpa por permitir la materialización de esta práctica, las deficiencias en el funcionamiento de la entidad hacían que ésta persistiera. Al preguntarles si esta situación era común, ambos respondieron afirmativamente, confirmando que tal práctica se ha normalizado en la administración pública, reflejando un sistema que opera al margen de la regulación contractual pero aun sabiendo que no es correcto y que se debe evitar.

En este sentido, se puede considerar que en la explotación encubierta existe un incumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas, ya que este principio aplica en situaciones en las que una persona, a pesar de contar con un contrato de prestación de servicios, realiza funciones de carácter permanente (Bernal Moreno, 2021).

Según lo señalado por uno de los entrevistados, que ha trabajado por más de 11 años en una entidad departamental, prestando sus servicios como abogado, expresa que las funciones desempeñadas, tanto en el marco de contratos sucesivos como durante los periodos sin vinculación contractual, han permanecido inalteradas. En consecuencia, de acuerdo con una persona que ha trabajado para la Escuela Superior de Administración pública pero que por seguridad no revela su nombre, manifiesta que la mayoría de las entidades de la administración pública no estaría cumpliendo con lo dispuesto en el Decreto 1800 de 2019, cuyo artículo 2.2.1.4.1 establece que deben implementarse acciones para actualizar las plantas de personal, y que dicha actualización debe realizarse, al menos, cada dos años.

En este contexto, el aspirante a contratista se encuentra en una situación de *colaborador fantasma*, en medio de una explotación encubierta, caracterizada por el hecho de que esta persona no ostenta la condición de funcionario público ni de contratista bajo la modalidad de prestación de servicios, en pocas palabras no existe oficialmente para la administración pública y para los entes de control. Sin embargo, desempeña funciones a favor de la administración pública de manera subsidiaria, sin recibir compensación económica y, en algunos casos extremos, sin que se le reconozcan derechos laborales.

Es importante resaltar que en la explotación encubierta se identifican patrones de repetición y de una estructura predecible debido a la consistencia con la que se manifiestan ciertos elementos comunes en su práctica y al modo en que estos elementos se organizan en la administración pública. Estos patrones se establecen a través de las siguientes características:

- **Repetición sistemática:** de acuerdo con los datos de las entrevistas realizadas, se aprecia que la explotación encubierta se observa en múltiples casos donde personas realizan actividades laborales sin contrato formal y sin remuneración mientras esperan la formalización de un contrato de prestación de servicios. Esta situación se repite de manera frecuente y sistemática en varias entidades públicas, lo que refuerza su carácter de patrón.
- **Estructura predecible:** en las entrevistas realizadas, se pudo evidenciar que la explotación encubierta sigue un esquema estructurado y reconocible, en el cual los colaboradores inician actividades para la entidad sin tener seguridad jurídica o económica y, a menudo, deben cubrir los costos de seguridad social por cuenta propia. Esta estructura predeterminada incluye la dependencia económica, la promesa de contrato futuro y la falta de remuneración mientras no existe formalización contractual, lo cual genera una dinámica cíclica o repetitiva.

Por consiguiente, es preciso señalar que la explotación encubierta se desarrolla y reproduce bajo condiciones de invisibilización y normalización institucional, representa una dinámica que afecta tanto a los derechos individuales de los colaboradores involucrados como a la transparencia y estabilidad de la administración pública. La identificación de estos elementos recurrentes permite comprender la explotación encubierta como un patrón estructurado y complejo, cuyo impacto va más allá de las relaciones de trabajo informales, al influir en la legitimidad y credibilidad de las prácticas administrativas (Anaya Borrero, Andrade Betancourt, Herazo Molina, & Sánchez Hernández, 2014).

De otro lado, es conveniente mencionar que la explotación encubierta, aunque no está reconocido por la normativa jurídica como una práctica legalmente aceptable, se manifiesta de manera recurrente en el funcionamiento de la administración pública. La falta de reconocimiento formal implica que estas actividades se consideren como un trabajo subsidiado, ya que se llevan a cabo sin una vinculación contractual que lo respalde. En el ámbito jurídico, este periodo puede ser interpretado como inexistente, pero en la práctica, se convierte en un componente esencial para el funcionamiento diario de las entidades públicas.

Esta situación revela una disonancia entre la normativa y la realidad operativa de las instituciones, donde la explotación encubierta, aunque se realice al margen de la ley, se ha vuelto una práctica común y necesaria para asegurar la continuidad de los servicios públicos. De esta forma, se perpetúa un ciclo de vulnerabilidad para los colaboradores fantasmas, quienes, en su afán por contribuir y asegurar su eventual contratación, terminan asumiendo responsabilidades sin la garantía de un marco legal que proteja sus derechos.

En la misma línea de ideas, otros elementos o criterios que constituyen patrones habilitantes o situaciones que predisponen la generalización de la explotación encubierta en la administración pública son los siguientes:

- **Falta de formalización contractual:** frente a este criterio, se reconoce que el colaborador fantasma realiza actividades sin un contrato formal que respalde su relación con la administración pública. Esta falta de formalización coloca al individuo en una situación de incertidumbre jurídica, en la cual carece de derechos contractuales reconocidos y de la seguridad de una remuneración.

De acuerdo con los testimonios recopilados, existe una coincidencia en que la realización de actividades, sin la formalización de un contrato, es una práctica común en ciertas administraciones públicas que en muchas ocasiones se realizan al finalizar la vigencia fiscal y al principio de la misma. Un caso citado por un exsecretario de hacienda de un municipio en la región del Tequendama, Cundinamarca, ilustra cómo los contratos de prestación de servicios, al estar sujetos a la vigencia fiscal, deben concluir antes del 31 de diciembre de cada año, por lo que antes de esta fecha y al principio del año la entidad debe continuar su funcionamiento y acude a la explotación encubierta.

Posteriormente, en los meses de enero y febrero, se realiza la apropiación presupuestal, lo cual impide que se suscriban nuevos contratos hasta que se haya organizado el presupuesto anual. Esta práctica responde al principio de anualidad fiscal, aunque existen excepciones, como las vigencias futuras, que permitirían la continuidad contractual entre periodos, lo cual por lo general no se hace.

- **Periodo de espera y obligaciones informales:** durante el tiempo en que el colaborador fantasma está a la espera de la suscripción del contrato, la administración pública, a través de sus funcionarios, solicita o permite que el individuo participe en tareas específicas que podrían ser fundamentales para el funcionamiento del área. Esta colaboración subsidiaria

se realiza sin la certeza de la suscripción del contrato y sin remuneración, generando una situación en la que el colaborador es funcional para la entidad, pero sin reconocimiento.

Un exsecretario de despacho de un municipio del departamento de Cundinamarca destaca en su relato una perspectiva operativa, señalando que, aunque el presupuesto debe organizarse anualmente, las funciones administrativas no pueden suspenderse. Según el exfuncionario, las necesidades de la comunidad, como el acceso a espacios deportivos y culturales, exigen que ciertas tareas se realicen incluso en ausencia de contratos vigentes.

En estos casos, el secretario o director suele anticiparse, solicitando a los futuros contratistas que comiencen a cumplir sus labores en espera de la formalización contractual. Aunque en ocasiones se emplean recursos personales para compensar estos trabajos, es común que, al tener la certeza de una próxima contratación, se acuerde realizar las actividades de manera informal mientras se finalizan los trámites administrativos.

- **Presión económica y dependencia:** en muchos casos, el colaborador se ve obligado a endeudarse para cumplir con las exigencias de la administración, como el pago de su seguridad social, requisito fundamental para la eventual suscripción del contrato. Esta dependencia económica y la necesidad de cumplir con las expectativas de los funcionarios promueven una relación de subordinación implícita.

Los entrevistados coincidieron en que, al iniciar actividades a favor de la administración pública, usualmente a mediados de enero y con la expectativa de formalizar el contrato durante ese mismo mes, el pago de la seguridad social realizado por el colaborador no se considera perdido si el contrato finalmente se suscribe en enero. Sin embargo, si el proceso de suscripción se extiende hasta febrero, el aspirante debe realizar un nuevo pago de seguridad social con recursos propios, lo cual agrava su situación.

En ambos escenarios, los entrevistados consideran que estas actividades no reconocidas formalmente configuran una situación de explotación encubierta, ya que el aspirante a contratista asume no solo las actividades sin contrato formal, sino también los costos asociados al sistema de seguridad social.

Lo que resulta más crítico, según los entrevistados, es la falta de sensibilidad de los responsables de contratación en la administración pública, quienes, al extender el proceso de contratación, agravan la carga económica sobre el aspirante al obligarlo a realizar un nuevo pago de seguridad social.

- **Invisibilización de la práctica:** en múltiples casos, la administración pública omite el reconocimiento de la relación jurídica subyacente derivada de las actividades realizadas por el colaborador sin contrato formal, amparándose en la inexistencia de un acuerdo suscrito. Esto permite que las tareas efectuadas por el colaborador se consideren “no oficiales” y, en consecuencia, se les niegue el correspondiente reconocimiento y los derechos derivados de una relación contractual, perpetuando así una situación de explotación encubierta. Además, esta invisibilización se consolida mediante la ausencia de registros de las actividades realizadas, como si no existieran jurídicamente (Valderrama Mejia & Lopera Monsalve, 2024).

En una de las entrevistas realizadas, un caso particular en un municipio de Cundinamarca, en la Región del Tequendama, muestra cómo un colaborador logró evidenciar sus actividades mediante el envío de correos y la redacción de documentos. No obstante, en otros casos, los entrevistados expresan que los funcionarios de la administración aclaran de manera explícita que ningún documento puede ser emitido o firmado por el aspirante debido a la falta de un contrato suscrito, impidiendo así cualquier registro formal de sus actividades.

- **Normalización de la práctica:** finalmente, al ser una práctica recurrente y conocida dentro de la administración pública, se establece una especie de "norma tácita" en la cual se espera que los colaboradores trabajen sin pago durante el periodo de espera. Esta normalización contribuye a perpetuar la práctica, ya que el colaborador se encuentra en una posición de vulnerabilidad y acepta la situación con la esperanza de obtener un contrato en el futuro. Un testimonio relata que, al verse inicialmente involucrado en actividades no remuneradas para la administración pública, el colaborador asumió que se trataba de un procedimiento usual y que eventualmente recibiría una compensación económica por el tiempo dedicado. No obstante, al formalizarse su contratación, le informaron que dicho periodo de trabajo sin remuneración no tendría reconocimiento oficial, tratándose como si no hubiese existido. A partir de esta experiencia, el entrevistado comprendió que, aunque esta práctica no es oficialmente permitida, es habitual en la administración pública. Además, observó que otros aspirantes enfrentan situaciones similares con el fin de asegurar su vinculación contractual.

Ahora bien, de lo relatado se puede evidenciar que características y elementos que constituyen la explotación encubierta son los siguientes: i) sujetos involucrados, ii) etapa en la que se lleva a cabo, iii) mecanismos de presión que inducen a trabajar sin contrato, iv) realización de actividades sin vínculo contractual, v) invisibilidad de la práctica y vi) patrones de funcionamiento. Esta estructura permitirá el análisis coherente de cada aspecto, facilitando una comprensión integral de la problemática.

2.3. Sujetos

La explotación encubierta involucra a dos partes principales: por un lado, la administración pública y, por otro, los denominados colaboradores fantasma. A saber, la administración pública está conformada por entidades del orden municipal, departamental, distrital y nacional, cada una

de las cuales está representada por funcionarios públicos. Entre estos funcionarios se encuentran el representante legal de la entidad y otras personas que, en el ejercicio de sus funciones también representan oficialmente la administración pública y en diversos grados, ostentan un poder decisorio que puede influir en las prácticas de los colaboradores fantasma, tal es el caso de los directores, subdirectores, jefes de área, secretarios de despachos, coordinadores entre otros puntos de poder dentro de las instituciones públicas (Fabregas Rumbo, 2024).

Los funcionarios públicos, en el marco de sus competencias y conforme a las normas aplicables y al manual de funciones de cada entidad, buscan cumplir con los objetivos y metas establecidos en el plan de desarrollo institucional. Sin embargo, en ocasiones, estas metas generan una presión institucional que, de manera implícita, impulsa prácticas irregulares como la explotación encubierta, donde personas prestan servicios sin el respaldo de un contrato formal (Fabregas Rumbo, 2024).

Las entrevistas realizadas evidencian que, en entidades municipales del departamento de Cundinamarca, la relación entre el colaborador fantasma y los funcionarios públicos vinculados a prácticas de explotación encubierta se despliega en varios niveles. En primera instancia, el jefe de área o secretario de despacho emerge como un actor fundamental. Aunque no siempre es el encargado directo del proceso contractual, es quien generalmente identifica y plantea la necesidad de contratación. Tras esta solicitud para iniciar el proceso contractual, la oficina de contratación asume la responsabilidad de gestionar el procedimiento formal.

Este flujo de actividades pudiese explicar que el origen de la explotación encubierta puede estar en una deficiente planificación. Esto resulta en solicitudes a particulares para que realicen funciones o actividades subsidiadas, sin la formalización de un contrato, bajo la expectativa de que este se suscribirá en algún momento futuro.

En la práctica, es habitual que el jefe de cada dependencia, con el fin de garantizar la continuidad operativa de la entidad y cumplir con las metas definidas en el plan de acción, ante la insuficiencia de personal para atender las obligaciones institucionales, recurre a quienes ya venían desempeñando funciones administrativas para que apoyen en la ejecución del trabajo pendiente y eviten una interrupción en el funcionamiento y la prestación de servicios a la comunidad. Este funcionario, de manera intencional, promueve la explotación encubierta al solicitar o permitir que el particular realice dichas tareas sin que exista un contrato formal que respalde su labor, omitiendo, además, la negativa para que se realicen sin la debida formalización.

En segundo lugar, se encuentran los funcionarios de la secretaría general, oficina o dirección de contratación, que son los encargados de llevar a cabo el proceso contractual. Según lo manifestado por algunos entrevistados, estos funcionarios tienen una relación directa con el área de la secretaría que identifica la necesidad y donde se desempeñará el contratista. De hecho, en todos los niveles, los entrevistados observaron que inclusive en las mismas secretarías de despacho de las entidades públicas, no se ofrecen respuestas oportunas sobre el avance del proceso de contratación, lo que sin duda promueve la explotación encubierta.

Así, entre el primer y el segundo grupo de funcionarios existe una interrelación, ya que, cuando el colaborador fantasma indaga sobre el estado del proceso, una de las áreas suele remitirlo a la otra para obtener información y viceversa. Esta dinámica se ha convertido en una práctica recurrente en el interior de las entidades públicas, lo que contribuye a la falta de claridad en el proceso de contratación.

Por último, se identifica al ordenador del gasto¹⁸, quien es el funcionario encargado de autorizar la contratación de personal. Según lo indicado por algunos entrevistados, los particulares

¹⁸ Es importante aclarar que el término *ordenador del gasto* hace referencia a aquellas autoridades que tienen la capacidad para

deben esperar en fila, sentados, hasta que el funcionario disponga de tiempo o decida atenderlos para poder consultar sobre su posible contratación. Este mismo funcionario es a quien el colaborador fantasma recurre nuevamente para indagar sobre el estado del proceso contractual, especialmente en aquellos casos donde no ha habido avances ni respuestas claras por parte de los dos grupos de funcionarios previamente mencionados. Esta dependencia del ordenador del gasto refuerza la relación entre la falta de información y la perpetuación de la explotación encubierta

En este sentido, son precisamente estos funcionarios quienes propician la práctica de explotación encubierta y, con ello, la creación del *colaborador fantasma* en el desarrollo continuo y permanente de las funciones administrativas de las entidades públicas. De esta manera, se tiene que esta práctica surge de muchos factores multidisciplinarios, siendo uno de los principales la falta de planeación, transparencia y moralidad en el funcionamiento de la administración pública, lo que genera vacíos en los que la entidad debe seguir operando y por los cuales se recurre a excepciones a la normativa de contratación, implementadas por los mismos funcionarios, mientras se activan los procedimientos regulares para suplir la carencia de personal a través de esta misma normatividad.

Ahora bien, la otra parte involucrada en la explotación encubierta es el denominado *colaborador fantasma*, quien, como he manifestado, puede ser una persona natural o jurídica en espera de formalizar un contrato de prestación de servicios, es decir, un aspirante a contratista. En complemento a las características jurídicas de esta figura, el colaborador fantasma suele presentar particularidades que facilitan la materialización de la explotación encubierta (Valderrama Mejia & Lopera Monsalve, 2024).

gestionar la ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto implica, a partir del programa de gastos aprobado, el cual está condicionado por los recursos asignados en la ley de presupuesto, tomar decisiones sobre cuándo contratar, comprometer los recursos y autorizar el gasto, funciones que corresponden al ordenador del gasto (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

Entre estas se encuentran la falta de poder de negociación o influencia dentro y fuera de la entidad pública con la cual aspira a contratar, así como circunstancias personales de índole económica y social que lo colocan en una situación de vulnerabilidad. Esta combinación de factores incrementa su disposición a asumir el rol de colaborador fantasma con la expectativa de, eventualmente, formalizar un contrato (Valderrama Mejia & Lopera Monsalve, 2024).

2.4. Periodo en el que se lleva a cabo

La explotación encubierta puede materializarse en dos momentos distintos: primero, cuando el aspirante busca suscribir un contrato por primera vez con la entidad pública; y segundo, cuando ha concluido un contrato previo y se encuentra a la espera de firmar uno nuevo. Es en este último caso en el cual centro el presente análisis, ya que aquí evidencié que, mientras se adelanta el proceso de contratación, también se transgreden las normas que lo regulan, permitiendo que el colaborador realice actividades en beneficio de la administración pública sin que exista un documento formal que lo autorice. Esta práctica no genera nuevos derechos contractuales, pero sí representa un incumplimiento de las disposiciones legales vigentes (Torres Barrera, 2019).

Por lo tanto, la explotación encubierta consiste en la ejecución de actividades a favor de la administración pública de manera subsidiaria. Es menester aclarar que el término *subsidiaria* implica un auxilio o apoyo brindado por un particular a la administración pública sin recibir compensación alguna, es decir, de forma gratuita. El esfuerzo, las actividades y el tiempo invertido en estas labores no son reconocidos ni remunerados adecuadamente; en su lugar, se promete, de manera falaz, que un futuro contrato compensará dicho trabajo, aunque este no refleja realmente el esfuerzo ya realizado (González Rodríguez, 2022).

El periodo de explotación encubierta comienza desde el momento en que el contratista ha finalizado o liquidado formalmente su contrato con la entidad estatal y concluye con la suscripción

de un nuevo contrato. De acuerdo con las entrevistas realizadas, este lapso puede extenderse por días, semanas o incluso meses.

Durante este periodo, como relatan las personas entrevistadas, la explotación encubierta puede comenzar inmediatamente después de que el contratista finaliza su contrato de prestación de servicios y asume la posición de aspirante, adquiriendo así la calidad de "colaborador fantasma". En esta fase, el individuo, movido por un sentido de responsabilidad profesional y moral tanto con la entidad como con quienes le han brindado la oportunidad de trabajo, puede optar por continuar ejecutando tareas para la administración pública.

Esto ocurre con frecuencia bajo la creencia de que su aporte es necesario para mantener al día las funciones de la entidad. En algunos casos, la entidad contratante no confirma que la persona será contratada nuevamente, pero aun así el colaborador fantasma sigue realizando actividades que corresponderían al personal de planta. En otros casos, el funcionario encargado del gasto expresa su intención de celebrar un nuevo contrato cuando le solicita que entregue los documentos personales, lo que refuerza la disposición del colaborador para seguir ejecutando tareas sin un respaldo contractual formal.

Además, se ha podido evidenciar que la explotación encubierta puede manifestarse justo antes de la firma del contrato, cuando la entidad comunica al aspirante que será contratado. En este caso, el individuo se presenta en la entidad y comienza a realizar las funciones que se espera desempeñará una vez que el contrato se formalice. Como dije previamente este periodo es indeterminado, ya que no hay un momento exacto para la suscripción del contrato, lo que significa que el colaborador fantasma realiza tareas sin recibir ninguna compensación económica por su trabajo. Este comportamiento, aunque pueda parecer una práctica común, perpetúa la explotación encubierta, ya que la persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad, confiando en que la

formalización del contrato llegará en algún momento, a pesar de que ya está contribuyendo con sus esfuerzos a la administración pública sin ningún tipo de reconocimiento formal o remuneración.

2.5. Razones habilitantes de la explotación

En este apartado se analizará la presión existente tanto en la administración pública como en los colaboradores fantasma, la cual genera un entorno propicio para la materialización de la explotación encubierta en el marco de la contratación de prestación de servicios. Esta presión se manifiesta a través de mecanismos específicos y recurrentes que, lejos de erradicar la práctica, tienden a potenciarla, fortalecerla y, eventualmente, normalizarla dentro de la dinámica institucional.

De este modo, las diversas formas de presión ejercidas en ambas partes presentan características particulares que consolidan el fenómeno, facilitando que se perpetúe como una práctica aceptada y funcional en el sistema, entre estas se identifican las siguientes:

- La falta de planeación y organización institucional en la administración pública impacta la eficiencia en la asignación de recursos, generando prácticas de improvisación en el funcionamiento administrativo.
- La necesidad de reducir la carga prestacional, debido a la limitada cantidad de personal de carrera administrativa y de planta permanente o provisional, lo cual puede dificultar la continuidad en la ejecución de trámites, servicios y actividades administrativas.
- Errónea percepción de requerir personal adicional por prestación de servicios.
- La presión por cumplimiento de metas y proyecciones institucionales.
- La contratación improvisada de personal.

- Favores sexuales de carácter vertical entre el aspirante a contratista y el jefe o funcionario público con algún grado de poder.
- El deficiente cumplimiento de las funciones públicas (Castrillón Arango, 2022).

En suma, si bien podría pensarse que una de las causas de la figura del denominado colaborador fantasma obedece a la presión institucional por cumplir con metas y obligaciones operativas, los testimonios recogidos en esta investigación sugieren una realidad distinta. Diversos entrevistados afirman que, en muchos casos, los Contratos de Prestación de Servicios no responden a necesidades funcionales de la entidad, sino a compromisos políticos, actuando como cuotas asignadas por concejales u otros actores de poder local. Esta situación indica que la existencia del colaborador fantasma no puede atribuirse exclusivamente a una lógica administrativa, sino también a dinámicas clientelistas profundamente arraigadas (Castrillón Arango, 2022).

De las entrevistas realizadas se identificaron cuatro formas de presión que se relacionan entre sí y conducen a la explotación encubierta, estas son:

- **La presión de “*si no lo hace no lo contrato*”:** de acuerdo con las entrevistas, se identificó que algunos funcionarios encargados de la contratación pública ejercen presión sobre los colaboradores que esperan ser contratados formalmente, sugiriéndoles que deben “hacerse notar” para asegurar el contrato. Esto se acompaña de comentarios intimidantes como “detrás de ese cargo hay más personas”, con el fin de asegurar la disponibilidad y cooperación del colaborador en funciones no remuneradas.

A pesar de reconocer que esta práctica es inadecuada, algunos funcionarios la siguen promoviendo. Según los datos obtenidos en las entrevistas, esta forma de presión representa el 45% de las causas que llevan a la realización de trabajo no remunerado: de los 20

entrevistados, 9 mencionaron haber sido sometidos a este tipo de presión, formando parte de una situación de explotación encubierta en la administración pública.

