

**EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA LEGISLACIÓN
CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA COLOMBIANA.**

**GERMÁN ENRIQUE GÓMEZ GONZÁLEZ.
JUAN CARLOS URRUTIA RAMÍREZ.**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA.
INSTITUTO DE POSGRADOS.
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL.
CHIA, CAMPUS PUENTE DEL COMÚN.
JULIO DE 2008.**

**EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA LEGISLACIÓN
CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA COLOMBIANA.**

**GERMÁN ENRIQUE GÓMEZ GONZÁLEZ.
JUAN CARLOS URRUTIA RAMÍREZ.**

**Monografía de grado para optar por el Título de Especialista en
Contratación Estatal.**

**Asesor
JORGE ALBERTO GARCIA CALUME.**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA.
INSTITUTO DE POSGRADOS.
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL.
CHIA, CAMPUS PUENTE DEL COMÚN.
JULIO DE 2008.**

Nota de Aceptación.

Chía, Campus Puente del Común, _____.

I. TEMA:

EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS Y SUS PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA LEGISLACION CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA –LEY 1150, DECRETO 066 Y 2474 DE 2008-.

II. TITULO:

LA CONTRATACION DIRECTA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS: ¿VERDADERO INSTRUMENTO PARA LA EFICACIA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA? O FUENTE DE LEGALIZACIÓN DE LAS NÓMINAS PARALELAS.

III. PROBLEMA:

CON LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN, LOS AUTORES PRETENDEN RESPONDER A LA PREGUNTA QUE PRECISAMENTE SE PLANTEA EN EL TITULO DEL DOCUMENTO, TODA VEZ QUE ES ÉSTE EL OBJETO TRASCENDENTAL DE INVESTIGACIÓN Y SUJETO DE CRÍTICA:

- *"CON LA APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE CONTRATACION DIRECTA EN TRATÁNDOSE DE PRESTACION DE SERVICIOS: ¿SE LOGRA LA EFICIENCIA DE LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA? O ¿SE LEGITIMAN LAS NOMINAS PARALELAS?";*
- *ESTÁ EL ESPÍRITU DEL LEGISLADOR CONFORME AL TRATAMIENTO PRÁCTICO DADO A LAS NORMAS EN LA MATERIA?*
- *VULNERA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE PRESTACION DE SERVICIOS LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES?*

IV. OBJETIVOS:

GENERALES:

- ANALIZAR LA DINÁMICA NORMATIVA Y EL DEVENIR JURÍDICO HISTÓRICO RELACIONADO CON LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN TRATÁNDOSE DE PRESTACION DE SERVICIOS.
- ANALIZAR SI CON LA EXPEDICION DE LAS NUEVAS NORMAS (LEY 1150 DE 2007, DECRETO 066 DE 2008, DECRETO 2474 DE 2008) SE MODIFICO LA SELCCION DEL CONTRATISTA EN ÉSTOS CASOS.
- ANALIZAR LAS MOTIVACIONES DEL LEGISLADOR PARA ESTABLECER LOS DISTINTOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.

ESPECÍFICOS:

- DETERMINAR SI EN LA REALIDAD LA CONTRATACIÓN DE PRESTACION DE SERVICIOS TIENDE A LA SATISFACCION DE LAS NECESIDADES DE LA ENTIDAD.
- PROPONER FÓRMULAS EFECTIVAS PARA LOGRAR QUE LA CONTRATACION DE SERVICIOS NO SEA SIGNIFICADO DE LEGITIMACION DE LAS NOMINAS PARALELAS.
- IDENTIFICAR SI CON LA CONTRATACION DE SERVICIOS SE VULNERAN LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR.
- ANALIZAR SI LA CORRUPCIÓN SE ENCUENTRA LIGADA CON LA CONTRATACION DE SERVICIOS DEBIDO A SU PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA.

V. METODOLOGÍA.

TIPO:

HISTORICO (PORQUE SE PRETENDE EN SUS PRIMEROS ACÁPITES RECAPITULAR LOS ANTECEDENTES LEGALES QUE REGULAN EL TEMA).

EXPLORATORIO (PORQUE NO SE CUENTA A LA FECHA CON ESTUDIOS ESPECÍFICOS ACERCA DEL TEMA PLANTEADO).

EXPLICATIVO (PORQUE EL AUTOR SE PLANTEA COMO OBJETIVO ESTUDIAR EL PORQUE DE LA SITUACIÓN Y SE TIENE COMO FUNDAMENTO LA PRUEBA DE LA HIPÓTESIS).

MÉTODO:

CUALITATIVO: (PORQUE SE PRETENDE CON BASE EN CRITERIOS JURÍDICOS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES EL ABSOLVER UN INTERROGANTE COMO EL PLANTEADO INICIALMENTE.

VI. ESTRUCTURA DEL PROYECTO.

(CONTINÚA PÁGINA SIGUIENTE)

MARCO TEORICO.

1. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA.

1.1 APROXIMACION A SU DEFINICION.

1.2 NATURALEZA JURIDICA.

1.3 CLASES DE CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS.

1.3.1 Simplemente de Servicios.

1.3.2 Contrato de Prestación de Servicios Profesionales.

1.3.3 Contrato de Prestación de Servicios Científicos y Tecnológicos.

1.3.4 Contrato de Prestación de Servicios de Salud.

1.3.5 Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión de la Entidad.

1.3.6 Contrato de suministro de servicios.

1.4. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA COLOMBIANA.

MARCO CONCEPTUAL.

2. EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN LA CONTRATACION DE PRESTACION DE SERVICIOS.

2.1. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

2.2. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

2.3. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.

2.3.1. En el decreto 222 de 1983.

2.3.2. En la ley 80 de 1993.

2.3.3. En el Decreto 855 de 1994.

2.3.4. El Decreto 2170 de 2002.

2.3.5. El Decreto 2434 de 2006.

2.3.6. La Ley 1150 de 2007.

2.3.7. El Decreto 066 de 2008.

2.3.8. El Decreto 2474 de 2008.

2.4. LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN VIRTUD DE LA CUANTÍA DEL CONTRATO.

2.5. LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN VIRTUD DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.

2.6. CONCLUSION: LA FORMA DE LA CONTRATACION EN LA PRESTACION DE SERVICIOS.

2.7. LA ESCOGENCIA DE LA MEJOR OFERTA EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS.

2.7.1. Criterios para la asignación (adjudicación) del contrato.

2.7.2. Criterios para la asignación del valor del contrato.

2.7.2.1. La conformidad con los precios del mercado.

2.7.2.2. El contrato de servicios en el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal SICE.

3. CONCLUSIONES.

MARCO TEORICO.

1. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA.

1.1. NOCIONES PRELIMINARES.

En la actualidad, el tema de la contratación por prestación de servicios ha cobrado una relevancia que en épocas de antaño no gozaba, pese a ser una figura legalmente concebida desde las primeras legislaciones contractuales administrativas. Ello es así, por cuanto los desarrollos normativos al respecto cada día tratan más el tema, a veces sin precisión u orden técnico - jurídico, y porque además, se ha tornado en principal figura de la administración pública por cuanto cada día más se desnaturaliza la relación laboral propiamente dicha para pasar a terciarizar la consecución de servicios para el Estado.

En efecto, es de actualidad el encontrar en la Administración pública cada vez más personal vinculado a través de ésta modalidad, así como también, observar como la actividad contractual de las entidades públicas abarcan en un altísimo porcentaje –por no decir su gran mayoría- sus archivadores de sus oficinas jurídicas de éste tipo de contratos.

Importante y obligado es para desarrollar éste breve estudio, el recordar los elementos básicos de lo que en principio constituye una relación laboral, pues con el mismo lo que se pretende es legitimarnos para poder lanzar una serie de conclusiones que tal vez, por incisivas puedan generar incomodidad alguna en la administración pública.

Recuérdese entonces como enseñaba el derecho laboral, que los elementos generales constitutivos de toda relación laboral eran (o son): i) La actividad o prestación personal del servicio; ii) La continuada subordinación o dependencia respecto de un empleador o patrono; y, iii) La remuneración o retribución económica por el servicio prestado. Se enseñaba entonces hasta la saciedad, que en toda actividad o relación en donde se concentraran éstos 3 elementos existía sí o sí, una relación laboral, entendida como un contrato de trabajo propiamente dicho; esto es, excluía de su ámbito de aplicación a los contratos de prestación de servicios.

Ésta afirmación ya no es tan cierta como en pretéritas épocas se afirmaba sin temor a equivocarse y es, por un lado, lo que se pretende confirmar con éste

estudio. Por el otro, pretendemos analizar las formalidades y los procedimientos especiales que las normas contractuales administrativas prevén para el caso de las contrataciones de servicios, para lograr establecer si éstas son razonables, pertinentes o inclusive “legales” en el sentido “justo” de la palabra.

1.2. NATURALEZA JURIDICA – SU DESARROLLO NORMATIVO.

La primera manifestación acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración Pública, fue consagrado solo en favor de las Entidades del orden nacional. Dijo entonces la ley 3 de 1930 que:

*“Queda facultado el poder ejecutivo para contratar con expertos o consejeros técnicos, cuando para la mejor organización de algún ramo especial de la administración pública juzgue conveniente. Los contratos que al efecto se celebren serán validos con la aprobación del consejo de ministros...”*¹

Luego, fue a través del Decreto 1750 de 1976, en aquel, se definió éste contrato como aquel que se celebran entre las entidades estatales y personas jurídicas o naturales para la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones de la Entidad, en el evento en que éstas no pudieren llevarse a cabo con personal de planta. Dijo entonces la norma en su artículo 138:

*“se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas”*².

De entrada puede entonces afirmarse que la definición en sí mismo no ha variado respecto de su primera concepción legal a lo que hoy en día se tiene al respecto.

Sin embargo, en aras de desarrollar nuestro análisis histórico es preciso continuar avanzando en la cronología normativa.

¹ Ley 3 de 1930.

² Decreto 1750 de 1976.

Ya para el año 1983, con la expedición del Decreto 222 se definió de forma directa el contrato de prestación de servicios cuando éste dispuso:

“se entiende por contrato de prestación de servicios el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades desarrolladas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta”.

Para éste entonces, se condicionó la celebración de éstos vínculos contractuales a la previa aprobación de la Secretaría de la Administración Pública de la Presidencia de la República (Art. 163). Como elemento importante para nuestro estudio, ésta norma ya previó una connotación procedimental de cara a su forma de contratación, ello fue, el aprobar expresamente a través del Artículo 43 que su contratación se llevaría a cabo de forma directa. También consagró y precisó el 222 algunas modalidades específicas en torno a la contratación de prestación de servicios, refiriéndose a los de asesoría, los de edición, publicidad, procesamiento de datos, los de carácter técnico o científico, mantenimiento o reparación de maquinaria, de asistencia técnica, etc, casos éstos que se verán en detalle más adelante.

Ya para nuestros tiempos, e importante por ser ésta norma vigente en la materia, también se refirió la ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación Administrativa a ésta naturaleza contractual cuando a través del artículo 32 dispuso:

“...son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollara actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso éstos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el termino estrictamente indispensable”³

Sobre el particular, es preciso decir entonces que la contratación a través de ésta modalidad contractual la facultad y autonomía que ejerce el Estado como empleador y en virtud de la cual, para el ejercicio de las funciones administrativas o meramente materiales que le corresponden para hacer efectiva la gestión pública, vincula a particulares en calidad de Contratistas, en orden a lograr los fines estatales, mediante la celebración de contratos estatales. La contratación está demarcada por las necesidades del servicio, es

³ Ley 80 de 1993, Artículo 32.

eminentemente temporal, obedece a las condiciones personales y profesionales del contratista.

Si bien es cierto que la contratación de prestación de servicios surge por la necesidad de que se realice una actividad relacionada con el funcionamiento de la entidad y, desde este punto de vista, pueden considerarse administrativas, lo cierto es que esta facultad tiene limitaciones en cuanto supedita su celebración a la ausencia de personal de planta que las pueda desarrollar o de personal con los conocimientos especializados o técnicos que se requieran.

Bajo éstas precisiones es que la normatividad disciplinaria consagra como falta la celebración de este tipo de contratos cuando el objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía del contratista y cuando exista personal de planta suficiente o idóneo para desarrollar la labor.

Al respecto, el Decreto 2209 de 1998 modificadorio del 1737 consagró que:

“Art. 1. El artículo 3º del Decreto 1737 de 1998 quedará así: ‘Art. 3 Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán. Se entiende que no existe personal de planta en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, (sic) es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o aún cuando existiendo personal de planta, éste no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo...”⁴.

Es aquí del caso expresar, que la contratación a través de prestación de servicios no es lo que genera la responsabilidad o la falta disciplinaria de que trata el numeral 29 del artículo 48, pues lo que ésta reprocha es la celebración de éste cuando no se cumplen los requisitos previos que ya se han referido, esto es, sin la observancia de lo expuesto por las normas de contratación, así lo dijo de nuevo la Corte en la sentencia en cita cuando expresó que:

“...la falta disciplinaria gravísima consagrada por la disposición demandada no está determinada por la sola suscripción de un contrato

⁴ Decreto 2209 de 1998.

de prestación de servicios sino por el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal...”.

Por ello, no es posible otorgar carácter disciplinable al solo hecho de la celebración del contrato, sin haber observado antes las condiciones que rodearon el hecho conforme se argumentará a lo largo de éstos descargos.

1.3 CLASES DE CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS.

En principio, pareciera que el contrato de servicios fuera una naturaleza jurídica ya de antaño conocida y que no revistiere de mayores facetas, sin embargo, al estudiar con juicio y detenimiento la normatividad contractual administrativa colombiana, se encuentra que la figura ha sido sujeto de múltiples perspectivas. El análisis, demanda el estudiar diferentes normas reglamentarias las cuales, son numerosas frente a lo corto y sencillo que define el artículo 32 de la ley 80 al respecto.