- **El hecho de existir un compromiso con la administración pública:** esta forma de presión puede entenderse desde el punto de vista en que la administración pública le brinda la oportunidad de suscribir un contrato de prestación de servicios a un particular, permitiendo fortalecer su experiencia profesional, además de percibir unos honorarios mensuales o de acuerdo a la forma de pago establecida en el contrato. Por su parte, el aspirante a contratista, se siente en la obligación de corresponder con trabajo y cumplimiento de funciones fuera del contrato, convirtiéndose en colaborador fantasma.

Por tanto, el compromiso con la persona que le brindó la oportunidad y de paso con la administración pública porque esta se ve favorecida por las actividades realizadas sin contrato suscrito, las cuales pueden ser funciones que no se terminan con el contrato sino actividades que se debe dar continuidad y no hay personal de planta que las realice. Así pues, esta razón es muy relevante, ya que representa el 50% de las opiniones de los de los 20 entrevistados, ya que 10 mencionaron haber sido sometidos a este tipo de presión.

- **Por necesidad:** la necesidad de realizar trabajo gratuito en el contexto de los colaboradores fantasma puede observarse tanto desde la perspectiva del colaborador como desde la administración pública. Desde el punto de vista del colaborador, esto implica que la persona depende de los honorarios derivados del contrato de prestación de servicios para cubrir sus necesidades, ya que, según los entrevistados, esta suele ser su única fuente de ingresos. Lo cual corresponde con lo manifestado por un encuestado que menciono que al quedarse sin contrato tanto tiempo, cuando se suscribe el contrato todo lo que se espera ganar de honorarios ya se deben, porque no hay estabilidad ni continuidad con este tipo de contrato.

La urgencia de renovar el contrato se convierte, entonces, en una prioridad, ya que la continuidad de sus ingresos depende de asegurar que el contrato no se asigne a otro aspirante. En medio de esta presión económica, que puede incluir necesidades personales, familiares y sociales, el colaborador frecuentemente se ve obligado a realizar tareas fuera del contrato, a pesar de saber que no recibirán compensación o reconocimiento por estas.

Por parte de la administración pública, la necesidad se manifiesta en la obligación de asegurar la continuidad en la prestación de servicios a la comunidad, lo que a menudo recae en estos colaboradores mientras se gestionan las renovaciones o nuevas contrataciones, generando un espacio propicio para la explotación encubierta

- **La presión política:** los motivos políticos se presentan en dos momentos clave, el primero, en el periodo previo a los procesos electorales. De acuerdo con testimonios de entrevistados, incluidos contratistas, aspirantes a contratistas y personas con algún nivel de poder de decisión dentro de entidades públicas, los supervisores en ocasiones condicionan la firma de los contratos a la muestra de apoyo electoral a un candidato específico. Esta práctica refleja una vinculación entre el proceso de contratación y la expectativa de respaldo político.

El segundo momento ocurre al finalizar el contrato, cuando se recuerda al contratista que la suscripción inicial se debió a las gestiones o influencias de un político. Esta situación genera la necesidad de que el contratista acuda nuevamente a la oficina del político, ya sea un concejal, diputado, senador, representante a la cámara, o su intermediario, comúnmente conocido como “padrino político”. Esta visita no solo se interpreta como un recordatorio de fidelidad al partido y al político o candidato, sino también como una forma de asegurar la continuidad del contrato, lo que puede incluir desde la reafirmación de compromiso político hasta la solicitud de apoyo para una nueva contratación.

Estas formas de presión se pueden materializar de dos formas, directa e indirecta, en cuanto a la primera, la directa y explícita esta se puede encontrar con más claridad dentro de las formas de presión, la primera; “si no lo hace no lo contrato” y la cuarta; presión política. Algunos funcionarios solicitan a contratistas que continúen ejecutando sus funciones, o incluso nuevas tareas, una vez ha finalizado su contrato, bajo la premisa de evitar interrupciones en los servicios públicos y como requisito informal para "ganarse" un nuevo contrato.

Así pues, es explícita, directa y abusiva porque, un entrevistado detalló esta situación, indicando que, al concluir su contrato, el encargado de contratación le solicitó seguir con sus labores hasta que se formalizara uno nuevo. En otra experiencia, uno de los contratistas manifestó haber escuchado al alcalde municipal afirmar que los aspirantes debían “ganarse” el contrato, aludiendo a que hay más personas esperando la oportunidad de tener ese cargo. Esto revela una dinámica en la que la continuidad en la contratación está condicionada al cumplimiento de estas demandas no reguladas.

Otro entrevistado compartió dos experiencias relevantes en las que se desempeñó como abogado para una entidad distrital. En una de ellas, al finalizar su contrato, la directora de su oficina le informó (tanto a él como a otros aspirantes a contratistas) que, aunque el nuevo contrato ya estaba en trámite, existían demoras en la oficina de presupuesto que impedían su suscripción oportuna. A pesar de ello, continuó cumpliendo funciones mientras se resolvía la situación. Una vez se legalizó el contrato, se acordó incluir en la primera cuenta las actividades desarrolladas durante ese periodo previo, aunque sin que existieran compromisos formales respecto a ese tiempo. Este testimonio permite observar que, si bien el trabajo fue realizado sin un contrato vigente, no necesariamente se configuró una situación de explotación encubierta, ya que existió, al menos desde lo fáctico, una intención institucional de reconocer económicamente el esfuerzo prestado, lo

cual difiere de otros casos documentados en la investigación donde no se dio ningún tipo de compensación.

En su segunda experiencia, el entrevistado menciona que continuó realizando actividades a solicitud del supervisor, bajo la expectativa de una pronta renovación de contrato. Sin embargo, después de un periodo prolongado sin materializar la suscripción, el supervisor les informó que finalmente no serían contratados, a pesar de haber existido una solicitud explícita para la ejecución de dichas actividades. Estas experiencias ilustran situaciones en las que la expectativa de renovación y la solicitud de tareas fuera de contrato contribuyen a una dinámica de explotación encubierta.

Otros entrevistados señalaron que en ocasiones el ordenador del gasto o el secretario de despacho de una alcaldía municipal solicita al aspirante a contratista que acuda a su padrino político para asegurar la firma del contrato. En estos casos, se explica que, sin el respaldo del padrino, la suscripción no es posible. Esta situación coloca presión sobre el aspirante, que se ve en la necesidad de mostrarse en la entidad pública y realizar actividades como colaborar fantasma y de acudir al padrino político para obtener su “bendición” y lograr que este interceda ante el ordenador del gasto.

Si bien la tesis plantea que una de las principales causas de la figura del colaborador fantasma es la presión institucional por cumplir metas y resultados, el testimonio de un alcalde municipal entrevistado permite identificar una dimensión adicional del fenómeno. Según su relato, en algunas entidades municipales es común que a cada concejal se le asigne un número determinado de Contratos de Prestación de Servicios, lo que permite a estos influir en la designación de personas afines a sus intereses políticos. Esta práctica sugiere que, en ciertos contextos, la contratación no está necesariamente motivada por necesidades operativas de la entidad, sino por dinámicas clientelistas, lo cual complejiza el análisis de la llamada “explotación

encubierta” al mostrar que, además de la presión institucional, también inciden factores políticos en la configuración de estas prácticas.

Ahora bien, en cuanto a la forma de presión *indirecta e implícita esta* puede encontrar en la forma de presión de compromiso con la administración pública y por necesidad. Se produce cuando el contratista, una vez terminado su contrato, continúa apoyando las actividades de la administración pública, impulsado por un sentido de deber moral y profesional hacia quienes le brindaron la oportunidad de prestar sus servicios en el contrato anterior. En estas circunstancias, el aspirante a contratista se convierte en un colaborador fantasma para la administración pública, sin un contrato formal que respalde su trabajo.

De las personas entrevistadas, diez indicaron que el contrato que habían ejecutado era el primero que firmaban con una entidad pública. Seis de ellas pertenecían a estratos socioeconómicos 1, 2 o 3, lo que reflejaba su necesidad de trabajar y asegurar la firma de un nuevo contrato. Las otras cuatro personas, de estratos 4, 5 y 6, expresaron un profundo agradecimiento hacia el alcalde municipal, lo que las motivó a continuar realizando actividades para la administración, confiando en la eventual firma de un nuevo contrato. Este deber moral no implicó una instrucción explícita de algún funcionario público en contra de las regulaciones, pero contribuyó a perpetuar una situación de explotación encubierta, donde el trabajo realizado no contaba con el respaldo legal de un contrato.

Aunado a lo anterior, la falta de control en el proceso de suscripción de contratos de prestación de servicios es un factor recurrente, por ello, en las entrevistas realizadas, se mencionó que, durante el periodo en que esperan ser contratados, el encargado del área frecuentemente les informa sobre retrasos en el proceso, atribuyéndolos a problemas como falta de recursos, falta de aprobación por parte del ordenador del gasto o incluso, en algunos casos, por insinuaciones de intercambio de favores personales, incluido el sexual, a cambio de la suscripción del contrato.

En ocasiones, se ha detectado que la dilación en la contratación no responde a la falta de recursos o aprobaciones, sino a la intención de utilizar temporalmente estos recursos en otros proyectos de la entidad, como obras públicas. Esto lo manifiesta una persona que mencionó haber sido secretario de despacho en un municipio del departamento de Cundinamarca donde el ordenador del gasto dijo en un consejo de gobierno que los contratos se podían retrasar un poco y así tenían más dinero para terminar las obras.

Estas prácticas afectan de manera directa a quienes desempeñan funciones sin un contrato formalizado, ya que la administración pública debe mantener su funcionamiento continuo y la provisión de bienes y servicios a la comunidad para satisfacer el interés general. La interrupción en la contratación de servicios no solo perjudica el desempeño de las funciones de la entidad, sino que también impacta negativamente a los aspirantes a contratistas, quienes dependen de un ingreso regular. Esta falta de continuidad afecta su capacidad para satisfacer necesidades personales y familiares, especialmente cuando se trata de individuos en situación de vulnerabilidad económica (Castrillón Arango, 2022).

Además de enfrentar la necesidad de satisfacer sus propias necesidades, el aspirante que se convierte en colaborador fantasma se ve obligado a utilizar sus recursos personales para ejecutar funciones administrativas sin recibir ninguna retribución. Este uso de recursos propios impacta negativamente no solo en su situación personal, sino también en la de su familia y su entorno social. La presión para trabajar sin contrato se origina, entonces, en la necesidad de ambas partes de mantener la relación contractual: la administración requiere mantener la continuidad de sus funciones y el aspirante busca asegurar su vinculación con la administración pública (Romero Rodríguez, Sierra Torres, Anaya, & Rodelo García, 2023).

Por tanto, a pesar de requerir personal para cumplir las funciones y tareas diarias de la entidad, esta no implementa estrategias que le den como resultado agilizar la contratación lo que

produce quedarse sin personal que realice las funciones y por ende no se presta mejores servicios a la comunidad. Es decir, aun sabiendo que existe la necesidad y que el personal de planta no es suficiente, no hay una planeación estratégica que permita garantizar el funcionamiento ininterrumpido, por lo cual, se evidencia una administración pública que no se adapta rápidamente a la realidad social (Romero Rodríguez, Sierra Torres, Anaya, & Rodelo García, 2023).

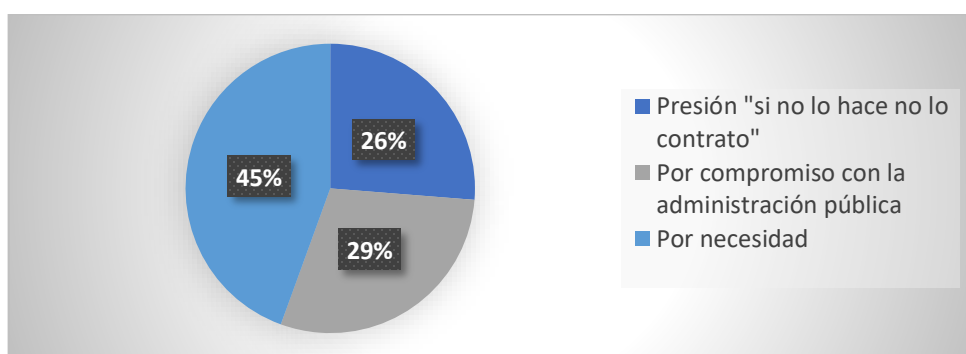
A continuación, se presenta el análisis de datos de cada razón y se comparan entre sí.

Tabla 3 Razones para iniciar labores sin contrato

Razones para iniciar labores sin contrato			
No.	Problema	Porcentaje de opiniones	Opiniones
1	Presión "si no lo hace no lo contrato"	26	9
2	Por compromiso con la administración pública	29	10
3	Por necesidad	44	15
TOTAL		100	34

Fuente: construcción Propia

Figura 1 Representación de razones para iniciar labores sin contrato



Fuente: construcción Propia

2.6. Invisibilidad de la práctica

La práctica de realizar labores sin remuneración mientras se espera la formalización de un contrato de prestación de servicios con la administración pública puede considerarse una modalidad de explotación encubierta, la cual es frecuentemente invisibilizada tanto en el ámbito jurídico como en el social. Esta invisibilización puede ser explicada por diversos factores interrelacionados, los cuales serán analizados a continuación.

En primer lugar, cuando una persona realiza labores sin un contrato debidamente suscrito, la relación contractual se torna inexistente, lo que dificulta la identificación de los derechos y obligaciones correspondientes. Esta falta de claridad favorece la explotación encubierta, toda vez que la ausencia de un marco normativo claro que regule el período entre la finalización de un contrato y la suscripción de uno nuevo, frente a la arbitrariedad de los funcionarios públicos, facilita que la administración pública no reconozca de manera adecuada el trabajo realizado, dejando a los *colaboradores fantasma* en una situación de vulnerabilidad (Castrillón Arango, 2022).

En segundo lugar, el término *colaborador fantasma* hace referencia a aquellos individuos que, a pesar de desempeñar labores para la administración pública, no son legibles para el derecho y carecen de respaldo legal. Esta forma de explotación encubierta se evidencia tanto en la falta de remuneración como en la ausencia de beneficios por las tareas ejecutadas, lo que perpetúa la precariedad y la dependencia económica de aquellos que permanecen en la espera de un contrato formal. La situación se ve exacerbada cuando se considera que las actividades desempeñadas son esenciales para el funcionamiento de la administración pública, sin embargo, no se reconoce dicha labor debido a la inexistencia de un documento que formalice la relación contractual (Martínez Sánchez & Rivera González, 2023).

Desde el punto de vista jurídico, la falta de reconocimiento legal de esta práctica o al no ser legible por el derecho genera la falta de remuneración, en la que no existe un contrato formal,

implica que los *colaboradores fantasmas* no accedan a los derechos y beneficios derivados de una relación laboral o contractual. Esta situación contribuye a la invisibilización de su labor, tanto en el ámbito jurídico como en el social (Martínez Sánchez & Rivera González, 2023). Como consecuencia, se favorece la normalización de la explotación encubierta, en la cual las actividades no remuneradas se establecen como una práctica habitual y, en ocasiones, aceptada.

En este sentido, las estructuras de poder dentro de la administración pública desempeñan un papel fundamental en la invisibilización de estas prácticas. La cultura organizacional existente puede generar un desincentivo hacia la formalización de los contratos y la adecuada remuneración, lo que contribuye a la perpetuación de un sistema que favorece la informalidad y la explotación de aquellos que se encuentran a la espera de un contrato formal (González Rodríguez, 2022). Este fenómeno se refleja en las manifestaciones de algunos de los entrevistados, quienes describen el sistema de contratación actual como *perverso*, ya que consideran que contribuye directamente a la invisibilización de la explotación encubierta.

En cuanto a las consecuencias sociales, la invisibilización de esta práctica afecta no solo a los colaboradores fantasma, sino que también tiene repercusiones amplias en la sociedad. Esto se evidencia en los testimonios obtenidos durante las entrevistas. Por ejemplo, uno de los casos corresponde a un hombre de aproximadamente 38 años, residente de un municipio de la región del Tequendama, en el departamento de Cundinamarca. Esta persona, que es bachiller, de escasos recursos económicos, tiene dos hijos y vive con su madre, que es vendedora ambulante, depende en gran medida de su trabajo para la manutención del hogar. Se le informó que, tras haber participado en la campaña electoral que resultó en la victoria de su candidato a la alcaldía, se le otorgaría un contrato de prestación de servicios. Transcurrieron cerca de 35 días desde la notificación de su contratación hasta la formalización del contrato, periodo en el cual debió cubrir los costos de su seguridad social.

Al iniciar el mes siguiente, se vio nuevamente obligado a cubrir dicho pago. En este contexto, manifestó que no contaba con los recursos para asumir el pago de la seguridad social ni para acudir a la alcaldía de manera recurrente a indagar sobre el estado del proceso contractual. Sin embargo, sabía que debía hacer un esfuerzo y cada vez que asistía a la entidad pública no solo preguntaba sino también ayudaba en labores diarias de la entidad. Ante esta situación, se vio forzado a endeudarse, ya que confiaba en que su participación en el proceso electoral aseguraría la suscripción del contrato para los próximos cuatro años de gobierno municipal.

En otro caso, una mujer de 40 años, también de bajos recursos y madre soltera, comparte una situación similar. Vive con su hija y dos sobrinos pequeños y, al igual que el anterior, se ve obligada a trabajar sin remuneración, esperando la renovación de su contrato. Además de realizar tareas sin reconocimiento por el trabajo prestado, tuvo que endeudarse para cubrir los pagos de la seguridad social necesarios para ser contratada nuevamente. Por tanto, la falta de reconocimiento de las actividades no remuneradas contribuye a la perpetuación de desigualdades sociales y económicas, afectando especialmente a grupos vulnerables que dependen de estas oportunidades laborales.

En cuanto a la afectación a la administración pública, aunque algunos funcionarios pueden considerar que la práctica de emplear colaboradores sin remuneración representa un ahorro para las entidades, en realidad, tiene un impacto negativo sobre la estabilidad institucional, al suponer la vulneración de derechos laborales que pueden derivar en sanciones cuantiosas, pueden generar desmotivación, improductividad, falta de transparencia y con ello una pérdida en la confianza e imagen de las instituciones públicas (Valderrama Mejia & Lopera Monsalve, 2024).

Este fenómeno puede generar desconfianza y deteriorar la credibilidad de las instituciones, ya que quienes esperan ser contratados perciben que el proceso es lento e incluso traumatizante. Según lo señalado por uno de los entrevistados, es de conocimiento general dentro de las entidades

que esta práctica se lleva a cabo, aunque no se aborda formalmente, dado que se considera que contribuye al cumplimiento de las metas del plan de desarrollo y asegura la continuidad de las funciones administrativas (Valderrama Mejia & Lopera Monsalve, 2024).

En consecuencia, la práctica de trabajar sin remuneración mientras se espera la formalización de un contrato con la administración pública constituye una manifestación de explotación encubierta y pone de manifiesto la invisibilización de relaciones laborales que son esenciales para el buen funcionamiento del Estado. La ausencia de un reconocimiento legal adecuado, sumada a las estructuras de poder que permiten la perpetuación de esta situación, son factores determinantes en el mantenimiento de esta problemática.

En conclusión, este análisis ha permitido identificar un conjunto de características inherentes a esta modalidad de explotación encubierta no reconocida, entre ellas, la participación de actores específicos, el periodo en el cual tiene lugar esta práctica, la presión ejercida sobre los colaboradores para desempeñar actividades sin un contrato formal y la invisibilidad que caracteriza dicha práctica.

Igualmente, se destacan los patrones estructurales y repetitivos que delinear y caracterizan el funcionamiento de esta práctica, lo cual sugiere la presencia de un fenómeno sistemático en el que las relaciones informales producto de la actividad subsidiada se institucionalizan. Estos elementos permiten comprender la complejidad de la explotación encubierta en los contratos de prestación de servicios, revelando una realidad que trasciende las relaciones contractuales formales e impacta la administración pública en su conjunto.

Tercer capítulo. Respuesta del derecho a las prácticas y a la falta de capacidad explicativa del sistema reglado

En este capítulo se analizan las categorías jurídicas que pueden recoger el fenómeno abordado en esta investigación, en otras palabras, a partir de este apartado se estudia la forma cómo el derecho pudiese responde a la práctica de explotación encubierta. Ello con el fin de entender este fenómeno desde una perspectiva jurídica y con ello abordar las implicaciones de dicha explotación en el marco del derecho administrativo.

Por tanto, se explican la regulación y desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido este fenómeno en el ordenamiento jurídico colombiano. Este análisis no tiene la intención de resolver la problemática que plantea la explotación encubierta, sino que pretende exponer cómo el derecho ofrece una figura que, aunque puede abordar parcialmente el fenómeno, no constituye una solución suficiente dado el carácter recurrente y aparentemente creciente de estas prácticas en la administración pública.

A saber, es necesario precisar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el trabajo no remunerado de particulares en beneficio de la administración pública (especialmente en el contexto de la espera para la suscripción de un contrato de prestación de servicios) no solo carece de respaldo legal, sino que está expresamente prohibido por diversas disposiciones constitucionales, normativas sobre función pública, contratación estatal y régimen disciplinario.

De hecho, tal como se expone en la primera parte del tercer capítulo de esta tesis, dicha práctica vulnera principios fundamentales como la dignidad humana, la justicia remunerativa y la legalidad en la contratación pública. En esa línea, la jurisprudencia y la doctrina han advertido que el trabajo gratuito prestado con la expectativa de obtener un contrato puede acarrear consecuencias jurídicas, incluidas eventuales sanciones, por desconocer derechos laborales. Por tanto, más que

una ausencia normativa, lo que se evidencia es una clara proscripción de este tipo de prácticas, aunque su persistencia en la realidad institucional exija una lectura crítica y rigurosa del fenómeno.

No obstante, ciertas disposiciones legales y principios constitucionales se orientan a la protección de los derechos de los trabajadores y a la regulación de las relaciones entre el Estado y los particulares. Por ello, en este capítulo igualmente se exploran las limitaciones y capacidades del marco jurídico actual, examinando cómo estas disposiciones podrían interpretarse para dar respuesta a las condiciones que configuran el fenómeno de la explotación encubierta.

Así las cosas, este capítulo se estructura en dos partes: en la primera se analiza la posible regulación normativa que podría aplicarse indirectamente a la explotación encubierta, explorando disposiciones legales que, aunque no diseñados específicamente para este fin, podrían interpretarse como herramientas para mitigar o encauzar este fenómeno dentro de un marco legal.

En la segunda parte se aborda la figura jurídica de los hechos cumplidos, examinando sus características y el tratamiento que ha recibido en la jurisprudencia colombiana. Si bien esta figura no ofrece una solución definitiva, se considera que, dentro del sistema normativo actual, puede constituir un recurso cercano para enfrentar los desafíos legales que plantea la explotación encubierta, proporcionando así un punto de partida para su análisis y eventual regulación.

En todo caso, y con la intención de delimitar con precisión los planos de análisis involucrados en el estudio, es necesario resaltar que existe una distinción explícita entre las valoraciones de carácter ético o político que pueden derivarse del examen empírico de las condiciones laborales observadas, y la calificación jurídica que corresponde realizar desde el marco normativo aplicable en el Derecho Administrativo y Laboral colombiano. Esta diferenciación resulta fundamental para evitar traslapes conceptuales que dificulten la comprensión del fenómeno investigado y su eventual tratamiento jurídico.