En efecto, son modalidades del contrato de prestación de servicios:

- 1.3.1 Simplemente de Servicios: Naturaleza contractual consagra y definida por el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993. *“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*. Constituye entonces el género de ésta naturaleza contractual, por cuanto la norma define así el “contrato de prestación de servicios” sin connotación o especificación alguna adicional. Ahora, de la lectura de ésta disposición, se pueden generar serios conflictos para el intérprete,
- 1.3.2 Contrato de Prestación de Servicios Profesionales: Especie del género contrato de servicios, que aunque en la ley 80 de 1993 se hacía alusión a su forma de contratación (directa, Art. 24), nada se decía respecto a su definición, vacío llenado por el Decreto 066 cuando en su artículo 81 consagra: *“Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios*

profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita... Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad”.

1.3.3 Contrato de Prestación de Servicios Artísticos: Se colige su existencia de la referencia que respecto a ellos hacen los Decreto 2170 y el 066, cuando al referirse a los contratos profesionales y a los de apoyo a la gestión incluyen ésta particular naturaleza. La Sala de Consulta del H. Consejo de Estado ha expresado, que éstos contratos son los únicos que en estricto sentido pueden catalogarse como “intuitio personae”. Las referidas normas expresan que ésta modalidad puede contratarse de forma directa, con la única exigencia de verificar previamente la idoneidad y la experiencia del particular seleccionado.

1.3.4 Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión de la Entidad: Figura creada tácitamente y en primera instancia por el Decreto 2170 de 2002, hoy derogado. No obstante, lo dispuesto en dicha norma ha sido recogido por la nueva normatividad contenida en el Decreto 066 de 2008 cuando ésta afirma: “*Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. (...) Los servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender*

comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales”. Como ya se transcribió, la norma además de la definición consagra la forma de su contratación, la cual, será directa.

1.3.5 El contrato de prestación de servicios especializados: Es ésta una nueva modalidad de la figura creada también por el Decreto 2170 no tratada por el estatuto general ley 80. Sin embargo, de alguna manera deberán encuadrarse en una de las dos tipologías tratadas en dicha norma general, los de simples servicios o los de servicios profesionales. Debe entonces comprenderse que los especializados serán aquellos que comportan la ejecución de un objeto complejo, que demanda de vasta experiencia, perfil académico y profesional cualificado y que pretende la realización de un cometido intelectual o de especial injerencia en la administración pública. Puede llegar a confundirse con los contratos de consultoría en la medida en que la norma que les crea, es decir el 2170, dispone que para su contratación se hará uso de “factores de calificación” de entre los cuales se dará prioridad a la experiencia relevante del oferente, caso éste que hoy en día con la expedición del Decreto 066 es el que prima en la contratación a través de concursos de méritos, procedimiento éste al que debe someterse la contratación de la consultoría.

1.3.6 Contrato de suministro de servicios: Híbrido jurídico entre el derecho público y el comercial⁵ no previsto como tal por la normatividad legal vigente, pero de aplicación estatal respaldada por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado. Consagró entonces el alto tribunal la viabilidad de ésta naturaleza contractual cuando afirmó: *“por fuera del ejercicio propiamente de funciones públicas y por lo tanto no corresponden al objeto principal de la Entidad, es decir dentro del ámbito de las actividades complementarias de apoyo a la función administrativa es procedente la contratación con particulares, para tales eventos, el contrato pertinente, es el de suministro, definido por el Código de Comercio ... Mediante el contrato de suministro es viables entonces que la administración pública cumpla actividades de apoyo complementario de la función administrativa, tal como ocurre*

⁵ Código de Comercio, Art. 968: *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.*

en los casos específicos de la atención de servicios de aseo, mantenimiento, cafetería y vigilancia...”.⁶

1.3.7 Contrato de Servicios del Sector Defensa: Tratados por el artículo 2 numeral 2 literal i) de la ley 1150 y definidos por el artículo 53 del Decreto 066 de 2008. Son bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los adquiridos para ese propósito por la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura. Ésta disposición relaciona en detalles cuales servicios se entienden son destinados al sector defensa y consagra demás de forma expresa su forma de contratar, ordenando que *“Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes y servicios a que hace referencia el presente artículo se someterán en su celebración al procedimiento establecido para la menor cuantía de conformidad con lo señalado en los artículos 44 a 46 del presente decreto”,* no obstante ello, y bastante contradictorio, reza la norma a reglón seguido que: *“La adquisición de los bienes y servicios relacionados en este artículo se podrá llevar a cabo directamente cuando por razones de seguridad nacional ésta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por el jefe de la entidad”.*

1.4. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA COLOMBIANA.

Necesaria ha sido la intervención de las altas Cortes respecto al tema, pues entre tanta diversidad de especies del contrato en cuestión, poca ha sido la claridad frente a desentrañar el espíritu de cada una de éstas, más aún, en lo que a sus mecanismos específicos de selección de contratistas se refiere.

Si se analizaran las posiciones más relevantes en materia jurisprudencial frente al tema, se podrían encontrar dos de éstas que son las que más importancia, una, la construida por la Corte Constitucional⁷ y otra cimentada por el Consejo de Estado, teorías éstas que determinan dos puntos de vista relativamente contrarios.

⁶ República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Fallo Agosto 27 de 1997, Rad. 951, Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón.

⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-094-03. Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

En ambas tesis, se aprueba lo relacionado con la legalidad en la utilización del mecanismo contractual, pero en cuanto a su forma de operar discrepan ambos Tribunales. En efecto, según lo sentido por la Corte:

“el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción. Es claro, entonces, que el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral”.

Igual sentido tiene el Consejo de Estado⁸ frente a la viabilidad de emplear los contratos de prestación de servicios para llevar a cabo las actividades de apoyo logístico, material, operativo o calificado cuando el personal de planta de la Entidad no fuere el suficiente, pues dijo:

*“En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados”. (sent 14 de noviembre/96 Epx 12541)”.*⁹

“En estas condiciones, a juicio de esta Sala, el hecho de que se hubiesen suscrito contratos de prestación de servicios para mediante ellos lograr la seguridad de bienes que se encuentran a cargo del

⁸ Ver también Unificación de Jurisprudencia, Consejo de Estado, Auto IJ-039 de 2003.

⁹ Consejo de Estado, Sentencia 1996, Exp. 12541, citado en Sentencia IJ-039 de noviembre 18 de 2003, CP. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

departamento de Antioquia para el desarrollo cabal de su misión, **no vulnera la ley**. Incluso, podría afirmarse que, no siendo la vigilancia el objetivo que sustenta su existencia, la liberación de cargas que devienen de la administración de este recurso humano logra canalizar adecuadamente los medios de que dispone para lograr el fin esencial que le ha sido encomendado¹⁰ ”.

Así mismo, ha manifestado la Procuraduría General de la Nación que:

“Es preciso dejar en claro que los contratos de prestación de servicios, se encuentran descritos y regulados por el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993 y el artículo 1 del decreto 2209 de 1998, cuyos requisitos para su celebración se concretan en que solo proceden cuando las actividades que se contratan no pueden realizarse con personal de planta, o requieren conocimientos especiales, o cuando existiendo personal de planta éste no sea suficiente y que la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Es decir que los contratos de prestación de servicios regulados por el estatuto contractual, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratan, inexistencia que puede ser de diferentes naturaleza que plantean las mismas normas y se presenta (i) cuando es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existen servidores que puedan desarrollar las tareas para las cuales se requiere contratar la prestación del servicio; (ii) cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio; o (iii) cuando el personal de planta que existe no es suficiente frente al cúmulo de las tareas que se requiere llevar a cabo.

Por tanto el contrato de prestación de servicios debe ser el producto de necesidades institucionales previamente definidas de conformidad con los estudios que al respecto se hubieren realizado, y que le sirvan a los responsables de la contratación para proferir sus juicios de conveniencia, oportunidad o mérito del contrato respectivo. Este contrato debe responder en realidad a necesidades verificables de las entidades públicas y no al capricho o la subjetividad de los servidores responsables en cada una de ellas”.¹¹

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de abril 3 de 2003. Radicación 1046-02. Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla.

¹¹ Procuraduría General de la Nación, Segunda Delegada para la Contratación Estatal, Fallo, Rad. 165-135425-2006.

Bastante han dicho las altas Cortes con relación al tema y de lo expuesto se observa la uniformidad de criterio en lo que a la legalidad de la naturaleza contractual se refiere. Sin embargo, para efectos netamente pedagógicos y para conocer la posición actual de las mismas, se ponen de presente los más recientes y específicos pronunciamientos, ésta vez, en cuanto a la forma de operar en la práctica la figura jurídica en mención.

1. Posición de la Corte Constitucional.

El máximo tribunal Constitucional en sus fallos, ha tendido de forma incisiva desde hace tiempo alguno a establecer una posición limitada acerca de la celebración y utilización de los contratos de prestación de servicios, invocando siempre razones de determinación temporal y de absoluta necesidad del servicio, queriendo tal vez delimitarle muy bien y resguardarle de incurrir en simulaciones de contrato de trabajo.

La oportunidad más adecuada y en la cual se extendió la Corte sentando jurisprudencia al respecto, fue aquella cuando se ocupó del análisis de constitucionalidad del numeral 3° del artículo 32 del Estatuto Contractual Administrativo (Ley 80). En dicha oportunidad, como ya lo dijimos, la Corte se detuvo en primer lugar a resaltar las diferencias existentes entre el contrato aquí estudiado y el contrato de trabajo, exponiendo:

“...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política”.

b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo”¹².

Es claro, que atendiendo a la interpretación de la Corte Constitucional, un contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997.

del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral.

Igualmente la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del numeral 29 del artículo 48 de la ley 734 de 2002¹³, el cual consagró como falta disciplinaria gravísima, la celebración de contratos de prestación de servicios de vigencia permanente y que además conllevaran la realización de actividades administrativas que contribuyeran de una u otra manera a constituir una nómina paralela, mediante sentencia C-094 de 2003, estableció algunos parámetros que contribuyen a desdibujar la figura del contrato de prestación de servicios y que este pueda llegar a constituir falta disciplinaria, además de generar una relación laboral. Dijo la Corte lo siguiente:

“De este modo, el marco de configuración de la falta disciplinaria que ocupa la atención de la Corte no está determinado por todo el ámbito de los contratos de prestación de servicios sino únicamente por aquellos cuyo objeto involucre el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, es decir, ejercicio de potestad pública o autoridad estatal.

(...),

Este elemento del ilícito disciplinario evidencia una de las irregularidades implícitas en el contrato de prestación de servicios con ocasión del cual se incurre en la falta. Tal irregularidad consiste en hacer girar el objeto del contrato en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo, pues con tal ingrediente se desvirtúa su índole de contrato estatal para imprimirle el carácter de una relación laboral.

Ello es así por cuanto si la persona natural que ha suscrito el contrato de prestación de servicios tiene que cumplir funciones que requieren dedicación de tiempo completo, al contratista se le está exigiendo dedicación exclusiva para el cumplimiento del objeto de ese contrato. No obstante, tal exclusividad es contraria a la índole del contrato de prestación de servicios pues éste no implica un límite a la autonomía del contratista.

(...),

¹³ “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios es la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito. Por ello, un contrato de prestación de servicios que gire en torno a un objeto que implique la subordinación del contratista a la administración no es en verdad un contrato de esa índole sino una relación laboral.

(...),

En supuestos como los indicados no concurren argumentos para afirmar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que celebran tales contratos pues ni se trata de servicios que involucran dedicación de tiempo completo ni se subordina al contratista. Pero si la administración celebra contratos de prestación de servicios y lo hace directamente con las personas que van a prestar el servicio o suscribe contratos para la prestación de servicios profesionales especializados y en todos esos casos exige dedicación de tiempo completo y subordina a los contratistas, o si suscribe contratos de prestación de servicios para atender asuntos administrativos y lo hace por más del tiempo necesario para ampliar la planta de personal, es evidente que ese contrato se desnaturaliza y se generan irregularmente relaciones laborales que resultan traumáticas para la administración. Son supuestos de esta índole los que se acomodan al tipo disciplinario consagrado por la norma demandada.

De este modo y conforme a la jurisprudencia Constitucional son diversos los motivos y circunstancias que dan origen a los contratos de prestación de servicios, pero en todo caso, considera la Corte que estos deben de ser eventuales y absolutamente necesarios en la administración pública. De igual forma, sugiere la Corte la precaución que debe detentar el contratante estatal para no confundir ni permitir la conversión de un contrato de prestación de servicios en un contrato de trabajo.

Para ello, cuidado debe tenerse frente a la impartición de órdenes al contratista y más aún, en cuanto a la exigencia de cumplimiento de horarios o jornadas de trabajo, pues con éstos elementos, en el criterio de la Corte se tergiversa y mal utiliza el fin que persigue el contrato de servicios.

Otra es la tesis al respecto por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo. Observemos.

2. Posición del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal vez precisamente por estudiar más cotidianamente el devenir de la Administración Pública, al estudiar el tema en cuestión ha adoptado una tesis notoriamente más laxa frente a la utilización del contrato de prestación de servicios. En su sentir, ésta tipología contractual es herramienta valiosa para el funcionamiento de las Entidades Estatales debido a lo limitado de los recursos de planta con que cuenta la Administración Pública en general.

En su criterio, el Consejo ha entendido que el contrato de prestación de servicios es de toda lógica viable siempre y cuando éste se utilice para contratar personal con la finalidad de realizar actividades que no fuesen misionales, sino de simple apoyo. Expresó entonces la Sección Segunda:

“No desconoce la Sala que la ley determina que está prohibido a la administración suscribir contratos para el desarrollo de las actividades que de forma permanente están a su cargo. Sin embargo resulta necesario clarificar el alcance de esta prohibición para expresar cuál es el marco que define la función a cargo de la entidad.

Cuando se examina lo relacionado con el desarrollo de la función encargada a una entidad estatal es necesario diferenciar entre aquellas que constituyen el objeto sustancial de su labor y aquellas que resultan necesarias a título operativo, es decir, las que se contraen a facilitar y operacionalizar el objeto o función encomendada.