Desde una perspectiva valorativa, las situaciones identificadas (en las que algunos colaboradores prestan servicios de manera continua a la administración pública sin un vínculo contractual vigente) pueden ser interpretadas como prácticas administrativas inequitativas, que reflejan una forma de precarización laboral encubierta y una afectación sustantiva del principio de dignidad del trabajador. No obstante, dichas valoraciones, aunque pertinentes y necesarias para visibilizar el trasfondo social del problema, no pueden sustituir la identificación de las categorías jurídicas pertinentes que permitan su abordaje institucional.

En consecuencia, es necesario aclarar que la noción de “explotación” como figura jurídica autónoma, es una categoría que no tiene un desarrollo sistemático ni reconocimiento expreso en el ordenamiento laboral colombiano en el contexto objeto de estudio. Por el contrario, el marco jurídico contempla mecanismos específicos para el reconocimiento de relaciones laborales encubiertas, siendo el más relevante la figura del contrato realidad. Esta institución, desarrollada ampliamente por la jurisprudencia laboral y administrativa, permite declarar la existencia de un vínculo laboral cuando se verifican elementos materiales de subordinación, personal prestación del servicio y remuneración, independientemente de la formalidad contractual existente o de su ausencia.

3.1. Explotación encubierta: posibles fundamentos normativos

Al realizar una revisión de las diversas normas jurídicas internacionales y nacionales que podrían sustentar la prohibición de la explotación encubierta, se tiene que, entre las normas aplicables al tema en estudio se destaca que el Estado colombiano ha ratificado el Protocolo de San Salvador, el cual es un protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

En dicho protocolo, los artículos 6 y 7 establecen el derecho al trabajo y el derecho a que este se realice en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Esto implica que, cuando se efectúan labores, estas deben ser compensadas con una remuneración justa, en consonancia con la Constitución y con las disposiciones previstas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre las que consagra el principio de *igual salario por trabajo de igual valor* (Organización Internacional del Trabajo, 2016). Por lo tanto, considerando que las funciones realizadas por un aspirante a un contrato de prestación de servicios no se equiparan a aquellas de un contrato laboral, es fundamental respetar los derechos tanto de quienes aspiran a ser contratados como de quienes ya han sido vinculados bajo esta modalidad contractual.

En línea con lo señalado por la OIT, en primer lugar, toda persona tiene derecho a una remuneración justa y equitativa por su labor, lo que implica que no debe existir trabajo sin compensación, salvo en ciertas excepciones, como el servicio militar. En segundo lugar, toda actividad realizada debe ser objeto de compensación económica, prohibiéndose el trabajo no remunerado. En tercer lugar, como consecuencia de los dos anteriores, deben prevalecer condiciones de trabajo justas, basadas en normas claras y aplicables tanto en el sector público como en el privado, garantizando así la dignidad y el bienestar de los individuos (Villasmil Prieto & Carballo Mena, 2019).

Asimismo, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 25, consagra el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, señalando que toda persona tiene derecho a un empleo que le permita vivir con dignidad, lo cual implica que toda labor efectuada debe ser compensada adecuadamente. La Corte Constitucional (2023) ha reafirmado que el trabajo constituye un derecho fundamental y que cualquier práctica que conlleve la realización de trabajo no remunerado podría interpretarse como una forma de explotación o de abuso de la buena fe de quienes lo desempeñan (Sentencia T-074 de 2023).

De igual modo, el Código Sustantivo del Trabajo establece que toda labor debe ser remunerada. En este contexto, el artículo 22 define el contrato de trabajo como aquel en el cual una persona se compromete a prestar un servicio personal a otra, bajo una relación de dependencia y con el derecho a recibir una remuneración. Si bien en los contratos de prestación de servicios no existe subordinación, se requiere igualmente una contraprestación económica por las actividades realizadas. Así, la falta de compensación por el trabajo efectuado puede constituir una vulneración de este principio, y el trabajo no remunerado en la expectativa de un futuro contrato podría interpretarse como una forma de explotación laboral. Por otro lado, aunque la Ley 2113 de 2021 no guarda una relación directa con el periodo en que se manifiesta la explotación encubierta, dado que regula el funcionamiento de los consultorios jurídicos de las instituciones de educación superior y el principio de gratuidad en la prestación de servicios jurídicos, podría considerarse pertinente en tanto que no extiende dicha gratuidad a labores no remuneradas en el contexto de la contratación pública.

En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano, aunque no contemple una figura específica para regular el trabajo gratuito prestado por particulares al Estado, sí establece un marco normativo que, a través del Código Sustantivo del Trabajo y la Constitución Política, protege los derechos laborales. Adicionalmente, la normativa prevé mecanismos para evitar que se configure un enriquecimiento injustificado por parte del Estado, derivado de actividades realizadas por particulares, reconociendo la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, se configure un contrato realidad que dé lugar a la protección de los derechos laborales de quienes prestan servicios.

La falta de una regulación clara sobre las condiciones de los servicios prestados en los contratos estatales podría generar situaciones de explotación, lo que subraya la necesidad de desarrollar políticas y normas que garanticen condiciones justas y equitativas para los aspirantes a contratistas. La implementación de un marco regulatorio adecuado podría contribuir a establecer

un entorno más transparente y justo en la relación entre el Estado y los particulares, asegurando que las prestaciones de servicios se ajusten a principios de equidad y dignidad.

De este modo, el trabajo gratuito realizado con la expectativa de obtener un contrato con la administración pública podría acarrear sanciones si se considera que vulnera derechos laborales. Las entidades públicas deben estar al tanto de estas regulaciones para evitar prácticas que puedan interpretarse como explotación o abuso de la buena fe de quienes aspiran a ser contratistas. En consecuencia, el marco jurídico que potencialmente regula la prohibición del trabajo gratuito en Colombia se fundamenta en la protección de los derechos laborales y en la garantía de condiciones de trabajo dignas, proscribiendo la explotación a través de la exigencia de trabajo no remunerado.

En este sentido, dado que no existe una regulación específica sobre esta práctica, pero sí una clara prohibición de la no remuneración justa por las actividades realizadas, se ha identificado que, mediante la figura jurídica de los hechos cumplidos, existe una prohibición implícita en materia contractual por parte de la administración pública. Esta figura impide la contratación o la generación de obligaciones sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos, garantizando que no se incurra en un enriquecimiento injustificado por parte del Estado (Sandoval Quintero & Delacruz Giraldo, 2019).

3.2. Hechos cumplidos

Para comprender la figura jurídica de los hechos cumplidos, la cual es una institución jurídica en que se puede vincular la explotación encubierta, es necesario que, en primer lugar, sea abordado su desarrollo conceptual, basándome en la normativa vigente, la jurisprudencia y la doctrina. Posterior a ello, se expondrán sus características fundamentales, para finalmente analizar si dicha figura jurídica se ajusta o no a la práctica de la explotación encubierta.

Así pues, de acuerdo con López Ospina y Sarmiento Ospina (2019) los hechos cumplidos son acciones administrativas a través de las cuales una entidad pública realiza una obligación de gasto o pago sin seguir el procedimiento presupuestario correspondiente. Estas obligaciones no podrán ser cumplidas a menos que exista una sentencia judicial condenatoria o una conciliación judicial.

Esta definición implica que, bajo la figura de los hechos cumplidos, una entidad pública asume la obligación de realizar un pago o erogación sin que se haya cumplido con los procedimientos legales y administrativos previos requeridos para tal efecto, lo cual podría dar lugar a consecuencias jurídicas por el incumplimiento de los requisitos normativos establecidos. En este contexto, los hechos cumplidos son relevantes para comprender las posibles implicaciones de prácticas como la explotación encubierta, ya que la ejecución de actividades sin un respaldo adecuado o sin el reconocimiento formal de un contrato o acuerdo podría considerarse una vulneración de los derechos laborales y contractuales (López Ospina & Sarmiento Ospina, 2019).

De acuerdo con Rodríguez Tamayo (2015), los hechos cumplidos se materializan cuando se suministran bienes, efectúan obras o se prestan servicios a las entidades estatales sin que exista un soporte contractual previo, ya sea porque no se celebró el contrato estatal conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, o porque no se cumplen los requisitos de ejecución o los respaldos presupuestales necesarios.

En este sentido, el autor señala que, a pesar de ser una práctica prohibida, los hechos cumplidos se han convertido en una realidad común dentro de algunas entidades del Estado. Esta situación refleja una grave deficiencia en la gestión administrativa, que, al evadir los trámites legales correspondientes, coloca a los particulares en una situación vulnerable y puede generar consecuencias jurídicas, tanto para las entidades estatales como para los prestadores de servicios,

por la falta de formalidad y legalidad en los procesos de contratación pública (Rodríguez Tamayo, 2015).

Así mismo, con el fin de contribuir al desarrollo de la actividad contractual, la Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá D.C. expidió la Directiva 019 de 2018, mediante la cual se establecieron lineamientos orientados a la prevención del daño antijurídico en la contratación estatal. En este contexto, la Directiva precisa que los hechos cumplidos se consolidan cuando se asumen obligaciones sin el respaldo de una base legal que las justifique, es decir, cuando la obligación no se formaliza por escrito, o cuando, a pesar de que exista esa formalidad, no se han cumplido los requisitos legales mínimos para su creación antes de su ejecución, como la reserva presupuestal previa. También se consolidan cuando, durante la ejecución de un contrato, se añaden bienes o servicios que no estaban previstos desde el principio.

Este enfoque subraya la importancia de la legalidad y la formalidad en la contratación pública, a fin de evitar que se generen obligaciones sin el debido respaldo jurídico y presupuestal, lo cual podría dar lugar a la configuración de hechos cumplidos y, en consecuencia, a la generación de responsabilidades por parte de las entidades estatales.

López Ospina y Sarmiento Ospina (2019) sostienen que el hecho cumplido se configura cuando una entidad pública asume un compromiso con un particular sin que exista previamente el certificado de disponibilidad presupuestal y, por ende, el registro presupuestal correspondiente. Esto implica que se vulneran los derechos del particular al inducirlo o forzarlo a realizar actividades en favor de la administración pública sin un sustento legal para dicho compromiso. Tal situación constituye una transgresión a la Constitución y la ley, al carecer de la debida formalidad y respaldo presupuestal. Sin embargo, esta práctica, a pesar de ser ilegal, sigue siendo común en algunas entidades del Estado, lo que pone de manifiesto la necesidad de una mayor supervisión y control

sobre los procedimientos administrativos, a fin de evitar el incumplimiento de las garantías legales que protegen tanto a los particulares como a la propia administración pública.

Méndez Bernal y Mosquera Melo (2018) señalan que los hechos cumplidos se configuran cuando una entidad pública contrae obligaciones sin haber cumplido los requisitos legales establecidos. Inclusive cuando se suscribe un contrato debidamente formalizado, los hechos cumplidos pueden presentarse si el pago de las obligaciones se efectúa fuera del plazo de vigencia del mismo. Los autores también sostienen que se generan hechos cumplidos cuando se pretende prestar servicios o suministrar bienes adicionales y el documento justificatorio de dicha adición se expide con posterioridad a la ejecución de las obligaciones iniciales. De igual manera, los hechos cumplidos son aplicables cuando no existe un contrato estatal que autorice la prestación de servicios a favor del Estado, lo que pone de manifiesto una clara irregularidad en la gestión de la contratación pública y un incumplimiento de los principios constitucionales y legales que rigen el ordenamiento jurídico en Colombia (Méndez Bernal & Mosquera Melo, 2018).

Para Marín Monje (2019) los hechos cumplidos se configuran cuando, en virtud del principio de economía, las entidades estatales deben contar con las partidas presupuestales previas y necesarias para iniciar los procesos de selección y suscribir los contratos correspondientes. Sin embargo, en ocasiones, la administración pública incumple este principio y, a pesar de ello, el adjudicatario o contratista ejecuta el objeto contractual sin contar con el respaldo presupuestal adecuado ni con el acto formal correspondiente. Este incumplimiento genera la configuración de los denominados hechos cumplidos, lo cual desencadena diversas situaciones de responsabilidad, incluidas las de naturaleza patrimonial, que afectan tanto a la administración pública como a los particulares involucrados. Este fenómeno resalta la necesidad de un control efectivo y la obligación de las entidades estatales de seguir rigurosamente los procedimientos legales y financieros establecidos para la contratación pública.

Por su parte, el Consejo de Estado (2012) estableció que se configuran hechos cumplidos cuando se realizan actividades para el Estado sin que exista un contrato escrito que las respalde (Sentencia 24897 de 2012). En dicha sentencia, el alto tribunal precisa que la figura de los hechos cumplidos puede ser procedente de manera excepcional bajo tres condiciones:

- a) Cuando se evidencie de manera clara que la responsabilidad recae exclusivamente sobre la entidad contratante, sin intervención del contratista, y que esta, en el ejercicio de su autoridad, obliga o impone al particular la realización de una obra, la provisión de un bien o un servicio en su propio beneficio, fuera de las condiciones originales del contrato estatal o incluso en ausencia de este.
- b) Cuando la adquisición urgente de una obra, bien o servicio sea necesaria para evitar un riesgo o daño al derecho fundamental a la salud.
- c) En caso de que la administración pública no declare la urgencia manifiesta, pese a que exista una situación apremiante que requiera la ejecución inmediata de una obra, bien o servicio debido a una calamidad (como desastres naturales, incendios, inundaciones, etc.) o por razones de orden público, y sin la existencia de un contrato formal, decide solicitar a particulares la realización de obras urgentes y prioritarias para proteger la vida humana (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

Por su parte, la Ley 1940 de 2018, en su artículo 15, establece que queda prohibido gestionar actos administrativos u obligaciones que impacten el presupuesto de gastos si no cumplen con los requisitos legales o si se presentan como hechos ya consumados. Además, la norma añade que el representante legal y el responsable del gasto, así como aquellos a quienes se haya delegado esta función, serán responsables de manera disciplinaria, fiscal y penal por no cumplir con lo dispuesto en esta norma. Esta disposición refuerza la necesidad de que exista un marco normativo previo a la ejecución de actos administrativos que impliquen la erogación de recursos públicos, subrayando

la ilegalidad de realizar actos que comprometan el presupuesto sin el debido cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que una entidad pública pueda ejecutar funciones a favor de la administración, debe existir un documento que genere obligaciones y derechos para las partes, tal como se explicó en el primer capítulo. Así, los hechos cumplidos se producen cuando se realizan actividades, como la entrega de bienes o la prestación de servicios a favor del Estado, sin que exista previamente un documento legal que otorgue el soporte jurídico o que respalde dicha actuación.

En este contexto, Mauricio Rodríguez Tamayo (2015) sostiene que se debe considerar inválido cualquier acto contractual realizado por la administración con el fin de regularizar situaciones que hayan ocurrido sin el respaldo de un contrato estatal, eludiendo las normativas que regulan el proceso de formación de la voluntad para contratar, así como la celebración y ejecución de los contratos estatales. De este modo, se evidencia cómo los hechos cumplidos constituyen una violación al marco legal de la contratación pública, lo que pone en peligro la transparencia, legalidad y eficiencia en el manejo de los recursos del Estado.

3.3. Características de los hechos cumplidos

A continuación, se profundiza en las características y elementos más relevantes que identifican la figura jurídica de los hechos cumplidos, tales son: i) Sujetos y obligaciones sin soporte legal. ii) Enriquecimiento sin justa causa y *actio in rem verso*. iii) Excepcionalidad del reconocimiento. iv) Buena fe, v) Responsabilidad de las partes.

3.3.1. Los sujetos y las obligaciones sin soporte legal

Dentro de la figura jurídica de los hechos cumplidos, se encuentran dos grupos que desempeñan un papel crucial en la configuración de esta irregularidad. El primer grupo está compuesto por los funcionarios públicos y los contratistas (cuando existe un contrato suscrito); mientras que el segundo incluye tanto a funcionarios públicos como a colaboradores fantasmas (en el contexto de la explotación encubierta).

A continuación, se procederá a explicar brevemente cada uno de estos sujetos, tomando en cuenta lo tratado en los capítulos anteriores. Esto permitirá identificar las restricciones que enfrentan y la relevancia de su participación en la configuración de los hechos cumplidos, así como la implicación de su actuación en la vulneración de las normas que rigen la contratación pública.

3.3.1.1. Funcionarios públicos

Respecto a los funcionarios públicos, en el capítulo segundo se explicó que dentro de esta categoría se incluyen tanto a los servidores públicos como a los trabajadores oficiales. En este sentido, una de las particularidades de estos sujetos es que únicamente pueden actuar dentro de los límites establecidos por la constitución, la ley y los reglamentos. Esto implica que cualquier actuación fuera de este marco normativo puede resultar en la vulneración de principios legales y, en consecuencia, estos sujetos podrían incurrir en faltas de tipo penal, disciplinario y fiscal. Dichas faltas son de especial relevancia en el contexto de los hechos cumplidos, ya que la ausencia de respaldo legal en sus actuaciones puede desencadenar responsabilidades que afectan tanto la gestión pública como la confianza en el sistema administrativo (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2023).

En tanto, la Corte Constitucional (2003) se pronunció sobre este asunto estableciendo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la función administrativa está orientada al servicio de los intereses generales y debe llevarse a cabo de manera que las acciones de los servidores públicos garanticen el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Esto implica que cualquier conducta que contravenga estos principios constituye una violación de la Constitución, que deberá ser sancionada conforme a la ley. Este pronunciamiento refuerza la idea de que los funcionarios públicos deben actuar exclusivamente dentro de los parámetros establecidos por la normatividad vigente, bajo riesgo de incurrir en responsabilidades que puedan derivar de actuaciones sin respaldo legal (en sentencia C-893 de 2003).

Por ende, a pesar de que el inciso 2 del artículo 123 de la Constitución de 1991 establezca que el funcionario público tiene la facultad de tomar decisiones y actuar en pro del buen funcionamiento de la administración pública, con el objetivo de beneficiar el interés general, esta discrecionalidad se encuentra limitada por la naturaleza del vínculo que une a los empleados públicos y trabajadores oficiales con la administración. En efecto, dicha potestad no es absoluta, ya que está condicionada al respeto de los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa, así como al cumplimiento de los fines y objetivos establecidos por la ley (Valencia González, 2024).

Dentro de estas limitantes, se encuentra que las funciones y tareas de los empleados públicos están expresamente determinadas en el artículo 122 de la Constitución Política, que establece que estos solo pueden actuar conforme a lo que la ley y los reglamentos autoricen. De igual manera, los trabajadores oficiales desempeñan sus funciones en los términos establecidos en el respectivo contrato de trabajo (Valencia González, 2024).

Así, se vulneran estos principios cuando, en el contexto de las actuaciones administrativas, se materializan los hechos cumplidos. Tal como se ha señalado previamente, los funcionarios públicos no están facultados para crear obligaciones sin que, de manera previa, exista una disponibilidad presupuestal y un certificado presupuestal que respalde la ejecución de los gastos, ni sin que se haya cumplido con los requisitos legales establecidos para la suscripción de un

contrato. Cualquier actuación contraria a estos preceptos configura una irregularidad que afecta la legalidad y la transparencia en la gestión pública, generando la posibilidad de que se presenten consecuencias de tipo disciplinario, fiscal y penal (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

Como característica adicional de los funcionarios públicos, se destaca que, dependiendo de su rol, pueden desempeñar funciones como facilitadores de la contratación o ser responsables del control y supervisión del cumplimiento de las normas aplicables. Esto implica que la administración pública, representada por los funcionarios públicos, desempeña un papel esencial en la materialización de los hechos cumplidos, ya que constantemente se busca fortalecer la gestión administrativa dentro de las entidades públicas.

En este contexto, resulta crucial que cada entidad pública cuente con procesos y procedimientos claros. En caso de que estos no existan, corresponde a los funcionarios realizar todas las acciones necesarias para su implementación. En consecuencia, se busca garantizar que ningún proceso o procedimiento quede sin seguimiento adecuado, ni que se designe un responsable para su gestión.

Así, los empleados del Estado, encargados de funciones públicas, deben actuar dentro del marco de los procedimientos legales establecidos. Sin embargo, en el marco de los hechos cumplidos, estos funcionarios pueden incurrir en irregularidades al comprometer recursos o generar obligaciones sin contar con el respaldo presupuestal necesario o sin la formalización debida de los contratos que deben regir su actividad. La falta de cumplimiento de las normativas que regulan la contratación estatal y la ejecución de contratos puede dar lugar a que los actos de estos funcionarios sean objeto de cuestionamientos legales, lo que impacta negativamente en la legitimidad de las decisiones que adopten y en la validez de las actuaciones administrativas en las que participen (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

3.3.1.2. Contratistas

En relación con los contratistas, estos corresponden a personas naturales o jurídicas que han suscrito un contrato con la administración pública para el cumplimiento de actividades específicas. Los contratistas pueden involucrarse en la figura de los hechos cumplidos cuando, posterior a la firma del contrato, ejecutan obligaciones adicionales a las establecidas en dicho acuerdo. Esta situación se presenta cuando, en el desarrollo de la actividad contratada, surgen exigencias o solicitudes por parte de la administración que no están amparadas ni previstas en el contrato inicial, generando un exceso de obligaciones sin el correspondiente soporte legal o presupuestal (López Ospina & Sarmiento Ospina, 2019).

Así, la ejecución de tareas adicionales por los contratistas, en ausencia de un ajuste formal al contrato, puede constituir un incumplimiento de los procedimientos administrativos establecidos y dar lugar a responsabilidades legales, afectando la seguridad jurídica tanto para el contratista como para la administración pública. Este fenómeno revela una falta de previsión en la gestión contractual y pone en evidencia la necesidad de mecanismos de control y seguimiento más rigurosos que eviten la creación de compromisos sin sustento normativo y que respeten los límites de la contratación pública (López Ospina & Sarmiento Ospina, 2019).

3.3.1.3. Colaborador fantasma

En cuanto a los colaboradores fantasma, estos pueden ser personas naturales o jurídicas que, sin un contrato formal vigente, prestan servicios en beneficio de la administración pública con la expectativa de ser contratados. Esta situación plantea un escenario en el cual, aun en ausencia de un vínculo contractual, la administración obtiene un beneficio directo de los servicios realizados. Las funciones o actividades que desempeñan estos colaboradores suelen ser asignadas por un

funcionario público y pueden corresponder tanto a tareas previamente desarrolladas bajo un contrato anterior como a nuevas actividades requeridas por la entidad.