Bajo los anteriores parámetros se sustenta la actuación de la administración pública de forma que la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado social de derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones.

De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala, sin mayor dificultad, la misión del departamento de Antioquia no consiste en la prestación de

servicios de vigilancia sino en la concreción de políticas de desarrollo social que mejoren las condiciones de vida de la comunidad.

En estas condiciones, a juicio de esta Sala, el hecho de que se hubiesen suscrito contratos de prestación de servicios para mediante ellos lograr la seguridad de bienes que se encuentran a cargo del departamento de Antioquia para el desarrollo cabal de su misión, no vulnera la ley. Incluso, podría afirmarse que, no siendo la vigilancia el objetivo que sustenta su existencia, la liberación de cargas que devienen de la administración de este recurso humano logra canalizar adecuadamente los medios de que dispone para lograr el fin esencial que le ha sido encomendado”¹⁴.

De lo expuesto, podría decirse que si bien una de las finalidades del contrato de servicios lo constituye la ejecución de labores no misionales de la Entidad, no es menos cierto que estaría escapando del análisis del Consejo de Estado lo relacionado con los contratos de servicios profesionales o especializados, lo que ratifica aún más nuestra teoría según la cual, múltiples vacíos genera el hecho de haber creado tan múltiples y diversas facetas en torno a el contrato de prestación de servicios –en general- sin que la ley haya creado simultáneamente un desarrollo claro y específico en cuanto a lo conceptual y a lo procedimental de la escogencia de contratista.

Ahora, dada la posición a veces divergente que se venía presentando en el Consejo de Estado sobre la viabilidad de reconocer prestaciones sociales o sus equivalentes a los contratistas por prestación de servicios cuando se configurará el llamado “contrato realidad”, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, unificó su jurisprudencia sobre el tema en sala plena mediante sentencia IJ-039 de 2003, en donde determinó que era casi imposible que se pudiese llegar a constituir una relación laboral de un contrato de prestación de servicios, ya que el elemento subordinación era sumamente difícil de demostrar, puesto que lo que se presentaba en dichos contratos era una “actividad de coordinación contractual” derivada de las órdenes e instrucciones que se impartían al contratista por parte del interventor o supervisor encargado de ejercer la vigilancia del contrato. Dijo la Sala Plena en dicha sentencia:

"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de abril 3 de 2003. Radicación 1046-02. Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla.

y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.¹⁵".

Esta posición viene siendo reiterada por el Consejo de Estado, en el sentido de que en muy pocas ocasiones puede derivarse una relación laboral de un contrato de prestación de servicios. Recientemente expresó la Sección Segunda:

"La relación contractual del actor no implicó una relación laboral. El cumplimiento de un horario se explica porque era necesario armonizar la actividad del actor con la cumplida por los demás integrantes del Instituto de Seguro Social I.S.S. Las orientaciones impartidas obedecieron a la necesidad de que las acciones emprendidas por el grupo humano sirvieran a un propósito, en este caso, la adecuada prestación del servicio. El horario e instrucciones tuvieron como finalidad coordinar la satisfacción de los distintos objetos contractuales y no subordinar al contratista.

(...),

De acuerdo con lo señalado resulta claro que la existencia de una jornada o de turnos no implicó relación de subordinación sino que hacía parte de la coordinación que el contratista de prestación de servicios debía efectuar para que fueran fructíferas sus actividades pues, se entiende, las mismas estaban relacionadas con la actividad cumplida por otros contratistas de prestación de servicios, vinculados de esa forma a la accionada, con los empleados públicos de la misma y, por supuesto, con el horario de afluencia de pacientes a la institución hospitalaria. Si no se precisan horarios para el despliegue de las actividades difícilmente podrían lograrse resultados exitosos en el cumplimiento del objeto contractual"¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 700012331000199901618- 01, sentencia del 05 de octubre de 2006, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante.

En similares circunstancias viene pronunciándose el Consejo de Estado con lo cual ratifica su posición de la imposibilidad casi absoluta de que a través de un contrato de prestación de servicios se pueda derivar una relación laboral.

No obstante en casos donde existe cierta claridad sobre ejercicio de funciones públicas por parte del contratista, viene admitiendo el Consejo de Estado la existencia de una posible relación laboral, como en el caso de la contratación de docentes mediante la modalidad de ordenes de prestación de servicios, donde es claro que dichos contratistas ejercen funciones públicas. Dijo la Sección Segunda sobre el tema:

“De lo anterior se infiere, que pertenece a su esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar.

No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros.

(...)

Se considera entonces que en este caso se encuentra probado que las labores desarrolladas por la demandante eran las mismas que las de los docentes de planta cumpliéndose los tres elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

Sobre este punto debe aclarar la Sala que la simple existencia de los contratos de prestación de servicios docentes, permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto como se mencionó anteriormente, la subordinación y la dependencia se encuentran insitas en la labor que desarrollan los maestros; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

Así las cosas y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, el cual impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según términos de los artículos 13 y 25 de la Carta, razón por

la cual los actos acusados resultan anulables, tal como lo determinó el a quo¹⁷ ”.

Así las cosas, con las manifestaciones más recientes acerca de la utilización del contrato de servicios dadas por las Altas Cortes, se tiene que si bien la figura es legalmente procedente, la misma debe obedecer y cumplir con las exigencias previas que determina la ley para poder proceder a emplear ésta tipología contractual (como se verá más adelante).

También es un hecho cierto y trascendental para los Contratantes Estatales, el que se ha atemperado el criterio que venía reinando en todo rincón jurídico, según el cual, nunca podría impartirse al contratista particular órdenes ni solicitar el cumplimiento de horarios, pues hoy en día, la jurisprudencia ha entendido con oportuna claridad, que la actividad desempeñada por el Contratista debe obedecer y corresponder a las necesidades de la entidad contratante, lo que hace viable el efectuar labores de supervisión, control y coordinación entre los co-contratantes a efectos de que el objeto contractual cumpla con su cometido, mas no, que se deje al particular a su arbitrio y omnímoda independencia logrando a veces truncar o burlar a la Entidad Estatal.

2. EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN LA CONTRATACION DE PRESTACION DE SERVICIOS.

En aras de desarrollar los preceptos constitucionales inherentes a la función pública, especialmente el de transparencia y el de eficiencia y moralidad administrativa, el estatuto contractual dispuso la aplicación de procedimientos tendientes a la selección del contratista del Estado, entre los cuales, el que se edifica por excelencia es el de licitación.

2.1 MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Si bien es cierto la ley 80 de 1993, al referirse al principio de la transparencia, dispone que el principio general de la contratación será la celebración de ésta a través de licitación pública, no es menos cierto que la misma norma consagra en su articulado que existen sendas excepciones a dicho principio general. En efecto dice la norma:

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Expediente 730012331000200301682 01, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, sentencia del 02 de noviembre de 2006

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía para la contratación. <Corregido por el artículo 1o. del Decreto 62 de 1996. El texto corregido es el siguiente:> Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales:

(...)

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales;

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 125 salarios mínimos legales mensuales.

b) Empréstitos.

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

d) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

f) Urgencia manifiesta.

g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

h) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.

i) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

j) Cuando no exista pluralidad de oferentes.

k) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

l) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios.

m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley”.

Para desentrañar el espíritu de ésta norma y conocer el verdadero sentido que motivó al legislador a prever las excepciones previstas en el referido artículo, es preciso recordar el sentir que se tuvo, plasmado en la exposición de motivos proyecto de ley No. 149 de 1992 donde se dijo:

“Con no poca frecuencia se afirma que la estructura normativa que rige la contratación pública en Colombia ha hecho crisis por cuanto, según lo ha demostrado la experiencia de los últimos años, evidencia notables inconvenientes de diverso orden que han conducido a un ostensible entramamiento en la gestión de las entidades estatales ... frente a esa realidad a todas luces inconveniente para la realización cabal de los fines estatales, el proyecto se caracteriza por ser un cuerpo normativo de principios y reglas generales que ... deben regir todas las entidades estatales ... todo ello dentro del claro propósito de imprimir agilidad y eficiencia en la gestión pública contractual...”¹⁸ (destacado es mío)

Así las cosas, debe entonces precisarse que la concepción intrínseca y tácita de la ley, fue el disponer un mecanismo general de contratación. Sin embargo, concedora la norma y el legislador de lo improcedente, antieconómico e ineficaz que sería el contratar todo objeto bajo el procedimiento general de licitación, ésta expresamente concibió unas excepciones a dicha regla general¹⁹. Para éste efecto, se entiende claramente del artículo 24, que determinadas tipologías contractuales deberían llevarse por el mecanismo general y las demás (las que no sean expresamente objeto de licitación) **a través de contratación directa** (que más adelante se estudiará en detalle), contratación a la que “*se llega libremente, pues la administración encuentra en esta modalidad su plena libertad*”²⁰. Para entender ello, la norma estructuró las excepciones al amparo de una clasificación que se puede entender por grupos así²¹:

- Aquellos que se celebran de forma directa en virtud de su cuantía (menor).

¹⁸ Gaceta del Congreso, Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley No. 149 de 1992, Año II, No. 145, viernes 21 de mayo de 1993. Ver también, “Nuevo Estatuto de Contratación Estatal”, María Cristina Horniga C, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 1995.

¹⁹ “El Estatuto Contractual del Estado establece el principio de transparencia (art. 24) cuya manifestación es la obligación que tienen todas las entidades estatales de escoger los contratistas, por regla general, mediante una licitación o un concurso público; sin embargo, con el fin de hacer más expedito el procedimiento, las mismas normas establecieron excepciones, permitiendo que en casos especiales, taxativamente estipulados, pudieran contratar de manera directa. En el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1.993, se estableció como excepción los contratos de menor cuantía, señalándose que ésta comprende unos rangos dados en salarios mínimos legales mensuales establecidos teniendo en cuenta el presupuesto anual de las entidades estatales, rango dentro de los cuales se puede hacer uso de la contratación directa. Fue así como se estableció que en las entidades estatales que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1'200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta los 1.000 salarios mínimos legales mensuales y para aquellas que tuvieran un presupuesto inferior, el límite máximo para poder contratar directamente va disminuyendo. PGN, Sala Disciplinaria, Fallo Abril 25 de 2004, Rad. 161-01932, MD. Dr. León Danilo Ahumada Rodríguez.

²⁰ “LOS CONTRATOS ESTATALES”, William René Parra Gutierrez, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fé de Bogotá D.C., 1994.

²¹ “Podemos decir que la administración puede contratar directamente teniendo en cuenta la cuantía de los contratos, el objeto de los mismos, la calidad de las partes y en algunas circunstancias especiales que no sea posible la licitación”. COMENTARIOS AL NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA, Ediciones Rosaristas, 2da Edición, 1995, Jorge Bendeck Olivella y otros.

- Aquellos que se celebran de forma directa en virtud de su naturaleza (prestación de servicios, servicios de salud, bienes para la defensa y seguridad nacional).
- Aquellos que amerita de especial trámite dados los antecedentes fácticos o procedimentales que le antecedieren (urgencia manifiesta, declaración de desierto de licitación, ausencia de pluralidad de oferentes).
- Y aquellos que se celebran de forma directa en virtud de la naturaleza jurídica o calidad de las partes que le suscriben o del contratante (empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, o contratos interadministrativos).

Para los efectos que nos interesan, y teniendo en cuenta a veces la teoría reinante según la cual los contratos de servicios (que deben contratarse por virtud de su naturaleza) deben observar las normas relativas a la forma de contratación en virtud del factor cuantía, nos referiremos a los dos primeros escenarios citados.

Al verificar el Decreto 2170 de 2002, reglamentario de la ley 80, se encuentra regulado **en específico** lo relacionado a los contratos de servicios de apoyo a la gestión de la Entidad y a su forma especial, sencilla y expedita de contratación. Así, se observó que la norma consagraba en su artículo 13 que:

*“De los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. **Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal d) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas**, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. **De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar**. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente”.*

2.1.1. CONTRATACIÓN DIRECTA EN VIRTUD DE LA CUANTÍA:

Dice la ley, que en tratándose de contrataciones que en virtud de su objeto específico, situación especial o menor valor no sean susceptibles de otro mecanismo específico, los procedimientos para llevarle a cabo será la contratación directa conforme los presupuestos anuales de la entidad que le celebra (conforme lo reglado que impone el Decreto 2170 que ya más adelante se verá).

No obstante, para seguir hablando de la selección de procedimientos de escogencia de contratistas hay que necesariamente referirnos no solo al estatuto contractual sino también a lo reglado por el Decreto 2170 de 2002.

En efecto, el recién mentado decreto obedeció al interés del Gobierno Nacional de incluir y hacer más preeminente los principios de transparencia y selección objetiva en tratándose de la contratación directa. Así, el decreto 2170 “*por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 y se modifica el Decreto 855 de 1994*” dirige sus normas a la reglamentación de la contratación de que trata el numeral 1 lit. a) del artículo 24 de la ley 80, es decir a la **DIRECTA POR VIRTUD DE LA CUANTÍA** conforme se deduce del siguiente análisis normativo:

Dice el artículo 1 del Decreto 2170 que:

“Artículo 1o. Publicidad de proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia. Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados.

Los proyectos de pliegos de condiciones o de términos de referencia, en los casos de licitación o concurso público, se publicarán en la página web de la entidad cuando menos con diez (10) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura del proceso de selección correspondiente. En el evento en que el proceso de selección sea de contratación directa, este término será de cinco (5) días calendario.

(...),

Parágrafo 1o. Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 con excepción de los procesos cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.

Parágrafo 2o. Se exceptúan de la aplicación de este artículo los procesos que tengan carácter reservado de conformidad con la ley.

Artículo 2o. Publicidad de los pliegos de condiciones o términos de referencia. *Las entidades publicarán los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos de los procesos de licitación o concurso público. En dichos documentos podrán incluir los temas planteados en las observaciones que consideren relevantes para el proceso de selección.*

El texto definitivo de los pliegos de condiciones o términos de referencia será publicado en la página web de la entidad al momento de dar apertura al proceso de selección.