Esta dinámica puede llevar a interpretar que el Estado tiene el deber de compensar al particular, en la medida en que ha obtenido un beneficio concreto de los servicios prestados. Si bien esta expectativa de remuneración no encuentra respaldo en un contrato formalmente celebrado ni en una norma específica que obligue a la administración a pagar, la figura de la reparación directa podría configurarse como una vía jurídica válida para reclamar el resarcimiento de los perjuicios causados. Tal como lo desarrolla esta tesis, los hechos cumplidos se presentan cuando una entidad estatal adquiere obligaciones de hecho que son ejecutadas por un contratista o colaborador fantasma sin mediar contrato debidamente suscrito ni soporte legal que formalice la relación, lo cual abre la puerta al análisis de eventuales responsabilidades extracontractuales por parte del Estado (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

Así, los hechos cumplidos se configuran cuando una entidad estatal adquiere obligaciones de hecho que son ejecutadas por un contratista o colaborador fantasma, sin la existencia de un contrato debidamente celebrado ni un soporte legal que valide esta relación. En tales casos, se generan actividades o servicios sin una causa jurídica válida, lo que vulnera los principios de legalidad y transparencia que rigen la administración pública y expone a la entidad a posibles cuestionamientos legales y a la necesidad de justificar su proceder (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

3.3.2. Enriquecimiento sin justa causa y actio in rem verso

Esta característica se presenta cuando en los casos de hechos cumplidos, se genera un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad estatal, pues esta se beneficia de las prestaciones recibidas sin haber seguido el procedimiento legal correspondiente. Por lo que, a

través de la *actio in rem verso* es posible y equitativo remunerar dicho enriquecimiento, aunque no exista un contrato formal. Es decir, hay una ausencia de causa jurídica válida que ampare dicho enriquecimiento y una acción que busca proteger los derechos del empobrecido (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

De acuerdo con Tamayo Lombana (2005) se produce enriquecimiento sin causa cuando una persona reduce su propio patrimonio para aumentar el de otra, sin que este cambio en ambos patrimonios esté justificado por un acuerdo o una norma legal. Así pues, el enriquecimiento sin causa hace referencia a un principio general del derecho o fuente de obligaciones que establece que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otra persona (Arias Fonseca, 2013). Esta se relaciona con la *actio in rem verso* porque esta es la solución al problema, es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión para obtener la compensación o restitución del desmedro injustificado del patrimonio (Rocha Alvira, 2009).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (2012), se pronunció planteando las condiciones requeridas por la acción de *in rem verso*:

- Debe haber un empobrecimiento de una persona y un enriquecimiento de otra. El enriquecimiento se entiende como cualquier beneficio apreciable en dinero que se haya obtenido, ya sea en forma de dinero, bienes, créditos, la cancelación de una deuda, el uso temporal de un bien, un servicio prestado, entre otros. Por empobrecimiento se entiende el suministro de servicios o la pérdida de bienes, su posesión o disfrute, entre otros.
- Debe existir una relación directa entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.

- El enriquecimiento debe ser sin causa, lo que significa que tiene causa cuando la prestación, el bien o el servicio entregado proviene de un contrato, de la ley o de una obligación natural.
- Esta acción es subsidiaria, es decir, no puede ser utilizada cuando existe una acción principal aplicable.
- La acción debe interponerse mientras el enriquecimiento persista (Sentencia del 19 de diciembre de 2012).

Por lo anterior, se puede plantear que ante todo se debe propender por la equidad en las relaciones jurídicas, que se refiere al equilibrio o resolución de la ruptura de una relación patrimonial entre personas, asegurando que a cada una se le dé lo que justamente le corresponde. Esto está en línea con lo que se planteó en el Derecho Romano sobre el enriquecimiento sin causa, que refleja la regla de derecho propuesta por Pomponio, “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*”, lo que traducido al español significa: “*Por derecho natural es justo que nadie se haga más rico a costa del perjuicio e injusticia de otro.*” (Arias Fonseca, 2013).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia (2012) concibe el enriquecimiento sin justa causa como un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa. Por ello, para que proceda el enriquecimiento sin causa no debe haber una razón que lo justifique, y debe haber una correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Por ese motivo, los elementos que configuran la figura jurídica son: i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones (Sentencia del 19 de diciembre de 2012).

Mientras que, para Tamayo Lombana (2005), las condiciones para que exista enriquecimiento y proceda la actio in rem verso son: i) un enriquecimiento; ii) un empobrecimiento; iii) una relación de causalidad entre los dos; iv) la ausencia de causa y v) la ausencia de cualquier acción; en otros términos, que no haya otra acción originada por un contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito.

Desde otra perspectiva, Arias Fonseca (2013) determinó que son ocho los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, tales son: 1) Enriquecimiento, 2) Empobrecimiento, 3) Empobrecimiento y enriquecimiento correlativos, dicho de otro modo, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y enriquecimiento; 4) Falta de causa o que el enriquecimiento sea injustificado, 5) Ausencia de responsabilidad (culpabilidad) del empobrecido; 6) Ausencia de interés personal del empobrecido; 7) Ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley detenidamente para el efecto; y, 8) que no puede emplearse esta acción de enriquecimiento injusto para violar disposiciones imperativas de la ley.

En tanto, Méndez Bernal y Mosquera Melo (2018) plantean que hay dos elementos para que proceda el enriquecimiento sin causa: primero, el enriquecimiento se entiende como cualquier beneficio apreciable en dinero, sea o no de naturaleza patrimonial. En términos generales, abarca toda ganancia económica, física o emocional, siempre que sea susceptible de ser valorada en términos monetarios; y segundo, el empobrecimiento solo podrá impugnar el enriquecimiento ajeno la persona en cuyo perjuicio se haya producido dicho empobrecimiento. Relacionado con el enriquecimiento, el empobrecimiento no se limita a la pérdida de propiedad o al disfrute de un bien, sino también a la falta de compensación por una prestación realizada o un servicio prestado.

En correspondencia con esto, Méndez Bernal y Mosquera Melo (2018) consideran que cuando se busque dejar al afectado o empobrecido en las mismas condiciones que tenía antes de sufrir un perjuicio, solo se podrá solicitar la restitución de lo que se ha perdido. Además, reconocen

que en ningún caso se podrá exigir una indemnización, ya que se presume la ausencia de otra fuente de obligación, como un delito, cuasidelito o cualquier hecho ilícito.

En pocas palabras, la *actio in rem verso*, puede entenderse como un mecanismo autónomo para reclamar el daño sufrido con ocasión del enriquecimiento sin causa del Estado. De manera que, Méndez Bernal y Mosquera Melo (2018) exponen que esta acción se puede analizar desde dos puntos de vista, el primero desde la reparación mas no desde la restitución de tal forma que esta teoría permite que no solo se cobre el desmedro económico causado, sino que va más allá al pretender la indemnización de los daños antijurídicos que alegue haber sufrido por el actuar del Estado. En segundo lugar, cuando se está en presencia de los presupuestos de la *actio in rem verso*, es decir, se predica la responsabilidad del Estado con ocasión a un hecho, omisión o extralimitación, el medio de control aplicable es la reparación directa.

De esta manera, se tiene que frente al enriquecimiento sin justa causa procede la acción *in rem verso* con el fin de evitar que haya un enriquecimiento injustificado y un empobrecimiento correlativo.

3.3.3. Excepcionalidad del reconocimiento y elementos de la actio in rem verso

El reconocimiento de hechos cumplidos es excepcional y no puede hacerse de manera directa, pues requiere un debate judicial previo. Por este motivo, la entidad no puede invocar la buena fe para justificar la procedencia de la acción de *in rem verso*, dado que el desconocimiento de la ley constituye una presunción de mala fe (Cabra Camargo, 2014).

A continuación, se detallan los elementos de su excepcionalidad: en primer lugar, el Consejo de Estado (2012), la *actio in rem verso* no puede ser utilizada de manera general para reclamar el pago de obras o servicios ejecutados sin un contrato, ya que por medio de esta acción no se puede desconocer o contrariar una norma imperativa.

Así que, su aplicación es restrictiva y se limita a situaciones específicas donde se ha producido un enriquecimiento sin causa, es decir, cuando una entidad pública se beneficia de prestaciones sin un respaldo contractual adecuado. De esta manera, Arias Fonseca (2013) manifiesta que, esta acción es procedente cuando no existe otra acción capaz de restablecer el equilibrio patrimonial alterado.

En segundo lugar, en esta misma sentencia, el Consejo de Estado (2012) ha admitido ciertas hipótesis en las que la *actio in rem verso* puede ser procedente en términos de compensación y no de indemnización. El análisis parte dentro de varios elementos de estudio desde la buena o mala fe del contratista o aspirante a contratista que actuó inducido o motivado por la administración para la ejecución de una actividad, ya sea la prestación de un bien o un servicio, desconociendo disposiciones contractuales, los deberes de selección objetiva y solemnidades propias del contrato.

Por lo anterior, el Consejo de Estado (2012) fijó las siguientes reglas para la procedencia de dicha acción, tales son:

- a) Cuando se demuestre de manera clara y contundente en el proceso que fue exclusivamente la entidad pública, sin la intervención ni responsabilidad del particular afectado, la que, en ejercicio de su autoridad o poder, obligó o impuso al particular la realización de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, fuera del marco de un contrato estatal o sin dicho contrato.
- b) En los casos en los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros o ejecutar obras para ofrecer un servicio que evite una amenaza o un daño inminente e irreversible al derecho a la salud, un derecho fundamental relacionado con los derechos a la vida y a la integridad personal.
- c) En los casos en los que, siendo legalmente necesario declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaración y procede a solicitar la ejecución de

obras, la prestación de servicios o el suministro de bienes, sin contar con un contrato escrito, en situaciones en las que dicha exigencia del legislador no esté exceptuada conforme al artículo 41, inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

En tercer lugar, es importante resaltar que la *actio in rem verso* no debe ser vista como un mecanismo para eludir las normas de contratación pública. La ley establece que la celebración de contratos debe seguir un procedimiento formal y no puede ser reemplazada por relaciones de hecho que busquen obtener reconocimiento económico posterior. Por ello, la regla general es que los contratos estatales son solemnes, así como lo establece los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. En razón de lo cual, para el perfeccionamiento de los contratos de prestación de servicios se debe cumplir el principio de legalidad. Ahora bien, la excepción a la formalidad del contrato escrito aplica en casos de urgencia manifiesta donde los contratos son consensuados debido a que se torna complejo cumplir con la condición general.

Como cuarto criterio, se tiene que, en cuanto a los requisitos de prueba para que la *actio in rem verso* prospere, es necesario que el demandante demuestre que actuó de buena fe y que no tuvo culpa en la relación que dio lugar al enriquecimiento. Esto implica un análisis detallado de las circunstancias que rodearon la ejecución de las prestaciones. Por último, se tiene que excepcionalidad de la *actio in rem verso* se justifica principalmente por razones de interés público. Su uso debe estar fundamentado en la necesidad de proteger derechos fundamentales y garantizar la justicia en situaciones donde se ha producido un enriquecimiento injusto (Agudelo Ibáñez, 2019).

En cuanto a las características de la *actio in rem verso*, Arias Fonseca (2013) identificó las siguientes:

- **Es de naturaleza subsidiaria:** procede siempre y cuando no haya otra acción para pretender el restablecimiento del patrimonio.

- **Tiene rango excepcional:** el traslado patrimonial injustificado (enriquecimiento alegado) no debe tener nacimiento u origen en ninguna de las fuentes de las obligaciones señaladas en el Artículo 1494 del Código Civil.
- **Acción única y exclusivamente de rango compensatorio:** a través de la misma no se puede pretender la indemnización o reparación de un perjuicio, sino que, el contenido y alcance de la misma se circunscribe al monto en que se enriqueció sin causa el patrimonio del demandado, que debe corresponder (correlativamente) al aminoramiento que padeció el demandante.

Sin embargo, a pesar de la explicación dada respecto al enriquecimiento sin causa y su relación con la *actio in rem verso*, de acuerdo con el Consejo de Estado (2012), esta acción no es procedente para reconocer los daños causado por hechos de la administración. Por tanto, la acción pertinente es la acción de reparación directa, para el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución del patrimonio.

De la mano de lo antes mencionado, Arias Fonseca (2013) determinó que la *actio in rem verso* no es más que una pretensión de restitución que surge en virtud del reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa. En virtud de lo cual, es la acción de reparación directa la procedente cuando se presenten excepcionalmente alguno de los tres casos, para solicitar la restitución o compensación producto del empobrecimiento correlativo al enriquecimiento del Estado.

Conforme con lo anterior, se resalta que la *actio in rem verso* es una acción excepcional en la contratación pública que se aplica de manera restrictiva, con requisitos específicos y en circunstancias que justifican su uso, como la urgencia y la actuación de la entidad pública. Por eso, no debe ser utilizada para eludir las normas de contratación y siempre debe estar fundamentada en el interés público.

3.3.4. Buena fe

Este principio se encuentra en el artículo 83 de la Constitución Política y es un principio fundamental en el derecho colombiano, que tiene un papel primordial para el reconocimiento del enriquecimiento sin causa por parte del Estado y que debe ser entendido desde la objetividad y no desde la subjetividad. Así pues, en la práctica mencionada en esta investigación, el colaborador fantasma hace parte de la explotación encubierta y actúa con la expectativa de que su esfuerzo será reconocido y en consecuencia se formalizase un contrato.

Por eso, actúa con base en situaciones que lo obligan a ser parte de esta práctica mientras la administración pública se beneficia de este trabajo sin remuneración. En consecuencia, la regla es que el colaborador fantasma debe actuar de buena fe, lo cual conlleva que la administración actúe en contravía de esta, al ser quien debe garantizar que la Constitución y la ley se apliquen en debida forma.

Por tanto, al basar la acción en la buena fe del contratista o aspirante a contratista es complejo que se produzca el reconocimiento de las pretensiones por parte del demandante que interpone la acción de reparación directa, con base en la primera condición establecida por la sentencia 24897 de 2012 del Consejo de Estado. Esto se debe a que resulta sumamente complejo demostrar de manera clara y concluyente en el proceso que fue únicamente la entidad pública, sin la intervención ni responsabilidad del particular afectado, la que, en virtud de su poder, autoridad o imperium, obligó o impuso al particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, fuera del ámbito de un contrato estatal o sin considerar dicho contrato.

Lo anterior, porque, de acuerdo a los casos expuestos en esta investigación, es la administración la que induce al colaborador fantasma a realizar actividades sin que medie un

contrato de prestación de servicios, pero por las situaciones planteadas el aspirante a contratista se ve en la obligación de acceder a ser parte de la explotación encubierta.

Teniendo en cuenta esto, es relevante tener presente que, es un requisito que el empobrecido o en este caso el colaborador fantasma actúe con buena fe objetiva, lo cual es discutible bajo los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, en la medida que, al ser un colaborador fantasma que antes ya ha suscrito un contrato de prestación de servicios con la misma entidad sabe cuáles son los requisitos para suscribir un contrato con el Estado y por ende, no debería prestar sus servicios sin contrato suscrito. Por lo que, significaría que toda persona que hace parte de esta práctica, en cualquier entidad del Estado, bajo las situaciones que se explican en el capítulo segundo, actúa de mala fe.

Debido a esto, se considera conveniente exponer que el Consejo de Estado (2012) respecto a la buena fe en el enriquecimiento sin justa causa y la procedencia de la acción señaló que todos aquellos que deseen participar en la celebración de un contrato estatal deben cumplir con la obligación legal de formalizar dicho contrato por escrito para que adquiera validez, sin que la ignorancia de esta normativa sea excusa para su incumplimiento. De modo que, si se argumenta la buena fe como justificación para la procedencia de la acción de in rem verso en situaciones donde se han realizado obras o servicios sin una relación contractual formal, como sostiene la postura intermedia, tal argumento se debilita al reconocer que la buena fe que debe prevalecer en todo el proceso contractual es de naturaleza objetiva, no subjetiva.

En suma, esta corporación explicó que la buena fe subjetiva, que se refiere a la creencia o convicción de estar actuando conforme a la ley, es típica de situaciones posesorias y resulta inapropiada en el ámbito de las fases contractuales. En estos casos, lo que importa no es la creencia del sujeto, sino su comportamiento real, ajustado a la normativa y a los principios de lealtad y corrección, lo que se conoce como buena fe objetiva. En tanto, reconoció que la buena fe objetiva,

que debe imperar en los contratos, se basa en un marco jurídico que no es solo positivo, sino que también está fundamentado en los principios y valores derivados del ordenamiento jurídico superior. Estos principios buscan proteger el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático, la libertad empresarial y la iniciativa privada, garantizando la seguridad jurídica mediante la observancia de principios como la planeación, la transparencia y la selección objetiva, entre otros (Sentencia 24897 de 2012).

Según el Consejo de Estado (2012), la buena fe objetiva, que implica respetar lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, asegurar la correcta ejecución del contrato, proporcionar la información adecuada a la otra parte y actuar de manera que facilite la realización y ejecución del contrato; es la clave en el ámbito contractual. En este contexto, no importa la creencia de las partes de estar actuando conforme a la ley, sino su comportamiento en pro de la pronta y total ejecución del contrato, lo cual también depende del cumplimiento de las formalidades legales necesarias para su formación. Por lo tanto, la creencia o convicción de estar actuando conforme al ordenamiento jurídico no justifica eludir los mandatos imperativos de la ley, y mucho menos cuando la misma legislación establece que el error en derecho se presume como mala fe, sin que sea posible probar lo contrario (Sentencia 24897 de 2012).

Ahora bien, esto no implica que el enriquecimiento sin causa no pueda proceder en otros contextos distintos al aquí analizado, sino que implica que la acción de *in rem verso* no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios prestados a la administración sin un contrato formal o fuera de este, eludiendo de esta manera el mandato imperativo de la ley que establece que los contratos estatales deben celebrarse por escrito y seguir los procedimientos establecidos por el legislador.

Al respecto, Arias Fonseca (2013) expone que la protección constitucional del principio de buena fe implica que se debe resguardar, sin limitación alguna, al particular en aquellos casos en

los que la confianza, la voluntad y el comportamiento de la administración son los factores que originan la prestación de un bien o servicio, incluso cuando no exista el respaldo contractual correspondiente. De hecho, este autor plantea una posición diferente a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 19 de noviembre de 2012, toda vez que considera que no es apropiado y justo para el particular mantenerlo en su empobrecimiento mientras el Estado ve como incrementa su patrimonio y tiene una ventaja frente a todos los colaboradores fantasma que por diferentes situaciones tienen que ser parte de la explotación encubierta.

Por tanto, se considera que lo planteado por el Consejo de Estado respecto a los contratos de prestación de servicios es equivocado en la medida que no tiene en cuenta las condiciones que llevan a que una persona realice funciones como colaborar fantasma y sea parte de la explotación encubierta. Además, porque por lo general, es una práctica que se lleva a cabo en un corto periodo de tiempo y que no significa una cuantía mayor en comparación con el presupuesto general de la entidad pública, lo cual hace que los colaboradores fantasmas no quieran demandar para pedir la restitución o compensación de sus derechos, ya que, de hacerlo, implicaría perder oportunidad de contratación con esa entidad y tal vez con otras.

Ahora bien, no debería juzgarse al colaborar fantasma de haber actuado en mala fe al realizar funciones, por el hecho de que sepa cómo es el proceso contractual para suscribir un contrato de prestación de servicios. Es decir, debe haber un análisis riguroso para juzgar este tipo de casos y compensar adecuadamente a la persona empobrecida, pero adicionalmente, debería crearse estrategias prácticas que ayuden a impedir la vulneración de derechos del colaborar fantasma que logren crear un estado más eficiente dando cumplimiento a los principios constitucionales y legales que ordenan que el estado tiene la obligación de garantizar el interés general y que nadie puede enriquecerse injustamente a cuenta de otros.

3.3.5. Responsabilidad

En el contexto de los hechos cumplidos, es pertinente analizar su relación con la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal de los sujetos que participan en estos actos. Así las cosas, es necesario resaltar que de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución de 1991 *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”* Esto establece una distinción fundamental entre las responsabilidades de los particulares y de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes y las posibles infracciones que puedan derivarse de su actuación.

Así las cosas, para los particulares involucrados en hechos cumplidos, la responsabilidad se limita a sus acciones dentro del marco de la legalidad y su posible infracción de la Constitución y las leyes. En casos donde el particular actúa de buena fe y sin culpa, su responsabilidad podría atenuarse, en la medida en que su actuar no implique un desconocimiento intencional de las normas o un aprovechamiento indebido de situaciones en beneficio de la administración pública. Sin embargo, los particulares pueden responder ante las autoridades si se demuestra que han participado en hechos cumplidos con conocimiento de la ilegalidad de sus acciones o que han contribuido a comprometer la legalidad de los actos administrativos.

Por tanto, de acuerdo con Marín Monje (2019), los particulares tienen la obligación de esperar las gestiones presupuestales antes de ejecutar el contrato. En caso de intentar demostrar un hecho cumplido o un enriquecimiento sin causa, deberá probar alguna de las causales de procedencia establecidas por la jurisprudencia. De lo contrario, no existirá responsabilidad patrimonial del Estado, y perderá el derecho a reclamar lo invertido en la ejecución. En otras palabras, el daño antijurídico recaerá sobre el particular. Según la posición jurisprudencial actual,

tanto la administración como el particular no pueden establecer relaciones de hecho que eludan las normas imperativas en materia de contratación, como el acto solemne de perfeccionamiento y los requisitos de ejecución, con la intención de hacerlos valer posteriormente mediante la acción *in rem verso* ante la administración de justicia.

Respecto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, su ámbito de responsabilidad es más amplio que el de los particulares. No solo responden por infracciones a la Constitución y las leyes, sino también por omisiones o extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones. Esto implica que, si un funcionario público permite o facilita la ejecución de actividades sin el soporte legal correspondiente, podría incurrir en responsabilidades de tipo disciplinario, fiscal y penal. La falta de observancia de los procedimientos legales y la ejecución de actos administrativos sin respaldo normativo ponen en riesgo el principio de legalidad, en el cual se sustenta la función pública.

Es importante considerar el papel del Estado en la producción del daño en estos casos. No se trata únicamente de que la administración pública permita o tolere la existencia de *colaboradores fantasmas* en una posible situación de explotación encubierta, sino también de que omita tomar medidas necesarias para evitar que un contratista o particular actúe y se generen hechos cumplidos con la expectativa de suscribir un contrato futuro.

Este escenario sugiere la necesidad de examinar a fondo la responsabilidad de la administración pública en la producción de estos daños y la posibilidad de una compensación, aun cuando esta sea limitada. Una gestión más rigurosa y proactiva podría prevenir que estos hechos se consoliden y eviten daños tanto para la administración como para los terceros que actúan bajo expectativas de formalización contractual.

De acuerdo con el Consejo de Estado (2012) el reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso* tiene carácter compensatorio. No obstante, su procedencia se considera excepcional, con una interpretación y aplicación restrictiva, conforme a

lo establecido en dicha providencia. Adicionalmente, el fallo dispone que, una vez declarado responsable, deben compulsarse copias para la investigación penal, disciplinaria y fiscal correspondiente, lo que refuerza el principio de exhaustividad en la determinación de responsabilidades (Sentencia 24897 de 2012).

En este contexto, y para precisar la responsabilidad del Estado en la producción de hechos cumplidos, el artículo 90 de la Constitución Política establece la “*responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. Este precepto constitucional subraya que el Estado es responsable de aquellos daños que resulten de una actuación pública sin fundamento jurídico, comprometiendo su deber de garantizar que sus actos se ciñan a la legalidad y evitando así la creación de obligaciones sin soporte. De esta manera, se debe valorar cuidadosamente en qué medida la actuación o inacción del Estado contribuye a la consolidación de hechos cumplidos, considerando siempre los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la reparación.

En el ámbito de la contratación pública, el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales son responsables por las actuaciones, omisiones y hechos antijurídicos que, siendo imputables a ellas, generen perjuicios a sus contratistas. En estos casos, las entidades están obligadas a indemnizar tanto la disminución patrimonial ocasionada al contratista como la prolongación de dicha afectación y la pérdida de la ganancia o provecho que el contratista dejó de percibir.

Complementariamente, el artículo 16 del Decreto 3036 de 2013 prohíbe la tramitación de actos administrativos o la creación de obligaciones que comprometan el presupuesto de gastos sin el cumplimiento de los requisitos legales, o en situaciones que constituyan hechos cumplidos. Este artículo señala que el representante legal, el ordenador del gasto, o quienes hayan delegado estas funciones serán responsables de tales actos.