(...),

Parágrafo 1o. Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refieren los literales a), g) y h) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los procesos de contratación directa cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía”.

De lo anterior se tiene que ésta normativa, por lo menos según los artículos transcritos, constituye la **REGLAMENTACIÓN A LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN VIRTUD DEL FACTOR CUANTÍA**²², pues en efecto, dice la misma en su parágrafo que: “*Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refieren los literales a), g) y h) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con excepción de los procesos de contratación directa cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía”.*

Esto es claro, pues por afirmación expresa del Decreto, lo en él dispuesto será de aplicabilidad **cuando de contratación de menor cuantía se trata**. En efecto, la norma a que se remite es aquella que se refiere a la contratación directa de menor cuantía, pues léase:

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

²² “La Ley 80 de 1993 en el artículo 29, reguló el principio de selección objetiva del contratista, como aquel que permite efectuar la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y los fines que se buscan, describiendo los factores que permiten determinar a la administración esta situación, e indicando los medios para efectuar comparaciones entre los cuales se encuentra el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos. La escogencia del contratista impone a la administración efectuar el proceso de selección con transparencia, por ello regula que debe efectuarse por vía de proceso licitatorio o concurso público, y por contratación directa, describiendo el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 las reglas para la licitación o concurso, que se predica como regla general, y las excepciones a su aplicación en el artículo 24 ídem, entre las cuales se encuentra la menor cuantía desarrollada en el literal a) del numeral 1”. PGN, Sala Disciplinaria, Fallo enero 29 de 2004, Rad. 161-2100, P.D Dr. León Danilo Ahumada Rodríguez.

a) Menor cuantía para la contratación. <Corregido por el artículo 1o. del Decreto 62 de 1996. El texto corregido es el siguiente:> Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales:

(...),

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales;

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 125 salarios mínimos legales mensuales”.

No queda entonces lugar alguno a duda, que la aplicación de las normas de publicidad previstas en el Decreto 2170 ya citadas deberán aplicarse cuando se trata de contrataciones en las que solo importa su valor, más no el objeto o la naturaleza jurídica de los mismos, pues el literal a) del artículo 24 habla de valores y los literales b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l) y m) del mismo se refieren a otras características o connotaciones que le hace especial al contrato o mejor, a la forma de selección del contratista.

Esto quiere claramente y sin lugar a duda significar, que las reglas electrónicas de publicidad se aplican cuando lo que se pretende por la Entidad es celebrar contratos de menor cuantía, sin **objeto o naturaleza** que les hagan jurídicamente sujetos de tratamientos especiales de selección del contratista.

La anterior afirmación, se ratifica todavía más por vía de ejemplos prácticos.

Piénsese por ejemplo, que lógica tendría el llevar a cabo un procedimiento de contratación para efectuar un vínculo contractual entre 2 entidades de derecho público (interadministrativo) so pretexto que éste supera la menor cuantía???. Como llevar a cabo un procedimiento de invitación pública mediante publicación en web, cuando de lo que se trata es de contratar bienes o servicios para la seguridad y defensa nacional?????. O peor aún, como pensar en agotar éstos procedimientos reglados cuando se trata de contratar obras o servicios que lo que pretenden es conjurar situaciones de catástrofe o fuerza mayor al amparo de la declaratoria de Urgencia Manifiesta???

Son éstos claros, lógicos y contundentes raciocinios que permiten ratificar nuestra teoría, en el sentido que lo que dispone el Decreto 2170 en cuanto a procedimientos previos mediante web es **UNICA Y EXCLUSIVAMENTE LO REFERIDO A LA MENOR CUANTÍA, NO A LA NATURALEZA NI ESPECIAL SITUACIÓN DEL CONTRATO PRETENDIDO.**

Elemento normativo adicional, está consagrado por el artículo 11 del pluricitado Decreto, pues en efecto, éste dispone:

“Artículo 11. Menor cuantía. Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. Los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y los definitivos se publicarán en la forma prevista en los artículos 1o y 2o del presente decreto.

2. La convocatoria será pública.

3. En la fecha señalada en los pliegos de condiciones o términos de referencia, los oferentes interesados en participar en el proceso de selección manifestarán su interés haciendo uso del medio que para el efecto indique la entidad, con el fin de que se conforme una lista de posibles oferentes.

(destacado es mío)

(...)

Parágrafo. Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades podrán celebrarlo tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas”.

Así, se tiene que no solo el artículo 1 y 2 del Decreto 2170 se refieren al tema de la publicación en web respecto de los contratos de menor cuantía, pues se observa también, que el artículo 11 no solo reitera el tema de la aplicabilidad (a qué tipo de contratos / refiriéndose solo a la cuantía), sino que dispone la forma en que se debe llevar a cabo no solo la publicación en web sino también, los procedimientos propios de ello. Se insiste, no habla la norma en cita acerca de aplicación de éstas reglas a las demás tipologías de contratos previstas por el artículo 24 de la ley 80, solamente, a aquellos de menor cuantía en los que no importe su especial naturaleza.

Ahora, procederemos a estudiar el marco normativo de la contratación pública en virtud de la naturaleza del objeto a contratar.

2.1.2. CONTRATACIÓN DIRECTA EN VIRTUD DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL:

Para desarrollar el punto, es necesario reiterar de nuevo lo contenido en el artículo 24 de la ley 80, ésta vez no por lo dispuesto en su numeral 1 literal a), sino en su literal d), norma que por ser posterior en la ubicación dentro la estructura de la norma misma, pues le hace norma especial y por ende de específica aplicación. Aquí es donde tocamos el segundo grupo de contrataciones exceptuadas del proceso licitatorio conforme lo que al inicio dijimos. En efecto, el artículo 24, luego de hablar del proceso de licitación y luego de referirse al tema de la contratación directa en virtud de la cuantía, se refiere a aquellos contratos que, sin importancia de su valor (porque ya no es esa hipótesis la que se trata allí) pueden celebrarse también de forma directa. Dice en su aparte respectivo la norma que:

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

*1o. **La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:***

a) Menor cuantía para la contratación. <Corregido por el artículo 1o. del Decreto 62 de 1996. El texto corregido es el siguiente:> Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales:

(...)

*d) **Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.***

Ahora por su parte, el Decreto 2170 de 2002 y el 066 de 2008 también se detienen a desarrollar el tema de la modalidad de contratación de éste tipo de contratos (de prestación de servicios), al disponer que:

*“De los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. **Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal d) del***

numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.

Se reitera y concluye entonces, que una cosa es determinar el proceso de selección del contratista en atención del valor del objeto a contratar, y otra bien distinta, determinarlo por su naturaleza, pues son éstos los criterios que deben necesariamente tenerse en cuenta para ello. No solo el valor es quien determina, pues la misma ley es quien dispone la aplicación específica y a veces excepcional de procesos especiales en virtud de la naturaleza de los contratos, como lo es para éste caso, la celebración de contratos de servicios de apoyo o profesionales.