En cuanto a las faltas disciplinarias, la Ley 1952 de 2019 dispone que corresponde a la oficina de control interno disciplinario o a su equivalente en cada entidad investigar los casos de incumplimiento de deberes, extralimitación de funciones, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como conflictos de interés. El artículo 26 de esta ley obliga a esta oficina a actuar ante posibles infracciones en estos ámbitos. Siguiendo esta línea, el artículo 27 de la misma norma tipifica como falta disciplinaria la acción u omisión del funcionario público que ordena, induce o permite que un “colaborador fantasma” ejecute actividades en beneficio de la administración pública, así como la omisión de impedir dichas actividades cuando tiene la obligación de hacerlo.

Adicionalmente, el artículo 39 de la referida norma prohíbe que los servidores públicos extralimiten sus funciones definidas en la Constitución, leyes y decretos, y, conforme al artículo 57 numeral 3, constituye falta disciplinaria permitir o autorizar actividades sin contar con los compromisos presupuestales correspondientes. De esta manera, se refuerza el marco normativo que busca prevenir que los funcionarios incurran en prácticas que comprometan recursos sin justificación presupuestal, lo cual es esencial para evitar la consolidación de obligaciones en ausencia de soporte legal.

De conformidad con las normas disciplinarias antes mencionadas, está el artículo 2.8.3.2.9 del Decreto 1068 de 2015, que dispone que no se podrá tramitar ni legalizar actos administrativos u obligaciones que impacten el presupuesto de gastos si no cumplen con los requisitos legales o si se consideran hechos cumplidos. Además, añade que los responsables de ordenar los gastos serán sancionados disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo dispuesto en esta normativa.

Así mismo, el numeral 6 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 plantea que “*Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales*”. De otro lado, en el ámbito de la

responsabilidad penal, un funcionario público que permita o induzca la realización de hechos cumplidos podría incurrir en responsabilidades por delitos como la celebración indebida de contratos o, en ciertos casos, por enriquecimiento ilícito, de acuerdo con las particularidades de cada caso.

Respecto a la celebración indebida de contratos, este delito se configura si se evidencia que el funcionario permitió la ejecución de actividades sin la existencia de un contrato formal que respaldara dichas acciones. Este tipo penal, contemplado en el Código Penal, se refiere a la violación de los requisitos legales para la contratación pública, lo cual incluye la falta de estudios previos, la ausencia de un proceso de selección idóneo, o la carencia de respaldo presupuestal. Estas omisiones no solo comprometen el cumplimiento de los principios de legalidad y transparencia en la contratación estatal, sino que también exponen a la administración pública a posibles perjuicios patrimoniales y legales (Frías Rubio, 2021).

Por su parte, el enriquecimiento ilícito puede configurarse si el funcionario se beneficia directamente de las actividades realizadas sin contrato, generando un incremento injustificado en su patrimonio. Este delito implica que, sin causa jurídica legítima, el funcionario ha aprovechado los servicios o actividades realizados por terceros, obteniendo así un provecho económico que no le corresponde. La existencia de enriquecimiento ilícito en estos casos subraya la importancia de un control estricto sobre las actuaciones de los servidores públicos en la contratación estatal, de manera que se eviten prácticas que puedan derivar en beneficios personales a costa del Estado y de sus recursos (Días Restrepo, 2009).

En el contexto de la práctica descrita en esta investigación, el delito de mayor relevancia es la modalidad de celebración indebida de contratos, específicamente el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, regulado en el artículo 410 del Código Penal. En este tipo penal, el sujeto activo es el servidor público, y el verbo rector se configura

mediante la acción de tramitar, liquidar o celebrar un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

En relación con este delito, la Fiscalía General de la Nación (2018) ha identificado las principales tipologías de corrupción en la contratación estatal, destacando que, en la etapa precontractual, pueden presentarse hechos cumplidos en los que se infringe el principio de economía y se afecta la secuencia preclusiva de las etapas contractuales. En estas situaciones, se omiten los requisitos esenciales o se ejecutan actividades previas a la formalización del contrato, las cuales se legalizan de forma posterior.

Por otro lado, la responsabilidad fiscal se configura como la obligación de los servidores públicos y de los particulares que administran recursos estatales de responder por los daños ocasionados al patrimonio público debido a una gestión irregular. Esta responsabilidad, establecida en la Ley 610 de 2000, se activa cuando ocurre un detrimento en los bienes o recursos públicos, como resultado de acciones dolosas o culposas.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, esta se produce cuando estos permiten o inducen la ejecución de hechos cumplidos, y se configura si se prueba que la conducta fue dolosa (intencional) o culposa (negligente). Para determinar dicha responsabilidad, es necesario analizar los elementos que la configuran. En primer lugar, debe existir un daño real al patrimonio público, traducido en la reducción de los recursos o bienes estatales. En segundo lugar, debe existir una conducta irregular en la gestión fiscal, calificada como dolosa o culposa, que se vincule directamente con el daño. Finalmente, debe establecerse un nexo de causalidad entre la conducta del funcionario y el daño causado al patrimonio estatal (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2022).

La responsabilidad del funcionario público se justifica en la necesidad de proteger el interés público y de asegurar que los recursos del Estado sean gestionados de manera eficiente. Las

conductas de celebración indebida de contratos y enriquecimiento sin causa constituyen infracciones que vulneran la administración pública y afectan el patrimonio estatal.

3.4. Tratamiento Jurisprudencial

En esta parte, se exponen algunas providencias que son de suma relevancia para entender la explotación encubierta, de tal forma que se pueda ver que existe un precedente que reconoce los derechos de las personas que han sido víctimas del enriquecimiento sin justa causa de la administración pública. Sin embargo, es una práctica que sigue estando presente en el funcionamiento diario de la administración pública y las reglas que rigen actualmente la regulación del reconocimiento del enriquecimiento sin causa solo generan que se multipliquen los colaboradores fantasmas.

De tal forma que, quien lo realiza no tiene como cobrar y la administración pública no tiene fundamento para realizar el pago y tampoco se ve obligada a hacerlo a menos que se pruebe su responsabilidad, lo cual es de gran complejidad para el colaborador fantasma. Además, es importante tener presente, que no solo basta con la voluntad de la administración pública para reconocer la compensación ya que, por más que luego exista un contrato con el cual se pretenda justificar la actuación realizada previo a la suscripción del contrato, no depende de la voluntad del funcionario público realizar el pago.

Con el fin de entender la figura de los hechos cumplidos y con esto el enriquecimiento sin justa causa, es importante resaltar la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 19 de junio de 2019, donde resolvió el caso de una contratista que solicitó el reconocimiento de los servicios prestados como educadora al Distrito de Buenaventura, en el periodo comprendido de septiembre y diciembre de 2007 sin que mediara contrato alguno.

Sobre el particular el Consejo de Estado (2019) concluyó que no se presentó evidencia que demostrara que el Distrito haya utilizado la fuerza o cualquier otro medio ilegítimo que, en esencia,

justificara la ejecución de prestaciones en ausencia de un acuerdo de voluntades. Este argumento fue suficiente para señalar que la ejecución se llevó a cabo por culpa propia, al iniciar por su cuenta y riesgo la ejecución de prestaciones sin tener en cuenta las formalidades que, por razones de orden público, deben seguirse para la prestación de servicios a favor de entidades estatales (Sentencia 44352 de 2019).

Otro pronunciamiento a destacar es la sentencia de unificación 35026 de 2009, donde manifestó el Consejo de Estado expuso que todo particular debe respetar las normas de orden público establecidas por el ordenamiento jurídico, y tanto el particular como las entidades contratantes deben velar por el cumplimiento de los preceptos legales. Sin embargo, la alta corte recalca que debe subrayarse que es en relación con la administración pública donde el principio de legalidad se vuelve más exigente. Por lo tanto, en cada caso concreto, será necesario analizar de forma independiente y autónoma la conducta del particular y de la entidad contratante.

Según el Consejo de Estado (2009) esto se debe a que, aunque el particular debe someterse a las normas obligatorias, la ley no le asigna el deber de velar por el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para la formalización y ejecución del contrato estatal por parte de la entidad pública. A la inversa, la protección constitucional al principio de buena fe asegura que el particular sea resguardado, sin limitaciones, en situaciones donde la confianza, voluntad y comportamiento de la administración sean los factores que originan la prestación de un bien o servicio sin el respaldo contractual adecuado (Sentencia de Unificación 35026 de 2009).

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado (2009) recalco que, aunque el particular no está exento de la normativa legal y reglamentaria que regula la contratación estatal, no se le puede imputar un comportamiento negativo si, motivado por la actuación previa de la administración pública, se ve llevado a ejecutar una obra o prestar un servicio sin un contrato estatal formal. En estos casos, el juez debe valorar la conducta de la entidad pública en relación con la persona del

particular, dado que, en muchos casos, es la propia administración la que, a través de su comportamiento, induce o motiva al particular, mediante lo que se conoce como tratativas o tratos preliminares, a realizar una obra o prestar un servicio sin un negocio jurídico formal. Esto genera, prima facie, una transferencia injustificada de patrimonio, lo que ocasiona un empobrecimiento en una parte y un enriquecimiento en otra, sin que esté respaldado por el ordenamiento jurídico (Sentencia de Unificación 35026 de 2009).

Así mismo, el Consejo de Estado, en Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897, planteo que la *actio in rem verso* es procedente en tres situaciones:

- Cuando se demuestre que la entidad pública obligó al particular a ejecutar el contrato en su beneficio, fuera del marco del contrato estatal, es decir, sin que el particular haya participado ni sea responsable de la situación, se configurará una irregularidad.
- En los casos en que se requiera de manera prioritaria la prestación de un servicio para evitar una amenaza o lesión inminente al derecho a la salud, y se pruebe objetivamente que la administración no pudo planificar un proceso de selección ni celebrar los contratos correspondientes.
- Finalmente, en situaciones donde se deba declarar urgencia manifiesta, pero la administración omite tal declaración y solicita la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de bienes sin contar con un contrato escrito (Sentencia 24897 de 2012).

En la sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente No. 24454, el Consejo de Estado expuso que los contratos de prestación de servicios profesionales existen una dificultad probatoria para determinar la utilidad, por lo que se ha optado por la reparación en equidad. Para ello, se ha tomado como base un porcentaje de reparación del 40% de los ingresos generados por el contrato,

cantidad que el legislador ha considerado adecuada para establecer el Ingreso Base de Cotización en el marco del Sistema General de Seguridad Social.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la sentencia antes mencionada, es claro que se debe demostrar el hecho cumplido o el enriquecimiento sin causa, y para ello el particular debe demostrar alguna de las causales de procedencia estipuladas por la jurisprudencia de unificación, de lo contrario el Estado no será responsable patrimonialmente y el trabajador fantasma no tendrá como recuperar lo invertido en el periodo en el que se materialice el hecho cumplido.

Por tanto, la jurisprudencia recomienda que no se pongan en marcha relaciones de hecho que eludan las normas contractuales, que valga aclarar, son de obligatorio cumplimiento, es decir, es prohibido pretender iniciar una relación contractual sin que se cumpla con las solemnidades que establece la norma. Además, es claro que estas actuaciones no pueden realizarse pensando que hacer valer los derechos posteriormente mediante la actio in rem verso (Marín Monje, 2019).

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia del consejo de Estado, se puede considerar que la responsabilidad se traslada al contratista, de tal forma que se desconoce la presión que ejerce la administración pública, específicamente en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Toda vez que, el trabajo gratis no se realiza o se lleva a cabo por gusto sino muchas veces por aspectos particulares de cada colaborador fantasma, ya que, la administración pública al ejercer una posición dominante tiene la capacidad de disponer del cargo e inducir a que se materialice hechos cumplidos.

En la misma línea de ideas, es pertinente resaltar que, de acuerdo con Marín Monje (2019), es conveniente replantear la posición que se ha planteado hasta el momento por el Consejo de Estado, esto debido a que se desconoce la posición dominante de la administración pública en la etapa precontractual, especialmente de los contratos de prestación de servicios, por tanto sería relevante replantear la participación del Estado en la producción del daño que conduce a que el

contratista ejecute hechos cumplidos, con la expectativa de suscribir un contrato y así poder soportar el gasto o inversión en el que tuvo que incurrir por la falta de celeridad o planeación de la administración pública.

Por lo anterior, Marín Monje (2019) argumenta que más allá de las condiciones establecidas por el Consejo de Estado, materialmente el contratista ejecuta y lleva a feliz término el contrato no formalizado, por lo que sería justo que la jurisprudencia considerara reconocer al menos una proporción limitada y razonable de la indemnización, conforme a los gastos en los que incurrió ejecutando el hecho cumplido, tomando como base los criterios de equidad y arbitrio *iudicis*, y más teniendo en cuenta que como popularmente se plantea al inicio de cada vigencia “*enero dura 120 días para los contratistas*”, debido a que muchos están esperando suscribir un nuevo contrato, pero no tienen la certeza de cuando se llevara a cabo el acto, además que de esta forma se eliminaría en cierta forma la injusticia social producto de la práctica del trabajo gratis.

Por lo que si bien, se considera acertado lo planteado en el artículo 2357 del Código Civil “*La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*” No es correcto equiparar al particular con la administración pública y declarar la responsabilidad compartida como lo determina el Consejo de Estado en sentencia del 7 de junio de 2007 con no. Rad. 14669, ya que, en los contratos de prestación de servicios, la administración pública es la parte dominante y la que puede establecer condiciones para la contratación de personal y es determinante en la producción del daño.

Conclusiones

Este trabajo ha ofrecido una serie de reflexiones en torno a la explotación encubierta como una práctica en la cual un aspirante a contratista se encuentra en espera de suscribir un contrato de prestación de servicios mientras realiza actividades a favor de la administración pública, sin recibir compensación por su labor y sin certeza sobre la fecha exacta de formalización del contrato. La investigación se llevó a cabo mediante la identificación de esta práctica en diversas entidades públicas, particularmente en el ámbito departamental y municipal.

De esta manera, pude evidenciar que la explotación encubierta refleja cómo ciertos individuos realizan actividades sin un contrato formal y cómo la administración pública se beneficia de estas acciones. Esta práctica presenta diversas particularidades que han facilitado su consolidación a lo largo del tiempo, a pesar del incremento de regulaciones en torno a la contratación pública, esta situación tiende a normalizarse cada vez más, debido a las condiciones y requisitos para acceder a un contrato, y a los esfuerzos necesarios para lograr su suscripción. Por consiguiente, el propósito de exponer esta práctica es contribuir a la dignificación del aspirante a contratista y al fortalecimiento del funcionamiento adecuado de la administración pública.

En este contexto, las prácticas de explotación encubierta analizadas en esta tesis permiten observar cómo se interviene y reconfigura el proceder de la administración pública, incluso cuando se aplica de manera regular la normativa de contratación pública. De este modo, lo que realmente se evidencia es que estas prácticas constituyen una dinámica paralela que se aparta del marco normativo vigente. En efecto, nadie está legalmente facultado para ejercer funciones al interior del Estado sin contar con una vinculación formal que lo habilite. Por tanto, estas actuaciones no pueden entenderse como parte de un régimen jurídico alternativo ni mucho menos como prácticas admitidas por el ordenamiento. Si así fuera, esta tesis perdería su razón de ser, pues su objeto es precisamente poner en evidencia cómo dichas prácticas, aunque comunes en la realidad

administrativa, transgreden los principios y normas que rigen la contratación estatal y el acceso legítimo al servicio público.

En suma, el desarrollo de esta tesis converge en la identificación de prácticas de explotación encubierta, lo cual constituye una contribución relevante al exponer y evidenciar la existencia de un trabajo no remunerado en beneficio de la administración pública, aun cuando la normativa jurídica lo prohíbe. En este sentido, esta investigación no solo logró analizar y describir la explotación encubierta, sino también resaltar su impacto en el funcionamiento cotidiano de las entidades públicas, brindando un aporte significativo al poner de manifiesto una práctica que, si bien es reconocida, carece de medidas concretas que impidan su normalización.

El efecto generado por la explotación encubierta

Tal como se pudo precisar a lo largo de la investigación, la explotación encubierta se refiere a las actividades que un colaborador realiza a favor de la administración pública sin una contraprestación económica ni contrato formal, bajo la expectativa de suscribir uno en el futuro próximo.

De allí, se pudo determinar que los efectos son predominantemente negativos para el aspirante a contratista, quien incurre en un detrimento patrimonial al asumir los costos de las actividades realizadas con sus propios recursos. Para la administración pública, los efectos son mixtos: desde una perspectiva negativa, esta práctica afecta su credibilidad y compromete los principios de transparencia en la aplicación de las normas contractuales y administrativas; no obstante, desde una perspectiva operativa, garantiza la continuidad de sus servicios al contar con personas dispuestas a asumir las funciones sin que el funcionamiento se vea interrumpido.

De otro lado, se pudo corroborar que la explotación encubierta ha evolucionado en el tiempo, en paralelo con el creciente uso de contratos de prestación de servicios en las entidades

públicas y la falta de actualización de las plantas de personal, que, según la normativa vigente, deberían revisarse cada dos años. Este contexto ha favorecido la consolidación de esta práctica, reforzada por la escasa denuncia de quienes la experimentan, lo cual contribuye a su invisibilización y persistencia.

Aunado a lo anterior, se pudo evidenciar que la existencia de esta práctica expone deficiencias en el funcionamiento de la administración pública, aun cuando se apliquen las disposiciones del derecho administrativo y de la contratación pública. Además, pone de relieve una dinámica de presión ejercida por la administración sobre los aspirantes a contratistas, orientada a que estos realicen actividades sin garantía contractual, como se ha documentado en el segundo capítulo de esta tesis en diversas entidades del ámbito nacional, departamental, distrital y municipal, bajo la promesa de formalizar un contrato en el futuro a cambio de servicios gratuitos.

Explotación encubierta como parte del derecho administrativo y de la contratación pública

Como se ha planteado anteriormente, este estudio ha logrado aportar al análisis del derecho administrativo y de la contratación pública al revelar cómo las experiencias orales de los "colaboradores fantasmas" configuran realidades ilegales que coexisten paralelamente con las normas vigentes. Estas prácticas no contradicen abiertamente el marco normativo, pero reflejan una normalización de lo que se define aquí como explotación encubierta de aquellos que, sin contrato formal, realizan actividades a favor de la administración pública.

Así, se pudo determinar que la denominada "explotación encubierta" constituye una práctica anómala e inválida dentro del marco del derecho administrativo y contractual, toda vez que transgrede los principios de legalidad, formalidad y remuneración justa que rigen la actuación de la administración pública. Aunque su persistencia en la práctica institucional pueda generar una apariencia de normalización, esto no implica en modo alguno su validación jurídica. Por el

contrario, estas prácticas, lejos de consolidarse como costumbre con valor normativo, evidencian serias deficiencias en el funcionamiento administrativo, ya que operan al margen del ordenamiento jurídico y vulneran garantías fundamentales de los particulares que colaboran con la administración sin vínculo legal alguno.

De acuerdo con el derecho administrativo, en cumplimiento de la Constitución de 1991, los funcionarios públicos solo pueden actuar conforme a lo que la Constitución, la ley y los reglamentos le permiten. Por su parte, el régimen de contratación pública establece reglas claras para la suscripción de contratos de prestación de servicios, que deben formalizarse por escrito y seguir las formalidades exigidas. Sin embargo, los hechos cumplidos, definidos como la creación de obligaciones sin el cumplimiento de estos requisitos legales, ponen en evidencia una aplicación irregular. Así, aunque existe una prohibición explícita, la práctica persiste y se ha vuelto común.

En este orden de ideas, se pudo identificar dos factores principales que facilitan la recurrencia de esta práctica: el primero relacionado a la falta de planeación en la administración pública, que genera vacíos en los periodos en que no hay contratistas vinculados y, en consecuencia, no se prevé una estrategia que permita el funcionamiento continuo de la entidad sin recurrir al trabajo no remunerado. En tanto, el segundo factor está vinculado a la falta de denuncia por parte de quienes experimentan esta explotación encubierta contribuye a invisibilizar la práctica y refuerza su perpetuación en el sistema administrativo.

El inicio de una oportunidad de mejora

Este trabajo logró exponer la realidad de la etapa precontractual en los contratos de prestación de servicios, con ello informar sobre la explotación encubierta y así contribuir a la mejora del funcionamiento de la administración pública. De esta manera, se logró reconocer la necesidad de que se favorezca la calidad de vida de los aspirantes a contratistas, permitiendo que

la relación entre la administración pública y los particulares se desarrolle de manera justa y sin menoscabar los derechos de quienes buscan formalizar un vínculo contractual. La exposición de estos aspectos aspira a generar un impacto positivo tanto para las partes involucradas como para la sociedad en su conjunto, promoviendo un beneficio social y económico.

Con todo ello, se reconoce que es de esperar que los elementos discutidos en este documento abran un espacio para reflexionar y mejorar en aspectos de planeación, con el fin de prevenir la explotación encubierta de colaboradores fantasma. El desafío para el derecho radica en que, aunque la existencia de esta práctica es conocida, la falta de denuncias generalizadas crea la percepción de que su impacto es mínimo o inexistente. La renuencia a denunciar puede estar motivada por el temor de ser excluido de futuras contrataciones, generando un efecto de estigmatización que contribuye a perpetuar la situación.

De igual forma, se destaca que la contratación pública no debe verse afectada por preferencias basadas en contactos o influencias que favorezcan una contratación ágil para unos o, en su defecto, retrasen el acceso de otros, en detrimento de los derechos del aspirante. Esta tesis pretende sentar bases que permitan encontrar soluciones a este problema y contribuir a la equidad en el proceso de contratación pública.

En conclusión, este estudio demuestra que la denominada “explotación encubierta” de aspirantes a contratistas constituye una práctica que se desarrolla al margen del marco normativo vigente, en abierta contradicción con los principios que rigen la contratación pública y la función administrativa. Aunque dicha práctica pueda estar revestida de cierta apariencia de normalidad institucional o tolerancia operativa, ello no significa que se enmarque dentro de la legalidad formal. Por el contrario, la persistencia de estas situaciones evidencia vacíos en los mecanismos de control y una preocupante disociación entre la práctica administrativa y el orden jurídico, lo cual exige un

abordaje normativo y judicial más riguroso para garantizar el respeto a los derechos de los particulares.

A pesar de existir reglas claras sobre cómo debe realizarse la etapa precontractual, al interior de la administración pública hay practicas por fuera de las reglas ya establecidas por el Estatuto General de la Contratación Pública (EGCAP) y sus diferentes normas reglamentarias. Así pues, no se puede determinar si estas prácticas perjudican el funcionamiento de la administración pública toda vez que en ultimas logran que su funcionamiento sea “ininterrumpido” a pesar de generar un perjuicio para el colaborar fantasma.

Referencias

Artículos

Agencia Nacional de Contratación Pública. (2018). *Guía de garantías en Procesos de Contratación*.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_garantias.pdf

Agencia Nacional de Contratación Pública. (2023). *Manual de Contratación*.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/files_2020/manual_de_contratacion_compressed.pdf

Agencia Nacional de Contratación Pública. (2024). *Colombia Compra exhorta a las entidades de régimen especial a publicar sus contrataciones en SECOP II*.

<https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/colombia-compra-exhorta-las-entidades-de-regimen-especial-publicar-sus#:~:text=A%20partir%20del%2018%20de,establecidos%20en%20la%20Circular%20Externa.>

Agencia Nacional de Contratación Pública. (s.f.). Plan Anual de Adquisiciones.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gerentes/Modulo4/tema-1/4-plan-anual.html>

Agencia Nacional Digital. (2021). Procedimiento de Contratación de Prestación de Servicios.

https://and.gov.co/sites/default/files/2022-09/CT.PR_01ProcedimientoContrataci%C3%B3nPrestacionServicios.pdf

Agudelo Ibáñez, S. (2019). La Actio In Rem Verso: garantía para obtener el restablecimiento patrimonial por el enriquecimiento sin causa de la administración ante la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal. *Universidad Libre de Colombia*. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15411>

- Alzare Ortiz, J. (2020). Enriquecimiento sin causa en los Contratos Públicos. *Unaula*.
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiU6dX2mLiLaxUGQTABHZEVGfIQFnoECDAQAQ&url=https%3A%2F%2Fpublicaciones.unaula.edu.co%2Findex.php%2FPluriverso%2Farticle%2Fdownload%2F1357%2F1611%2F4287&usg=AOvVaw1WcW1mthiZiQ3wRWGoRO4>
- Ámbito Jurídico. (2019). *Contrato de prestación de servicios es excepcional y por el término estrictamente indispensable: Sección Segunda*. Legis.
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/contrato-de-prestacion-de-servicios-es-excepcional-y>
- Ámbito Jurídico. (2021). Las etapas de la contratación estatal. *Legis*.
<https://blog.legis.com.co/juridico/etapas-contratacion-estatal>
- Anaya Borrero, B., Andrade Betancourt, D., Herazo Molina, S., & Sánchez Hernández, D. (2014). El contrato de prestación de servicios en la legislación colombiana.
<https://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/989>
- Anónimo. (2022). Contrato de prestación de servicios: Aspectos para tener en cuenta al suscribirlo. *Actualícese*.
<https://actualicese.com/contrato-de-prestacion-de-servicios-aspectos-para-tener-en-cuenta-al-suscribirlo/>
- Arroyave Flórez, J. (2017). ABCES Sobre Contratación Estatal. *Universidad CES*.
<https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/3132/35-Contratacion%20Publica%20o%20Estatal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arteaga, J. (2014). Características del Contrato de Prestación de Servicios Suscrito con Personas Naturales. *Universidad Militar Nueva Granada*.
<https://repository.unimilitar.edu.co/server/api/core/bitstreams/467fd9c3-95f5-4af2-bf65-90fab74a68e9/content>

- Bartel, R., Graham, N., Jackson, S., Prior, J., Robinson, D., Sherval, M., & Williams, S. (2013). Legal Geography: An Australian Perspective. *Wiley* 51(4), 339-353.
<https://onlinelibrary.wiley.com/toc/17455871/2013/51/4>
- Benavides Russi, J. (2009). El contrato estatal: Entre el derecho público y el derecho privado. *Universidad Externado de Colombia*. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2732>
- Benavides Russi, J. (2020). Cláusulas excepcionales, potestades públicas y poderes unilaterales de la Administración contratante: prerrogativas, derechos y cargas. *Universidad Externado de Colombia*. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/1bf55a52-35d7-4157-8f79-9d320362cc5c/content>
- Benavides, J. (2010). Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad. *Universidad Externado de Colombia*.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2512>
- Benítez Vásquez, B., & Miranda Padilla, M. (2018). Inobservancia del Principio de Planeación, Como Causa de Ineficacia en la Ejecución de los Contratos Estatales. *Universidad del Simú, seccional Cartagena*.
<http://repositorio.unisinucartagena.edu.co:8080/xmlui/handle/123456789/1015>
- Betancur Hincapié, G., Londoño Muñoz, C., & Múmera Rendón, M. (2017). Las Cláusulas Excepcionales en la Contratación Estatal. *Revista Nuevo Derecho*, 13 (21), *Institución Universitaria de Envigado*.
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjA8a3Qy4eLAXWFVzABHbJ5PUIQFnoECDEQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6364087.pdf&usg=AOvVaw0GhoHalbEmljPTRGCVsKfx&opi=89978449>

- Buchely Ibarra, L. F. (2014). Activismo burocrático—Las burocracias callejeras y la construcción cotidiana del principio de legalidad. *instname:Universidad de los Andes*.
<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/7795>
- Cabra Camargo, P. (2014). La autonomía de la actio de in rem verso vs la pretensión contenciosa administrativa de reparación directa para alegar el enriquecimiento sin causa. *Universidad Nacional de Colombia*.
<https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/47632/46670192.2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Canal Silva, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. *Universidad Externado de Colombia*.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4591/5396>
- Castrillón Arango, D. (2022). Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución? *Universidad Externado de Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo*.
 doi:10.18601/21452946.n27.08.
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe. (2023). Etapas de la contratación. *Cerlalc*. <https://cerlalc.org/recomendaciones-para-autores/etapas-de-la-contratacion/#:~:text=Etapa%20precontractual&text=Discuten%20y%20definen%20el%20objeto,Acuerdan%20la%20duraci%C3%B3n%20del%20contrato>.
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*. <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias/manual-para-determinar-y-verificar-los-requisitos>
- Colombia Compra Eficiente. (2016). *Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado*.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2018). *Guía para la liquidación de los Procesos de Contratación*.
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_liquidacion_procesos.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2023). *Guía para la incorporación de lineamientos de integridad en la contratación de prestación de servicios*.
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce-eicp-gi-23_guia_contratacion_prestacion_de_servicios_v1_11-07-2023_def_1_1.pdf

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Gestión contractual - Modificaciones del Contrato*.
<https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii/3235/22987/Modificaciones%20del%20Contrato>

Comfamiliar Huila. (2024). *Manual de Obligaciones para Contratistas*.
<https://comfamiliarhuila.com/media/2021/11/manual-obligaciones-contratistas.pdf>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Manual de Contratación*.
<https://www1.funcionpublica.gov.co/documents/418537/1035318/Manual+de+Contrataci%C3%B3n+V12.pdf/bd03b7b9-b76b-49c0-a762-bda48c6f5a59>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (s.f.). *¿Qué es SIGEP II?*
https://www1.funcionpublica.gov.co/web/sigep2/que_es

Departamento Administrativo de la Función Pública. (s.f.). *¿Qué es un conflicto de intereses?*
<https://www1.funcionpublica.gov.co/web/identificacion-declaracion-conflicto-intereses>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (s.f.). *Modalidades de Selección del Contratista*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gerentes/Modulo4/tema-2/1-modalidades.html>

Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública. (2022). *Circular Conjunta No. 100-005-2022*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=200223>

Días Restrepo, J. (2009). El Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos. *Revistas UNAB*. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjY3ryxz4iLAXVzbTABHU9bJN0QFnoECB0QAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.unab.edu.co%2Findex.php%2Fsociojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F7%2F7%2F&usg=AOvVaw1aavgs13ehGbrtOlkkTtm2&opi=89978449>

Echeverry Villamil, G. (2011). Registro único de proponentes: Requisito habilitante oportunidad transparente para contratar con el Estado. *Universidad de La Sabana*. <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/232?locale-attribute=es>

Expósito Vélez, J. (2022). La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado. *Universidad Externado de Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/7579/12477>

Fabregas Rumbo, M. (2024). ¿Contrato de Prestación de Servicios, Abuso u Oportunidad en el Sector Público? *Universidad Santo Tomás*. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/54581>

Fisapay. (2023). *Contrato por prestación de servicios en Colombia*. <https://fisapay.com/blog-cliente-empresa/contrato-prestacion-de-servicios/>

Fiscalía General de la Nación. (2018). *Tipologías de Corrupción en Colombia*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-III.pdf>

- Frías Rubio, C. (2021). El injusto penal en el delito de interés indebido en la celebración de contratos. *Universidad Externado de Colombia*.
<https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/943e4267-b22a-46ad-96c0-5a47a41ba89b>
- García Calume, J., & Urrutia Ramírez, J. (2012). *El contrato de prestación de servicios en la legislación contractual administrativa colombiana*. Universidad de la Sabana.
<https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/3684?show=full>
- García Cardozo, K., & Alcalá Villanueva, H. (2017). El contrato de prestación de servicios y su abuso en el sector público colombiano. *Universidad de Ibagué*.
<https://repositorio.unibague.edu.co/entities/publication/35399cc7-cfec-499b-9bc3-012f15f5301f>
- Gómez Lee, I. (2010). Contratación visible. Manual para un buen control de recursos en la contratación pública. *Universidad Externado de Colombia*.
- González Arenas, M. (2019). *Diferencias en la calidad del empleo público en Colombia: Una comparación entre empleados de planta y contratistas*. Universidad de los Andes.
<http://hdl.handle.net/1992/44117>
- González Rodríguez, M. (2022). *Contrato Realidad: Vinculación laboral oculta en los contratos por prestación de Servicios*. *Universidad Militar Nueva Granada*.
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22998/Contrato%20Realidad-%20Vinculaci%C3%B3n%20laboral%20oculta%20en%20los%20contratos%20por%20prestaci%C3%B3n%20de%20Servicios-.%20%283%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- González, M., Erazo, W., & Padilla, M. (s.f.). Contratos por prestación de servicios sí afectan la calidad del empleo público. *Universidad de los Andes*.

- Hernández, A. (2009). La liquidación del Contrato Estatal. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1, Article 1. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597>
- Hernández, A., & Smith, M. (2015). Principio de la selección objetiva en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. *Universidad Santo Tomas*. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/30870>
- Jaramillo Sierra, I., & Buchely Ibarra, L. (2019). Etnografías Burocráticas. Una mirada a la construcción del Estado en Colombia. *Universidad de los Andes*.
- KREAB. (2021). Funcionarios públicos: La representación del gobierno. <https://kreab.com/bogota/insight/funcionarios-publicos-la-representacion-del-gobierno/>
- López Ospina, G., & Sarmiento Ospina, C. (2019). Hechos cumplidos en la contratación estatal en Colombia. Análisis jurisprudencial sobre la responsabilidad en el periodo 2009 – 2018. *Universidad la Gran Colombia*. <https://repository.ugc.edu.co/items/ada93f2b-9c80-4a6f-a810-9d8634181d95>
- López Pemberthy, P. (2015). La liquidación de los contratos estatales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), Article 123. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a04>
- Marín Monje, D. (2019). Responsabilidad por los daños causados durante la etapa de formación del contrato estatal. *Universidad Externado de Colombia*. <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2194>
- Martínez Castilla, S. (2016). La burocracia: elemento de dominación en la obra de Max Weber. *Revista Misión Jurídica*. ISSN 1794-600X. <https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/LA-BUROCRACIA-ELEMENTO-DE-DOMINACION-EN-LA-OBRA-DE-MAX-WEBER.pdf>

- Martínez Sánchez, H., & Rivera González, D. (2023). Con La Nulidad Del Contrato De Prestación De Servicios y El Reconocimiento De Un Contrato Realidad, Judicialmente Nacen Acreencias Laborales Que Son Imprescriptibles. *Universidad La Gran Colombia*. <https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/dac1ecbc-f121-4f06-b444-a82c00aa98f0/content>
- Melo Rodríguez, H., & Moreno Barbosa, J. (2018). Contratación directa, excepción o generalidad. *Universidad La Gran Colombia*. <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/4076>
- Méndez Bernal, D., & Mosquera Melo, C. (2018). El Enriquecimiento Sin Causa como título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por hechos cumplidos, a la luz de la Constitución Política de 1991. *Universidad Libre de Colombia*. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17936/EL%20ENRIQUECIMIENTO%20SIN%20CAUSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de Educación de Colombia. (2021). *Análisis del Sector de Contratación Directa*. https://www.mineducacion.gov.co/1780/articles-406428_CN_003.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2023). *Guía para la realización de las evaluaciones médicas ocupacionales*. <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/GTHG02.pdf>
- Ministerio de Trabajo de Colombia. (s.f.). *Proceso de contratación con contrato de prestación de servicios*. <https://www.mintrabajo.gov.co/web/empleosinfronteras/proceso-de-contratacion-contrato-prestacion-servicios>
- Ministerio del Trabajo de Colombia. (2024). *Trabajadores Extranjeros en Colombia*. <https://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/movilidad-y-formacion/grupo-de->

gestion-de-la-politica-de-migracion-laboral/ii-poblacion-objetivo/trabajadores-extranjeros-en-colombia

- Murillo Mena, J. (2014). Las facultades discrecionales en el estado social de derecho colombiano: Una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. *Universidad del Rosario*. Doi: https://doi.org/10.48713/10336_9638
- Naranjo Coy, A. (2023). Afectación al derecho del trabajo en Colombia: Prestación de servicios en la administración pública o contrato laboral. *Universidad Católica de Colombia*. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/4cc1f829-78f0-4896-923a-1cf6ab40003f>
- Ocampo Suárez, J. (2021). Incidencia del principio de anualidad del presupuesto público en la gestión contractual de las entidades sometidas al egcap en Colombia para atender gastos de funcionamiento. *Universidad de Caldas*. <https://repositorio.ucaldas.edu.co/server/api/core/bitstreams/7ac574e5-9a2b-44a3-ad54-0d0716ec4f81/content>
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Igualdad de remuneración por trabajo de igual valor*. <https://www.ilo.org/es/resource/24-igualdad-de-remuneracion-por-trabajo-de-igual-valor>
- Osorio Moreno, N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista Digital de derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia*. 10, 95–108. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3687>
- Pabón, M. (2021). Contratación directa, ¿excepción o regla en Colombia? *Misión de Observación Electoral*. <https://www.moe.org.co/wp->

content/uploads/2021/09/MOE_Contrato%CC%81n-Directa-excepcio%CC%81n-o-regla-en-Colombia.pdf

Parra Laguna, N. (2022). Licitación pública como excepción en la contratación estatal. *Escuela Superior de Administración Pública ESAP*.

<https://repositoriocdim.esap.edu.co/bitstream/handle/20.500.14471/27314/PARRA%20LAGUNA%20NELSON%20HERN%20C3%81N.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Real Academia Española. (s.f.). Definición de Característica.

<https://www.rae.es/desen/caracter%20C3%ADstica>

Real Academia Española. (s.f.). Definición de explotación. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/explotaci%20C3%B3n>

Rentería Palacios, H. (2022). Aplicación del principio de transparencia en la modalidad de contratación directa a partir de la declaratoria de urgencia manifiesta en el municipio de Medellín en el año 2020. *Universidad Pontificia Bolivariana*. https://investigacion.upb.edu.co/ws/portalfiles/portal/68182613/art_culo_avance_renter_a_vDefinitiva.pdf

Revista Semana. (2023). Contratos de prestación de servicios: así buscan ponerles tatequieto a los abusos que se presentan en Colombia.

<https://www.semana.com/politica/articulo/contratos-de-prestacion-de-servicios-asi-buscan-ponerles-tatequieto-a-los-abusos-que-se-presentan-en-colombia/202338/>

Romero Rodríguez, G., Sierra Torres, M., Anaya, Á., & Rodelo García, M. (2023). La solución de continuidad en contrato de prestación de servicios con entidades estatales respecto del contrato realidad. *Scielo*.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412023000200207

- Sandoval Quintero, H., & Delacruz Giraldo, G. (2019). Principios constitucionales del derecho laboral administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano. *Universidad Militar de Nueva Granada. Prolegómenos*.
<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/3101/3863>
- Secretaría de Gobierno de Bogotá. (2024). *Listado de documentos requeridos para validación de perfiles contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión*.
- Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá. (s.f.). Infografía - Transparencia y Acceso a la Información Pública. <http://www.secretariajuridica.gov.co/infografias-contratacion>
- Sierra Caballero, J. (2014). *El contrato de prestación de servicios como una forma de vulneración de la ley por parte de la administración*. Universidad de los Andes.
<http://hdl.handle.net/1992/12662>
- Soto Iguarán, M., & Zarante Bahamón, G. (2003). Responsabilidad del contratista y cumplimiento del contrato estatal. *Universidad del Rosario*.
<https://repository.urosario.edu.co/items/4cf2c99f-26ff-473d-ae1f-83fcbd15dd81>
- Tamayo Lombana, A. (2005). *Manual de Obligaciones. Teoría del Acto Jurídico y otras fuentes*. (6a ed). TEMIS.
- Torres Barrera, L. (2019). Análisis del contrato por prestación de servicios, como una modalidad alterada al momento de dar cumplimiento el mandato constitucional. *Universidad Católica de Colombia*. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/b7654553-b54f-4030-b152-e87ed40a7125>
- Trelles de Belaunde, O. (2002). El Contrato Administrativo, el Contrato- Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos. *Dialnet*.
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj0ktaekoeLAXUGmYQIHdYTLRUQFnoECDsQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unir>

ioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5110287.pdf&usg=AOvVaw2mRNMxE2kGtSW_zI6lf_Ce&opi=89978449

Valderrama Mejia, M., & Lopera Monsalve, L. (2024). Como el indebido contrato de prestación de servicios encubren verdaderas relaciones subordinadas en Colombia. *Tecnológico de Antioquia, Institución Universitaria*. <https://dspace.tdea.edu.co/handle/tdea/5110>

Valencia González, L. (2024). El poder discrecional del servidor público. *Revista de la ESAP*. <https://revistas.esap.edu.co/index.php/polemica/article/view/1078>

Vásquez Fernández, H. (2021). Los contratos de prestación de servicios y la corrupción de la democracia. *Revista Sur*. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1745-5871.12035>

Velásquez, A., & Díez, C. (2019). El contrato de prestación de servicios en el estatuto general de contratación de la administración pública: Un tipo contractual de compleja celebración. *Pontificia Universidad Javeriana. Universitas*, 68(139). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27239>

Villasmil Prieto, H., & Carballo Mena, C. (2019). Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo. *Universidad Libre de Colombia*. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/RecomendacionesOIT.pdf>

Libros

Arango, D. (2021). *Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución?* Revista Digital de Derecho Administrativo, 27, Article 27. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n27.08>

Arias Fonseca, J. (2013). El enriquecimiento sin causa y la acción in rem versó en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal. *Jurídicas CUC*, 9(1), 143-181.

- Bernal Moreno, E. (2021). El abuso del contrato de prestación de servicios en Colombia como una forma de huir del derecho del trabajo. *Universidad Nacional de Colombia*.
- Dromi, J. (1992). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea, Tomo 1.
- Duque Botero, J., & Vanegas Vidal, L. (2023). GPS Contratación Pública Guía Profesional. (2da ed.). *Tirant*.
- G., S., & Brewer Carías, A. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Primera edición. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Rey, A. (2023). *Derecho regateado: cuentos de un acueducto comunitario*. Editorial Universidad del Rosario.
- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2014). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. *Séptima Edición. TEMIS*.
- Palacio Jaramillo, M. (2022). *Contratos estatales*. Vol. tomo 1. Grupo Editorial Ibáñez.
- Rocha Alvira, A. L. (2009). *Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones*. Universidad del Rosario. Primera edición.
- Rodríguez Tamayo, M. (2015). *Los Contratos Estatales en Colombia*. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. (2.a ed.).
- Roldan, J. (2014). Regulación del contrato de prestación de servicios. *Asuntos legales*.

Jurisprudencia y Conceptos

- Agencia Nacional de Contratación Pública. (2022). *Documento: C-572 de 2022*.
<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/conceptos/c-572-de-2022/>
- Agencia Nacional de Contratación Pública. (2023). *Concepto C-192 de 2023*.
<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiac>

ompra.gov.co%2Fwp-content%2Fuploads%2F2024%2F05%2F1693431349259-C-192.docx&wdOrigin=BROWSELINK

Colombia Compra Eficiente. (2021). *Concepto C – 619 de 2021*.

<https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/12/CCE-C-619-2021.pdf>

Colombia Compra Eficiente. (2022). *Concepto C – 223 de 2022*.

<https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/06/1653497321549-C-223.pdf>

Colombia Compra Eficiente. (2023). *Documento: C-001 de 2023*.

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/conceptos/c-001-de-2023/>

Consejo de Estado. (2009). *Sentencia de Unificación 35026 de 2009*. C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. (2017). *Sentencia 22324 de 2017*. C.P. Jorge Octavio Ramírez.

Consejo de Estado de Colombia. (1995). *Sentencia 9140 de 1995*.

Consejo de Estado de Colombia. (2003). *Sentencia con radicado IJ-0039 de 2003*. C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Consejo de Estado de Colombia. (2006). *Sentencia 4286-05 de 2006*.

Consejo de Estado de Colombia. (2007). *Sentencia 15324 de 2007*. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. (2007). *Sentencia 24715 de 2007*. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. (2007). *Sentencia 31447 de 2007*. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. (2008). *Sentencia 35827 de 2008*. C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. (2009). *Sentencia 15757 de 2009*. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado de Colombia. (2011). *Sentencia 15935 de 2011*. C.P. Dario Rojas Betancourth.

Consejo de Estado de Colombia. (2011). *Sentencia 17767 de 2011*. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado de Colombia. (2012). *Sentencia 24897 de 2012*. Rad. No. 73001-23-31-000-2000-03075-01 C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado de Colombia. (2013). *Sentencia 18069 de 2013*. Rad. 11001-03-27-000-2010-0003-00 C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

Consejo de Estado de Colombia. (2013). *Sentencia 19083 del 2013*. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia 18943 de 2014*. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente No. 24454*. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. (2016). *Rad. 33130 de 30 de junio de 2016*. C.P. Danilo Rojas Betancourt.

Consejo de Estado de Colombia. (2019). *Sentencia 44352 de 2019*.

Consejo de Estado de Colombia. (2021). *Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2 de 2021*.

Consejo de Estado de Colombia. (2021). *Unificación de jurisprudencia sobre contratos de prestación de servicios no prohíbe ni restringe su celebración*.
<https://www.consejodeestado.gov.co/news/index-16.htm>

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2016). *Concepto 2263 del 17 de marzo de 2016*.

Contraloría General de la República. (2013). *Concepto EE4240 de 2013*.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C-614 de 2009*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C-713 de 2009*. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia C-031 de 1995*. M.P. Hernando Herrera Vergara.

- Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-020 de 1996*. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-101 de 1996*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-154 de 1997*. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-326 de 1997*. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C-508 de 2002*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *en sentencia C-893 de 2003*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia C-094 de 2003*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *C-614 de 2009*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-171 de 2012*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C-416 de 2012*. C.P. Adriana María Guillén Arango.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C-224 de 2013*. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023). *Sentencia T-074 de 2023*. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). *Sentencia del 19 de diciembre de 2012*. Rad. Referencia: 54001-3103-006-1999-00280-01 M.P. Jesus Vall De Rutén Ruiz.
- Departamento Administrativo de la Función pública. (2022). Concepto 348851 de 2022.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=200050>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2020). *Concepto 070961 de 2020*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=118259>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2021). *Concepto 333341 de 2021*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=173513#:~:text=Obligaci%C3%B3n%20de%20definir%20la%20situaci%C3%B3n,cumpla%2050%20a%203%20de%20edad.>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2022). *Concepto 048971 de 2022*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=183409#:~:text=La%20Ley%20de%20Garant%C3%ADas%20proh%C3%ADbe,de%20la%20Rep%C3%BAblica%20sea%20elegido.>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2022). *Concepto 222751 de 2022*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=195224>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2023). *Concepto 018491 de 2023*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=206784>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2023). *Concepto 093091 de 2023*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=218690>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2023). *Concepto 183291 de 2023*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=218456>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2024). *Concepto 033881 de 2024*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=237415>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2025). *Comunicado de Prensa 001 del 7 de enero de 2025*. <https://www.dian.gov.co/Prensa/Paginas/NG-Comunicado-de-Prensa-001-2025.aspx#:~:text=Bogot%C3%A1%2C%20D.C.%2C%207%20de%20enero,los%20datos%20de%20los%20contribuyentes.>

Ministerio de Trabajo. (2018). *Concepto No. 08SE2018120300000031543 de 2018.*

<https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59665581/11EE2018120000000039599+COTIZACION+TRABAJADOR+INDEPENDIENTE.pdf>

Procuraduría General de la Nación. (2016). *Resolución 461 de 2016.*

https://apps.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1510_PGN-R-461-16.pdf

Secretaría Jurídica Distrital de Bogotá D.C. (2018). *Directiva 019 de 2018.*

Anexos

A. Experiencias Silenciadas

La explotación encubierta tal como se verá en las entrevistas que se enseñan en esta parte del texto, es más común de lo esperado y en el proceso investigativo, se encontró el caso de Charlotte Schneider, una persona que durante 10 años celebró contratos de prestación de servicios para la Secretaría de Salud de Bogotá D.C. y al cabo de este tiempo terminó su relación contractual sin que le renovaran el contrato. Esta persona manifestó que *“entre contrato y contrato había una desventaja, porque a veces había tiempos en donde no estaba contratada, pero que, de todas formas, tenía que permanecer, ir a la secretaria y seguir cumpliendo con algunas funciones”*. En consecuencia, la Corte Constitucional fallo a favor de la demandante al ordenar que fuera vinculada como personal de planta de la Secretaría de Salud de Bogotá, luego de probar que trabajó de forma ininterrumpida durante 10 años en la entidad como contratista, realizando funciones permanentes de la entidad. (Alvarado, 2019)

Así pues, con base en mi experiencia y el caso de Charlotte Schneider, empecé a indagar si estas prácticas se presentaban con otras personas y efectivamente encontré diferentes casos. Sin embargo, unas han tenido experiencias favorables al suscribir el contrato en cuestión de días, mientras que otras, se han demorado semanas o incluso meses.

Cada experiencia tiene diferencias, pero todas se relacionan en que han sido objeto de explotación encubierta. Por tanto, a continuación, se mostrarán las entrevistas realizadas que permiten ver y explicar la práctica.

Entrevista 1. Una de las entrevistas, fue realizada a un ingeniero de petróleos con MBA de 54 años que trabajó en la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), (Comunicación personal, 28 de marzo de 2024, Bogotá, Colombia) esta persona trabajo en 2018 en la entidad y manifiesto haber realizado actividades a favor de la administración pública durante 27 días aproximadamente, previo

a la suscripción del contrato. Durante este tiempo, menciona que iba para que el jefe encargado de la contratación lo viera, pero también porque tenía el compromiso de sacar adelante los pendientes y dejar al día sus funciones.

En este caso, la persona cuenta que su contrato fue renovado no por favores políticos sino por la calidad de su trabajo y porque no había otra persona que realizara sus funciones. Sin embargo, a pesar de haber realizado las funciones el jefe de la dependencia o la persona encargada de la contratación no le dijo nada sobre las tareas realizadas, lo único claro era que no podía dejar evidencia de las funciones realizadas.

Entrevista 2. Otro caso, fue el de una psicóloga de 26 años graduada en el 2020 y que trabajó para una entidad territorial de la provincia del Tequendama en el Departamento de Cundinamarca (Comunicación personal, 28 de marzo de 2024, La Mesa, Cundinamarca), en esta entidad ha tenido 4 contratos y ha tenido que realizar actividades sin contrato en tres de ellos, en el segundo contrato duro 30 días y en el tercero y cuarto 10 días cada uno realizando actividades para la administración pública sin tener contrato suscrito.

Esta persona manifiesta que la razón por la que fue contratada inicialmente fue por un favor político debido al contacto de un familiar con el alcalde, y que, para lograr la renovación, trabajó gratis para que la persona encargada de la contratación viera el interés y así obtener el contrato. Sin embargo, también plantea que, si bien existía una amistad con el alcalde, lo que llevó a materializar la renovación fue la calidad la calidad del trabajo desempeñado en el contrato anterior.

Durante los periodos en lo que tuvo que realizar actividades o tareas para la administración pública, deja ver que tuvo varios jefes pero que de igual forma la práctica se repitió, con la diferencia que uno de ellos fue agradecido por las actividades realizadas y pedía disculpas porque que él ya había sido contratista y era consciente que eso no debería ser así. Como también, manifestó haber tenido

otros jefes que son indiferentes con las actividades realizadas y dice que *“lo dan por hecho porque es la forma de ganarse el contrato”*.

Ahora bien, respecto a los diferentes contratos, plantea lo siguiente, *“Si es recién graduado es como una práctica. Pero si ya es profesional con experiencia es complejo que te tengan en esa situación porque ya tienes un perfil formado”*. Por tanto, respecto a la primera renovación manifestó *“que estaba retribuyendo el favor de haber sido contratada sin experiencia la primera vez”*. En definitiva, esta persona no está de acuerdo con el trabajo gratis, y plantea que *“el problema es cuando lo necesitas y ves que aun necesitándolo tu tramite no avanza.”*

Ahora bien, también dice que muchas veces el trabajo lo hacía por la siguiente razón, *“Yo me guio mucho por la actitud de quien me pide el favor. Uno hace las cosas por gusto porque me nace y si no lo hago, todo sale mal en la oficina”* además plantea que *“yo trabajo por necesidad porque tengo que pagar cosas, pero uno está en un periodo de incertidumbre porque no sabe qué va a pasar”*.

En consecuencia, esta persona plantea que su sentimiento frente al trabajo gratis fue de *“enojo, mal genio porque pareciera como si jugaran con el tiempo de uno. No son conscientes de las necesidades de las personas”*. por tanto, esta persona considera que *“Es un problema, porque no se puede tener a las personas haciendo que trabajen gratis. Se puede pedir favores de información, pero cuando piden que haga eventos y haga determinado trabajo eso no está bien. Si yo trabajara en contratación miraría bien el presupuesto, saber cuántas personas puedo contratar, ser responsable de la información que le doy a quien será contratado, ser responsable de no poner a esperar a las personas y no jugar con su tiempo.”*

Teniendo en cuenta esto, una de las preguntas adicionales fue si consideraba que estas prácticas perjudicaban o afectaban a la administración pública, a lo cual manifestó, que estas prácticas *“la afectan porque no hay buena planificación porque no es claro que necesita la administración.*

Porque hay cargos de contratista que deberían ser de planta y otros que no son realmente necesarios.”

Entrevista 3. El siguiente caso, es de una persona que vivió la experiencia de realizar actividades sin contrato para una entidad del orden Nacional y otra territorial. (Comunicación personal, 05 de abril de 2024, La Mesa, Cundinamarca), Es un ingeniero ambiental con especialización en derecho ambiental de 28 años, y más de 5 años de experiencia, que manifiesta haber empezado a trabajar con la administración pública por casualidad, ya que al terminar la universidad realizó sus prácticas en la Corporación Autónoma Regional (CAR), lo particular de este caso es que una vez terminó su práctica, la jefe de la dependencia le dijo que le había gustado su trabajo y que sería contratada, sin embargo manifiesta que *“asistía a reuniones y no me pedían papeles pero me pedían que trabajara. Me decían, por favor asiste”, “acompañanos” y terminé asistiendo a la oficina casi 60 días. Todos los días hasta que por fin me pidieron los documentos y me contrataron”*.

Esta persona cuenta que ha tenido nueve contratos con la administración pública y que en 7 ocasiones le ha tocado trabajar gratis aproximadamente 30 días en cada contrato, y el primero que fueron cerca de 60 días realizando actividades de forma presencial en la CAR y el resto con en una entidad territorial de la provincia del Tequendama del Departamento de Cundinamarca.

Manifiesta que, lo hacía porque, aunque no le decían directamente, si había personas que mencionaban que *“Detrás de ti hay más hojas de vida y tus veras si nos ayudas y te ganas el contrato”*. Por tanto, también dice *“uno necesita el trabajo y escuchar esta información genera presión para realizar las tareas”*.

Ahora bien, esta persona, manifiesta que en su caso particular *“no había quién desarrollara las actividades y tocaba sacar a delante los procesos. Mas, sin embargo, hay personal de planta que puede hacerlo, pero no hay compromiso por parte de los funcionarios”*. Además, plantea que, *“en el fondo si siento que me dan la oportunidad y me toca trabajar gratis”*.

Cuando le pregunte, ¿Por qué razón(es) considera que su contrato fue renovado? Esta persona respondió en primer lugar, por la calidad del trabajo desempeñado en el contrato anterior, pero también manifestó al igual que la anterior persona que influyó mucho las conexiones políticas, de la siguiente manera, *“yo no tengo conexiones el que tiene las conexiones es mi papá. Además, creo que con el primer contrato se cumple el favor político y a partir del segundo depende de la calidad del trabajo de uno”*.

Por lo anterior, considera que *“la administración pública no se aprovecha sino se acostumbra que como siempre se maneja de la misma manera, no le ven el error a la situación”*. Adicionalmente respecto a las actividades que se realizan posterior al contrato terminado y previo a la renovación, esta persona manifiesta que *“son actividades que la administración pública debía tener en cuenta para que una persona de planta las realizara o simplemente hacer algo para que el contrato salga más rápido. Es falta de organización. Muchas de esas actividades son fijas, y deben realizarse por personal de planta. Por ejemplo, sentencia de rio Bogotá, todos los meses hay reuniones es permanente las tareas que hay que hacer, debería existir una persona de planta que haga las funciones para que no se pierda la trazabilidad de los procesos”*.

Así mismo, manifiesta que *“se volvía frustrante, porque uno decía que el esfuerzo no lo reconocen y no lo remunera, y sentía que las personas que manejan los procesos contractuales no tienen empatía con los contratistas, siento que muchas veces no es culpa de la entidad sino de funcionarios específicos. Porque, los procesos son demorados por personas específicas encargadas de los contratos y resulta siendo más largo el tiempo de espera que el tiempo que se demora haciendo un contrato”*. Además, manifiesta que *“Si hay presión de compromisos políticos el proceso de contratación se agiliza. Si no tiene palanca no se agiliza el proceso”*. En conclusión, plantea que esta práctica se va a seguir repitiendo ya que por necesidad siempre habrá alguien que se someta a la práctica.

Entrevista 4. Otro caso, también un ingeniero ambiental (Comunicación personal, 05 de abril de 2024, La Mesa, Cundinamarca), esta persona manifiesta haber suscrito un contrato con la administración pública en 7 ocasiones de las cuales 2 fueron con el SENA en donde no realizó actividades previo a la suscripción del contrato y 5 con una entidad de la Región del Tequendama del Departamento de Cundinamarca, donde la práctica fue reiterada en cada contrato independientemente del cambio de administración.

En este caso, la persona aclaró que *“El trabajo gratis ha sido a principio de año antes de iniciar el contrato y no en los días después de terminar el contrato porque siempre le dije al jefe que como había trabajado gratis al inicio del año no iba a trabajar a fin de año, entonces terminaba el contrato y me iba”*.

Menciona que en cada ocasión el motivo del porque realizó el trabajo gratis fue por compromiso con la administración pública, porque había actividades que si no se hacían la administración podía incurrir en incumplimientos, atrasos. Luego cuando se le preguntó *¿Por qué razón(es) consideraba que su contrato fue renovado? Consideró que había sido por la calidad del trabajo desempeñado en el contrato anterior, porque no había otra persona que técnicamente realizara el trabajo y descartó las conexiones políticas.*

Frente a estas prácticas, la persona manifestó que en ningún momento le pedían el favor, *“pero como me iban a contratar me empezaron a dar trabajo. Como es una práctica normal trabajar sin contrato simplemente me dieron las tareas para realizarlas”*. Aun así, aunque considera que es una práctica común, dice que es injusto e irrespetuoso con la persona.

Al igual que la anterior persona, consideró que *“a nivel general, creo que como es costumbre se aprovecha cuando hay influencias políticas para agilizar el proceso porque cuando no las hay, les dicen a las personas que detrás suyo hay otras personas esperando el trabajo”*.

Así mismo, esta persona cuenta que su sentimiento durante estas prácticas fue generalmente de *“tristeza, rabia, impotencia y desilusión tanto de las entidades como de las personas. Tristeza porque uno es un profesional que tiene experiencia y no valoran el compromiso. Porque hay quienes no son comprometidos y les dan el contrato rápido y uno si es comprometido y juegan con mi tiempo, se aprovechan”*.

Además, esta persona manifiesta que *“me da tristeza por la calidad humana de las personas de la oficina de contratación que son de planta y reciben pago todos los meses y no agilizan los procesos, ellos saben que uno trabaja todos los días y aun así no le agilizan el contrato. Además, me da rabia porque es injusto. Porque tanto el jefe de contratación como el jefe de la oficina donde uno va a trabajar saben que uno está trabajando y no entiendo porque no se apuran, las personas de esta oficina cuando les pregunto por el proceso no responden, y uno se los encuentra en otros lados concentrados en otras cosas (tomando tinto) y no en lo que tienen que hacer.”*

Esta persona considera que esta práctica afecta al estado por la siguiente razón, *“porque en las entidades que he trabajado los de la oficina de contratos son de planta, y si el proceso se hace mal, se pierde el tiempo. Considero que no hay medición por el trabajo de calidad, solo con el tiempo. Además, si al inicio del año o cuando entra un nuevo jefe de la oficina de contratos implementa nuevos formatos o cosas nuevas eso es tiempo perdido en la calidad del trabajo realizado porque hay ocasiones en donde uno entrega los documentos y de un momento a otro, toca volver a iniciar desde cero. Se les paga hagan o no hagan. Por tanto, debería haber medición en la oficina de contratación para evitar los reprocesos. Porque hay ocasiones que devuelven por cosas insignificantes”*.

Adicionalmente, considera esta persona que *“la diferencia en los procesos de contratación depende mucho de las preferencias de los amigos de los jefes o amigos o familiares de los funcionarios de la oficina de contratación”*. Por tanto, a modo de recomendación esta persona

considera que la solución está en que *“se exija que todos los procesos estén establecidos en procesos y procedimientos, que la oficina de control interno garantice el cumplimiento de estos para evitar que se pierdan los recursos, porque cada vez que un proceso debe iniciar de nuevo o que no se mueve se está perdiendo recursos”*.

Entrevista 5. (Comunicación personal, 25 de abril de 2024, La Mesa, Cundinamarca) El siguiente caso se presentó de igual forma en un municipio de la Provincia del Tequendama, corresponde a un tecnólogo en actividad física sistematizada, con más de 10 años de experiencia que se denominará como el “instructor”.

El instructor manifiesta que ha trabajado en dos alcaldías desde el 2012 hasta la fecha y que en una se presentó la práctica del trabajo gratuito de forma reiterada, año tras año, del 2012 al 2015. Mientras que en otra alcaldía de esta misma región la situación no se ha presentado desde el 2017 hasta el 2024, independientemente del cambio de administración.

El instructor cuenta que empezó a trabajar con el Estado por casualidad y que desde el principio se presentó la práctica del trabajo gratis, pero como no tenía experiencia consideró que era normal trabajar 8 o 10 días sin contrato al finalizar el contrato, hasta que, en el 2014, al término del primer contrato del año, en el mes de junio, y hasta agosto del mismo año, siguió realizando actividades para la administración, con la siguiente novedad:

“Un jefe inmediato me dijo que tranquilo que siguiera trabajando que en estos días firmamos y estuve así más de 2 meses. En ese periodo de 2 meses me decían que siguiera trabajando que ya se estaba armando el contrato nuevo. Al tercer mes ya cansado, dije, voy a cobrar y pase mi informe solicitando el pago y me informaron que nunca había tenido contrato durante este periodo. Es decir, trabaje gratis y no me pagaron nada de las actividades realizadas”.

Luego, manifestó que en esta entidad *“se tiene la costumbre que cuando uno no tiene contrato especialmente en ferias y fiestas le dicen, “se tiene que mostrar. Si no viene uno o dos días, lo más seguro es que el otro año no lo tengan en cuenta para su contrato.”* Así mismo, cuenta que, durante toda la administración, le toco trabajar gratis, pero con la particularidad que al parecer los funcionarios públicos de la administración eran conscientes de la irregularidad que, en ferias y fiestas le exigían que trabajara, pero no le permitían portar prendas institucionales y no podía trabajar más de 4 o 5 horas y si le preguntaban debía decir que era voluntario en el evento para que no hubiera ningún problema.

En definitiva, fueron 5 años en los que se presentó la misma práctica, pero en el último año manifiesta que no le fue renovado el contrato por cambio de administración y por no tener palanca política que le ayudara a suscribir un nuevo contrato.

Cuando se le preguntó por las razones para realizar esta práctica, mencionó que fue para que la persona encargada de la contratación viera el interés y así obtener el contrato, además de manifestar que, *“fue porque lo primero que decían es que el jefe me tiene que ver y para mostrarme hay que trabajar y eso significa regalarse unos días apoyando eventos.”* Sin embargo, cuenta que de acuerdo a la información que tenía, quien daba la orden no era el alcalde o incluso los secretarios de despacho sino la persona con la que tenía relación directa. Frente a esto expresa un sentimiento de rabia por regalar su trabajo y su tiempo, pero deja ver que le tocaba hacerlo porque de lo contrario podía quedarse sin trabajo.

De igual forma, con el sentimiento de rabia e indignación, contó que se consideraba que no era justo porque a la hora de contratar no miraban en el historial de la persona en cuanto a los resultados en el trabajo anterior sino solo se basaban que tocaba ganarse el nuevo trabajo como si ya con todo lo que se había hecho no se hubiera ratificado el contrato nuevo.

En cuanto a las razones que llevaron a la renovación, el instructor manifestó que fue por la calidad del trabajo realizado en el contrato anterior y por conexiones políticas, pero que el 90% de las ocasiones fue por la primera opción.

Cuando se le preguntó si podría realizar alguna recomendación a la administración pública frente al trabajo gratis, manifestó que, independientemente de que toque sacar adelante la administración en cuanto a las metas y objetivos diarios, el funcionamiento del sector público debería planearse mejor y no debería utilizarse a los contratistas en fechas en que no se tiene contrato por más relevante que sea el evento. Por tanto, el instructor considera, que en la licitación del evento debería contratarse incluso el apoyo logístico y no acudir al apoyo de particulares sin contrato para ahorrar un recurso.

Esto lo manifiesta porque analiza que si le pasa algo a quien no tiene contrato y esta persona tiene pruebas suficientes puede demandar a la administración pública. Además, que con rabia menciona que es jugar con el dinero y el tiempo de las personas y el trabajo no debería regalarse.

En definitiva, expresa que *“Sale uno bravo. Porque lo utilizan y tras del hecho se debe someter a lo que diga la administración pública. Al fin y al cabo, es política. (...) si uno está en la rosca le sacan el contrato rápido. No es equitativo el proceso contractual.”*

Entrevista 6. En esta oportunidad, (Comunicación personal, 25 de abril de 2024, Chía, Cundinamarca) se trata de una administradora de empresas, especialista en contratación estatal, que manifiesta haberse vinculado con el Estado no por casualidad sino porque era su intención y para lograrlo acudió a apoyo político que le permitió trabajar en una Empresa Social del Estado de la provincia de Sabana Centro del Departamento de Cundinamarca.

Cuenta que le sorprendió *“el protocolo que toca hacer con los alcaldes y concejales para poder adquirir una OPS, el mayor desgaste es poderse reunir con ellos para poder solicitar y que den la*

opción de trabajar.” Manifiesta que tuvo que iniciar labores esperando que la persona encargada tuviera el tiempo de hacer el contrato. Además, informó que inició labores a solicitud de la persona que la recomendó, sin embargo, alcanzó a tener la zozobra si el contrato realmente se materializaría o estaría perdiendo tiempo y dinero. Pero en vista de la necesidad, uno se arriesga y trabaja.

Ahora bien, con tristeza cuenta que debido al cambio de administración en el hospital y por no tener conexiones políticas el contrato no fue renovado. Situación que considera afecta al Estado porque se crea una mala imagen entre la sociedad porque si no tienes padrino político no te contratan y menos aún te renuevan el contrato.

Entrevista 7. Esta entrevista a diferencia de las demás, fue realizada a una persona que había sido secretario de despacho en una entidad territorial del departamento de Cundinamarca, en esta oportunidad menciona que había vivido la experiencia del trabajo gratis desde la posesión de ser jefe de una dependencia donde pudo identificar las razones por las que se genera la práctica.

En su vivencia como jefe, manifiesta que, una de las principales razones por las que no se agiliza el proceso de contratación es por falta de planeación y organización de las entidades, lo cual se alimenta en principio porque existiendo la norma que ordena a las entidades públicas realizar procesos de modernización o reestructuración cada 2 años, esta no se hace, situación que perjudica la entidad porque teniendo la necesidad de más personal esta no se actualiza.

De igual forma, menciona que otra de las razones por las que no se agiliza el proceso al inicio del año es por temas políticos, menciona que a pesar de existir la necesidad de iniciar el año cumpliendo metas del plan de desarrollo, es necesario esperar la aprobación del alcalde para poder contratar a una persona. Lo cual se demora en la medida que todas las secretarías están en la misma situación de esperar la aprobación.

El problema, radica, en que, a pesar de no tener dicha aprobación, la dependencia debe seguir funcionando no solo porque la comunidad lo solicita, sino porque si no el trabajo se retrasa y puede haber informes de entes de control que se deban presentar, para lo cual se requiere de la persona que venía realizando el trabajo porque es quien sabe cómo se realiza el trabajo y a quien se le pide el favor de apoyar mientras el contrato sale.

Entrevista 8. Esta entrevista fue realizada a una mujer que firmó un contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión, de 38 años que trabajo en una entidad de la región del Tequendama del departamento de Cundinamarca. Esta persona, manifiesta haber vivido la práctica del trabajo gratis en varias ocasiones y en todas duró trabajando más de 20 días a la espera de la firma del contrato, incluso en una duró cerca de 45 días.

Dentro de sus funciones estaba apoyando el área administrativa en cuanto al archivo de la entidad y los demás requerimientos del jefe inmediato. En la entrevista cuenta que las razones por las que entró a trabajar a la entidad inicialmente fue porque acompañó en la campaña al alcalde, posteriormente, frente a la pregunta del porque realizaba las actividades manifestó que fue por varias razones, por necesidad, en la medida que es una persona de escasos recursos y si no realiza el trabajo tal vez no le renueven el contrato, también manifestó que sentía un gran aprecio por el alcalde y siempre estaría agradecida con él, de igual forma planteo que debido al trabajo que realizaba sabía que en la secretaría no había quien realizara sus funciones porque el personal de planta no podía hacerlo por carga de trabajo y como le habían prometido 4 años de trabajo “sabía” que ella seguiría prestando ese servicio hasta el final del periodo de gobierno.

Sin embargo, frente a las razones que le daban para realizar el trabajo gratis, menciona que no le daban una razón clara sobre el porqué se daba la tardanza en el proceso, pero que de todas formas sabía que el proceso se demoraba por falta de personal que hiciera el trabajo, pero además porque

debía contar con la aprobación del alcalde. Para lo cual, menciona que en ocasiones le decían que fuera y hablara para que le dieron el visto bueno, en este punto, cuenta que tan pronto tenía el visto bueno en una semana el contrato estaba listo y firmado.

Entrevista 9. Este es el caso de un hombre de 35 años, administrador público, que ha trabajado prestado sus servicios durante 10 años en dos Fondos de Desarrollo Local en la ciudad de Bogotá D.C. Con el paso del tiempo manifiesta que ha adquirido la experiencia suficiente para volverse una persona de confianza para el ordenador del gasto de la entidad y manejar diferentes temas de gran relevancia.

Lo cual ha permitido que, al término de cada contrato, sea relevante y de suma importancia realizar el proceso contractual lo más rápido posible para garantizar que los procesos que maneja no se vean entorpecidos. Además, que, por lo general, estas funciones solo las desarrolla él, convirtiéndose en un contratista indispensable. Sin embargo, a pesar de ser indispensable en algunos procesos, manifiesta que, por lo general al término de cada contrato sigue realizando sus funciones durante aproximadamente 15 días.

Adicionalmente, menciona que se encuentra indignado porque una cosa es lo que enseñan en la universidad, pero, en esta no enseñan la realidad de cómo conseguir un contrato de prestación de servicios y mucho menos enseñan que se debe hacer para renovar un contrato. Por tanto, manifiesta que en muchas ocasiones el hecho que lo contraten y lograr que le renueven el contrato depende del padrino político y de la voluntad del ordenador del gasto.

Entrevista 10. Este caso corresponde a una mujer de 35 años, cuya profesión es Licenciada en pedagogía infantil y manifiesta que prestó sus servicios para un Fondo de Desarrollo Local del

distrito capital a través de un contrato de prestación de servicios. En este contrato iba a desempeñar funciones de apoyo administrativo en el despacho del alcalde local.

Menciona que una vez el alcalde local le dio la noticia de que sería contratada y el momento en que suscribió el contrato pasaron aproximadamente 8 días, En los cuales, empezó a prestar sus servicios, teniendo la certeza de que sería contratada pero igual sin el reconocimiento de honorarios y seguridad social.

En este caso, manifiesta que hubo algunos trámites que se realizaron de forma expedita como la expedición de la ARL, el certificado de registro presupuestal y que el contrato se suscribió realmente rápido debido a que el alcalde exigía que el contrato se “saliera lo antes posible”. De tal forma que, esta persona expresa, que es muy diferente si se tiene los contactos para agilizar los procesos de contratación a cuando no tiene a nadie al interior de la entidad.

Entrevista 11. En este caso, se entrevista a un señor de 45 años, el cual estudió hasta tercero de primaria y prestó sus servicios en una entidad del orden municipal de la provincia del Tequendama en el Departamento de Cundinamarca. En este caso, manifiesta que desempeñaba las funciones de mantenimiento a escenarios y espacios públicos.

Menciona que una vez terminó su primer contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión, debido a que la entidad no tenía el personal de planta para realizar funciones de mantenimiento, el ordenados del gasto le pidió el favor de realizar algunas funciones para mantener en buen estado los escenarios públicos y deportivos del municipio. Menciona que, a pesar de ser funciones de gran importancia para la entidad, el tiempo que duró sin contrato fue aproximadamente de 30 días. En este caso, a pesar de tener un padrino político la razón principal por la que fue renovado el contrato fue por la calidad de su trabajo.

Entrevista 12. Este caso es de una persona de 36 años, que se desempeña como diseñador gráfico. Menciona que en la mayoría de alcaldía en las que ha trabajado ha sido parte del equipo de prensa y que en todas no había personal de planta para desempeñar las funciones de diseño gráfico, y apoyo de prensa del alcalde.

Por tanto, al ser una persona de confianza, al término del contrato se veía en la obligación de realizar trabajos para la administración pública. Manifiesta que, a pesar de que, en ese periodo sin contrato, no asistir a la oficina, todo el trabajo que le enviaban lo hacía desde la casa y lo realizaba un poco más lento porque para él era indignante tener que trabajar sin contrato. En la entrevista hace énfasis que, por lo general, estos periodos sin contrato y de explotación encubierta se realizaban en los meses de diciembre y enero.

Entrevista 13. Este es el caso de una diseñadora gráfica de 30 años que ha suscrito contratos de prestación de servicios con entidades descentralizadas en el departamento de Cundinamarca y así mismo en la Región del Tequendama de este departamento. Manifiesta que, en el único lugar donde le ha tocado trabajar gratis y hacer las veces de colaborador fantasma fue en una entidad descentralizada del orden municipal.

Cuenta que, sus funciones en el contrato antes de ser colaborar fantasma era hacer las veces de oficina de prensa, en esta realizaba apoyo en toma fotos, piezas gráficas, edición de material gráfico y manejaba las diferentes redes sociales de la entidad. Luego cuando termino el contrato de prestación de servicios, el ordenador del gasto le pidió el favor que le apoyara para realizar las funciones del cargo así no tuviera contrato, en vista que nadie más podía realizarlas y en su momento debido a que el presupuesto se había agotado no se pudo realizar adición y prorroga. Además de estar en final de año y tocaba hacer el cierre financiero y administrativo de la entidad.

Entrevista 14. Este es el caso de un administrador público de aproximadamente 35 años, con más de 10 años de experiencia como contratista en fondos de desarrollo local en Bogotá. Durante ese tiempo, ha suscrito entre 20 y 25 contratos de prestación de servicios, muchos de ellos con lapsos sin contrato que oscilan entre 15 días y dos meses.

Relata que, en múltiples ocasiones, luego de finalizar un contrato, continuó desempeñando sus funciones sin vínculo contractual, en espera de una nueva contratación. Manifiesta que esta práctica es común y está “institucionalizada” en la administración pública local. La ausencia de funcionarios de planta y la necesidad operativa de las entidades hacen que el contratista siga trabajando aun sin haber firmado un nuevo contrato. En algunos casos, la entidad ni siquiera le informa que no debe asistir; por el contrario, se asume que debe continuar y se le siguen asignando tareas.

Reconoce que al inicio hay una expectativa optimista de firmar pronto, pero a medida que el tiempo se extiende, surgen preocupación y afectaciones económicas personales. En una ocasión, pese a seguir trabajando, fue reemplazado por otro contratista sin previo aviso, situación que solo descubrió al ver su contrato publicado en el SECOP sin su nombre.

Afirma que estas prácticas afectan tanto al contratista como a la administración pública, pues se generan vacíos operativos y se debilita la prestación del servicio. Propone fortalecer la planeación contractual y aumentar el número de funcionarios de planta como medidas para erradicar esta práctica. Asimismo, destaca que su permanencia o renovación en los contratos ha dependido tanto de la calidad técnica de su trabajo como de factores políticos o administrativos.

Entrevista 15. Caso de un abogado con experiencia como contratista entre 2005 y 2018 en entidades nacionales, regionales y departamentales. Durante este tiempo, suscribió aproximadamente 12 contratos, algunos de ellos simultáneos, con entidades como superintendencias, ministerios y corporaciones autónomas regionales.

El entrevistado relata que fue común iniciar actividades sin contrato, especialmente cuando se trataba de renovaciones. Señala que en varias ocasiones debía responder derechos de petición, elaborar conceptos o realizar funciones propias del nuevo contrato antes de su firma. Incluso, algunas entidades exigían que el propio contratista redactara los términos de referencia y entregables de su futuro contrato, sin haber sido aun formalmente vinculado.

Afirma que esta práctica estaba generalizada, especialmente entre contratistas jóvenes sin respaldo político. Se realizaban estas labores con la esperanza de asegurar la contratación, pues en muchos casos, no hacerlo significaba quedar por fuera del proceso. Además, refiere que a quienes mostraban disposición, se les exigía aún más, en una dinámica que califica como coercitiva y cercana al chantaje institucional.

Reconoce que la calidad del trabajo era un factor importante para ser renovado, aunque con el tiempo también influyeron aspectos políticos y relaciones personales. La administración, en lugar de frenar la práctica del trabajo sin contrato, la reproducía y naturalizaba.

Concluye que esta situación representa un aprovechamiento de los contratistas, especialmente de los más vulnerables, y que, pese a su impacto, es poco denunciada por miedo a represalias laborales. Considera que esta práctica se ha extendido e incluso continúa presente en el ámbito universitario y de asesorías técnicas, y que se requiere una respuesta jurídica clara para regularla y proteger los derechos de quienes la padecen.

Entrevista 16. Caso de un abogado con más de 20 años de experiencia, vinculado a la administración pública mediante contratos de prestación de servicios desde 2018. Ha trabajado con entidades del orden distrital (IDU, Personería de Bogotá) y nacional, acumulando al menos siete contratos en diferentes entidades. Durante ese tiempo, ha experimentado lapsos de hasta un mes entre contratos, periodo en el cual ha debido continuar realizando funciones para mantener su posición dentro de la entidad.

Relata que, en dichos periodos de vacío contractual, el trabajo se torna más arduo, pese a no existir vínculo legal ni pago por los servicios prestados. Esta situación —según afirma— es generalizada, especialmente en momentos críticos del calendario fiscal (como diciembre o inicios de año), donde la ausencia de contratistas y la salida a vacaciones de personal de planta paraliza el funcionamiento administrativo.

Señala que su motivación para trabajar sin contrato combina la necesidad económica, el interés en mantenerse “vigente” ante posibles renovaciones y el gusto por su labor. Reconoce que esta práctica es incentivada por promesas informales como “luego se le compensa el tiempo”, lo cual nunca se concreta. Además, enfatiza que la renovación de contratos depende de una combinación de calidad del trabajo, necesidad institucional y relaciones políticas, siendo estas últimas decisivas en cerca del 80% de los casos, según su experiencia.

Considera que no existe meritocracia en la contratación estatal: profesionales altamente capacitados compiten en igualdad de condiciones con personas de menor trayectoria, sin reconocimiento real a su experiencia. Propone como solución la creación de una base de datos nacional de contratistas con criterios de evaluación objetivos.

Finalmente, denuncia que esta explotación encubierta genera impactos negativos tanto para el contratista como para la administración, al fomentar la precarización laboral, la corrupción en el acceso a contratos y el debilitamiento de la capacidad operativa del Estado, especialmente en épocas de alta demanda de servicios públicos.

Entrevista 17. Caso de una abogada contratista del Estado desde el año 2021, con experiencia en entidades del orden nacional y distrital como el Ministerio de Justicia, la Jurisdicción Especial para la Paz y la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe.

Aunque la entrevistada no ha trabajado directamente sin contrato, ha sido testigo cercano de esta práctica. Relata que varias colegas, especialmente amigas suyas, han laborado durante uno o hasta

dos meses sin vínculo contractual, motivadas por la necesidad económica y la expectativa de ser nuevamente contratadas. Esta labor gratuita se realiza como una forma de “demostrar interés” y permanecer “vigente” ante los ojos del ordenador del gasto, lo que podría facilitar la renovación del contrato.

La entrevistada considera que las razones principales por las cuales se renuevan contratos en la administración pública son: (i) la calidad del trabajo previamente desempeñado y (ii) la existencia de conexiones políticas. La recomendación o “padrinazgo” sigue siendo un factor determinante, incluso por encima del mérito técnico.

Asimismo, afirma que cuando los contratistas reclaman o preguntan por la ausencia de contratación pese a seguir prestando servicios, las entidades suelen justificar la demora en razones presupuestales o de planeación financiera. Sin embargo, no existe respuesta institucional clara o mecanismos que reconozcan el tiempo trabajado de forma informal.

Se evidencia que el fenómeno de los colaboradores fantasma, aunque no siempre vivido en carne propia, es ampliamente reconocido por quienes integran el ecosistema de contratación pública. Además, genera incertidumbre y desgaste emocional entre los aspirantes a contratistas que, al no tener garantías, deben asumir el riesgo de trabajar sin contrato como condición tácita para asegurar su continuidad.

Entrevista 18. Caso de un abogado graduado en 2016 que ha celebrado al menos cuatro contratos de prestación de servicios con entidades públicas como la Gobernación del Quindío, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Club Militar y una experiencia frustrada con INDUMIL en Bogotá.

En su primera experiencia laboral, el entrevistado relata que debió trabajar entre 15 y 20 días de forma gratuita y presencial, cumpliendo funciones como elaboración de conceptos y revisión de documentos, sin contrato ni remuneración, como requisito impuesto para acceder a la contratación.

Le fue expresado directamente: si no prestaba el servicio sin contrato, no obtendría el contrato formal. Aunque considera esto una violación clara de los derechos laborales, aceptó debido a su necesidad y falta de experiencia en ese momento.

Posteriormente, ya con mayor trayectoria, se negó a repetir esa situación en INDUMIL, donde nuevamente le solicitaron iniciar actividades sin contrato, aduciendo demoras administrativas. Ante su negativa, la entidad decidió no contratarlo. El entrevistado señala que esta práctica es frecuente tanto al inicio como en las renovaciones contractuales, especialmente cuando el contrato termina a fin de año y los nuevos contratos se demoran por trámites presupuestales o decisiones políticas.

Reconoce que la administración pública se aprovecha de los aspirantes a contratistas, particularmente de quienes carecen de respaldo político o no están en “la rosca”. En su caso, accedió a su primer contrato por una conexión política, ya que —según él mismo admite— no contaba con experiencia suficiente. Lamenta que esta práctica se haya naturalizado en la cultura institucional y sugiere como medida inicial la formación y sensibilización de los funcionarios públicos, especialmente de quienes intervienen en las fases precontractuales, para evitar el irrespeto por el trabajo y el tiempo del aspirante a contratista.

Entrevista 19. Caso de una abogada con tres años de experiencia como contratista en entidades públicas como el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Cancerología y el ICTEX. Ha suscrito cerca de ocho contratos de prestación de servicios, con lapsos entre contratos de al menos 15 días sin vínculo formal, en los cuales debió seguir asistiendo presencialmente a la entidad, realizando labores sin recibir remuneración.

Manifiesta que esta práctica, aunque no se ordena de forma directa, es inducida mediante solicitudes “informales” o “encargos de buena voluntad” por parte de supervisores que conocen la situación y la necesidad del contratista. Relata que, aunque no tenía respaldo político, ha mantenido sus contratos gracias a su desempeño técnico, lo cual —según afirma— implica esfuerzos

desproporcionados para lograr permanecer: jornadas extendidas, entrega constante y una presión no formalizada pero efectiva.

Durante esos periodos sin contrato, enfrentó incertidumbre sobre si sería nuevamente vinculada. En una ocasión, su contrato se demoró más de dos semanas en ser expedido, mientras veía que los contratos de otros compañeros sí avanzaban. Considera que el sistema se aprovecha de la necesidad de los contratistas, quienes no pueden permitirse simplemente esperar o buscar otras opciones, mientras que la entidad sí puede reemplazarlos fácilmente.

Afirma que la administración pública, a través de quienes la representan, reproduce prácticas que normalizan el trabajo sin contrato, incluso cuando quienes están en posiciones de poder también fueron contratistas anteriormente. Según su testimonio, la presión y el trabajo gratuito se concentran en contratistas técnicos o sin padrinazgo político, mientras que quienes tienen respaldo político no deben asumir este tipo de sacrificios.

Entrevista 20. Caso de una abogada de 31 años con cerca de 10 años de experiencia como contratista en entidades del distrito y del orden nacional. Posee formación avanzada con dos maestrías y una especialización. Ha trabajado en fondos de desarrollo local, la Registraduría Nacional, Secretaría de Desarrollo Económico, Contraloría y Personería.


Relata haber trabajado gratuitamente en todas las entidades donde ha prestado servicios, durante lapsos que oscilan entre un mes y dos meses, antes de la suscripción del contrato. En varios casos, estos periodos no fueron siquiera reconocidos económicamente, a pesar de haber cumplido funciones regulares como directora de control interno disciplinario, asesora jurídica y gestora contractual.

Afirma que la práctica es sistemática, afecta a contratistas sin distinción de modalidad (OPS, supernumerarios, provisionales o libre nombramiento) y es inducida tanto por jefes directos como

por el silencio institucional. En algunos casos, se asignan tareas sin contrato de manera directa, y en otros se disfraza bajo pedidos “informales” de ayuda mientras se resuelve la contratación. Describe con claridad que incluso teniendo respaldo político (“padrino”), eso no garantiza la suscripción inmediata del contrato, pues los coordinadores pueden rechazar aspirantes si no cumplen con las exigencias internas de trabajo previo.

Según su testimonio, todo su equipo de trabajo —20 personas— tuvo que laborar sin contrato en enero de 2025 en la Alcaldía de Rafael Uribe Uribe. Refiere también el caso de una compañera que trabajó durante tres meses sin contrato en el Fondo de Desarrollo Local de Usme, y luego fue excluida por falta de disponibilidad presupuestal, sin reconocimiento del tiempo trabajado.

Considera que la administración pública —o más precisamente, quienes la representan— se beneficia de esta práctica, pues obtiene trabajo gratuito de múltiples contratistas sin asumir ningún costo. Denunciar, según ella, resulta inviable porque implica quedar vetado en futuras oportunidades laborales tanto por los padrinos políticos como por las propias entidades. Reconoce que esta situación se mantiene por responsabilidad compartida entre quienes la promueven y quienes, por necesidad, terminan aceptándola.

		LISTADO DE DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA VALIDACIÓN DE PERFILES CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN	
<p>A continuación, se relaciona los documentos, el nombre como se debe relacionarse cada uno de los anexos (ejemplo 3 Cédula de Ciudadanía) y el orden en que debe enviarlos para iniciar su proceso de revisión:</p>			
No.	DOCUMENTOS	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIÓN
1	Hojas De Vida de la Función Pública - SIDEAP	Actualizada al último mes, firmada (favor marcar si se encuentra inhabilitado o no) presentar al Fondo de desarrollo local de Rafael Uribe Uribe	https://sideap.serviciocivil.gov.co/sideap/
2	Declaración Juramentada de bienes - SIDEAP	Actualizada al último mes, firmada (favor diligenciar como actualización no como posesión) presentar al Fondo de desarrollo local de Rafael Uribe Uribe	https://sideap.serviciocivil.gov.co/sideap/
3	Conflicto de Intereses	Actualizada al último mes, firmada (favor diligenciar como actualización no como posesión) presentar al Fondo de desarrollo local de Rafael Uribe Uribe	https://sideap.serviciocivil.gov.co/sideap/
4	Cedula de ciudadanía	PDF Legible	
5	Libreta Militar	Si aplica (si se encuentra en tramite por favor aportar documento soporte que acredite que se encuentra en tramite y/o Certificado expedido por el comando. mayores de 50 años no aplica	
6	RUT: Nota: En caso que el régimen del contribuyente corresponda a COMÚN, se deberá solicitar copia de la respectiva Resolución de la DIAN, para emitir facturación.	Vigente conforme a la norma 2019 conforme al perfil requerido (la actividad económica debe coincidir con el estudio y/o obligaciones a realizar) En caso que la persona sea responsable de IVA, deberá aportar copia de la respectiva Resolución de la DIAN, para emitir facturación.	https://www.dian.gov.co/tramites/servicios/Tramites_Impuestos/RUT/Paginas/actualizacion_rut.aspx
7	RIT	Registro de Información Tributaria (la actividad económica debe ser la misma que se registra en el RUT)	https://www.shd.gov.co/shd/asl-defaillaciones-solicitar-el-rit
8	Certificado de Antecedentes Judiciales	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024.	https://antecedentes.policia.gov.co:7005/WebJudicial/
9	Certificado de Antecedentes Personería	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024.	https://www.personeriabogota.gov.co/serviciocivile-ciudad/expedicion-deantecedentes

10	Certificado de Antecedentes Procuraduría	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024.	https://apps.procuraduria.gov.co/webcert/Certificado.aspx?m=4&FT=y&Kv=Do189aQ8is2C8U3z9uH4eRFaf08/32mPrG0bH4HhKviHqM030HMsaetl+5uQJN/oE9MEJcQI2y6SdxQVMY9&M1xjwVlkw2Ri-TARjw08p0hivwP2GCLMGR8b+awtuo6WwQlRkVY16W74em8uL17YY5SFV9W5v+Eo6FFeWWKx6G+Rm/XaHa4l9eavT2khrvfl4bir0BS0TfmA/wy3N74i=8&ec=2
11	Certificado de Antecedentes Contraloría	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024.	https://www.contraloria.gov.co/web/guest/persona-natural
12	Certificado de Consulta en el Registro Nacional de Medicas Correctivas	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024..	https://servicio.policia.gov.co/PSC/fm_cnp_consulta.aspx
13	Consulta en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM)	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024.	https://carpetaciudadana.and.gov.co/inicio-de-sesion
14	Certificado de Consulta Inhabilidades delitos sexuales Ley 1918 de 2018 (Cuando aplique- Decreto 753 de 2019)	Consulta con fecha de expedición superior al 30 de Enero de 2024.. NIT DEL FONDO DE RAFAEL URIBE URIBE 899.999.061-9	https://inhabilidades.policia.gov.co/8080/
15	Formato de Autorización consulta inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, (cuando aplique- Decreto 753 de 2019)	Este es el documento que se debe diligenciar, el archivo se adjunta en Word para su correcto y total diligenciamiento.	Documento adjunto
16	Título: Bachiller- Técnico- Profesional	Legible, acta o diploma de grado.	
17	Título De Posgrado	Acta o diploma de grado, del mas reciente al mas antiguo en un único archivo	
18	Experiencia: Certificados Laborales	Del mas reciente al mas antiguo en un único archivo	
19	Fotocopia Tarjeta Profesional	legible cuando aplique)	
20	Certificado antecedentes y Vigencia tarjeta profesional.	(Cuando aplique - inferior a 30 días calendario)	
21	Certificado de afiliación a salud como independiente	Vigente legible (no formulario de afiliación ni pago de planilla) inferior a 30 días calendario	
22	Certificado de afiliación a pensión	Inferior a 30 días calendario	
23	Certificación Bancaria	Con plazo no mayor a un (1) mes de expedición	
24	Certificado de examen pre ocupacional	Con plazo de expedición no mayor a tres (3) años siempre y cuando el contratista no estuviese cesante por más de 6 meses.	
25	Pantallazo de inscripción a SECOP II	El registro debe ser como proveedor	https://community.secop.gov.co/Public/Users/

26	Relación de Contratos de Prestación de Servicios vigentes con otras Entidades Estatales	Este es el documento que se debe diligenciar, el archivo se adjunta en Word para su correcto y total diligenciamiento.	Documento adjunto
27	Pantallazo de inscripción Bogotá tiene talento (talento no palanca)	Registrar, actualizar y descargar comprobante de registro donde se pueda evidenciar número de inscripción	https://www.talentococaelena.gov.co/index.html
28	Consulta ciudadana Declaración juramentada de bienes SIGEP, a través del link https://www.funcionpublica.gov.co/web/sigep2/leytransparenciapublicidad	Crear usuario y seguir el paso a paso. Remitir el documento de PDF generado	https://www.funcionpublica.gov.co/sicd/

Es importante tener en cuenta que la experiencia profesional relacionada en la hoja de vida del SIDEAP debe tener coherencia con las certificaciones de experiencia adjuntadas

Si tiene alguna inquietud remítase al manual de documentos adjunto.

Nota: Una vez tenga todos los documentos completos, actualizados y firmados, por favor remítalos al correo del abogado encargado Con el asunto de la siguiente manera: Documentos-(Nombre completo)