Tal como lo ratifica la misma doctrina de la Procuraduría General de la Nación, con la expedición del decreto 2170 en su artículo 13, se "redujo los requisitos al determinar que no es necesario que se hayan obtenido previamente varias ofertas, en vista de la inutilidad practica de tal precepto"²³. También dice la Procuraduría que en éstos casos, es decir, en materia de contratación de prestación de servicios de apoyo, "los servidores públicos [ordenadores del gasto]... a pesar de la autonomía que gozan para éste efecto, deberán escoger personas cuyas calidades aseguren el adecuado cumplimiento de los fines para los cuales se hace la contratación". Dice además el texto doctrinal de la PGN, que no se requiere un procedimiento de selección de contratistas para éste caso.

Debe considerarse, para concluir éste capítulo en materia de lo que a contratación directa respecta, que ni la ley ni los reglamentos contienen definición alguna de ella; solo puede extraerse de la doctrina, que en el derecho Colombiano se tiene que la contratación directa es aquella la

²³ Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, "Procedimientos Administrativos de Selección de Contratistas", Decreto 2170 de 2002, Samuel José Ramírez Poveda, 2004.

cual “reposa sobre el principio de libertad de negociación y de escogencia del contratista”,²⁴ o también es aquella en la cual “se prescinde de las formalidades establecidas para la licitación pública”²⁵, definiciones doctrinales éstas que apoyan nuestros descargos.

Finalmente, se insiste en que poca o ninguna relevancia tiene el tema relacionado a la menor cuantía, o al 10% de la menor cuantía, pues como se puede observar, el Decreto 2170 se refiere al respecto únicamente en aquellos artículos en que dispone las reglas para contratación directa DE MENOR CUANTÍA, es decir, en las que importa el valor no la naturaleza. Por tanto, el que la contratación a celebrar tenga por valor menos del 10% o más del 10% de la menor cuantía, no es elemento determinante para seleccionar el procedimiento precontractual a aplicar cuando de contratos de tratamiento jurídico especial –como es el de servicios- se trata. Prueba adicional de ello es el tener en cuenta que a continuación de los artículos 1, 2 y 11 del mentado Decreto, se consagran las reglas especiales para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Entidad, para los que se consagra especial, expresa y específica reglamentación, por lo que es lógico que cada tipología de contrato tiene su reglamentación específica al interior del mismo 2170, es decir, en dos cuerpos distintos.

Sin embargo, para abarcar completamente el tema, debe desarrollarse el siguiente interrogante.

¿Son aplicables las normas contenidas en los artículos 1 y 2 del Decreto 2170 a la contratación de prestación de servicios?

Al respecto, debo precisar entonces:

- El hecho de que la doctrina manifieste que mal obra el Decreto Ejecutivo al crear nuevas figuras no previstas por la ley 80 de 1993, poca o ninguna relevancia puede tener si se tiene en cuenta que luego de un juicioso análisis de la jurisprudencia es ésta quien sí aprueba y ratifica la creación y existencia de la figura “apoyo a la gestión de la Entidad”. En efecto, al conocer el Consejo de Estado acerca de solicitud de nulidad y suspensión provisional de algunos artículos del Decreto 2170, en especial, el inciso 2 del artículo 13 ya citado, dijo el máximo Tribunal:

²⁴ “EL CONTRATO ESTATAL”, BENAVIDES, José Luis. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá D.C. 2004. Pág. 290.

²⁵ “NUEVO RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL”, SANDOVAL ROJAS, Marleny. Librería Doctrina y Ley, 1994.

“El actor advierte una contradicción de la segunda parte del artículo 13 con el artículo 24 de la ley 80 de 1993, por cuanto la ley dispone que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de licitación o concurso públicos, salvo en los casos allí expresamente señalados y concluye que el supuesto previsto en el inciso 2º del artículo 13 no se encuentra entre los casos de contratación directa que previó la ley.

El artículo 24 de la ley 80 de 1993 establece en el ordinal 1º los precisos eventos en los que la escogencia del contratista puede realizarse directamente. En el lit. d) señala como uno de ellos, “la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.”

Que la ley no haga referencia a los “contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad”, a los que se refiere el inciso 2º del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, no significa que se trate de una nueva modalidad de prestación de servicios que introduce el decreto reglamentario, puesto que, además de los servicios que enuncia el lit. d. del ordinal 1º del art. 24 de la ley 80 de 1993, existen “ los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, los cuales, “solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, que corresponden a los contratos de prestación de servicios que como tales define la ley en el ordinal 3º del artículo 32.”

Así las cosas, el criterio doctrinal según el cual mal puede darse a los contratos de prestación de servicio de apoyo a la gestión de la Entidad el tratamiento flexible y excepcional de que gozan los contratos de prestación de servicios a que se refiere el literal d) del artículo 24 de la ley 80 o del artículo 32 idem no está llamado a crear una teoría correcta, pues, como ya se vió, con criterio sí autorizado y legítimo el Consejo de Estado ha dicho que el contrato de apoyo ha de gozar del mismo tratamiento especial de contratación, pues es éste criterio el expuesto por la autoridad que sí goza con la jurisdicción para conocer acerca de la legalidad o ilegalidad de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

La aplicación de las reglas establecidas por los artículos 1 y 2 del Decreto 2170 en lo que a publicación en web se refiere, solo aplica a las contrataciones de mayor o menor cuantía cuando es ello el factor que determina (valor) y por el contrario, como aquí se demuestra, las reglas de selección en tratándose de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad son específicas y especiales.

2.2. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.

2.2.1. En el decreto 222 de 1983: Decretó el Gobierno Nacional a través del artículo 43 Num. 4 que la contratación de ésta tipología contractual podía llevarse a cabo de forma directa.

2.2.2. En la ley 80 de 1993: Como ya se sabe, la ley 80 trato el tema en su artículo 32 al referirse a su definición pero sin manifestarse frente a su forma de contratar. Sin embargo, si lo hizo en su artículo 24 cuando trata el principio de transparencia, afirmando que los servicios profesionales se contrataban de forma directa pero con un inconveniente de interpretación serio: se refirió en este caso a los profesionales pero nada dijo respecto al contrato simplemente de servicios.

2.2.3. En el Decreto 855 de 1994: Decreto 855 de 1994, el cual, al desarrollar la ley 80 en materia de contratación directa consagraba la necesidad de obtener al menos dos ofertas cuando el contrato a celebrar el 50% de la menor cuantía indicando de forma previa las condiciones que interesaren al posible oferente para acceder al futuro contrato. Ello no es dable ni aplicable al caso en cuestión por cuanto dicha norma, es decir el Decreto 855 fue expresamente derogado en dicho respecto por parte del 2170 de 2002.

2.2.4. El Decreto 2170 de 2002: Ahora por su parte, el Decreto 2170 de 2002 también se detiene a desarrollar el tema de la modalidad de contratación de éste tipo de contratos (de prestación de servicios), al disponer en su artículo 13 que:

“De los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. Para la celebración de los contratos a que se refiere el literal d) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.

- 2.2.5.** La Ley 1150 de 2007: Ésta ley expedida en julio 16 del año anterior, entra a modificar algunos aspectos de la ley 80 de 1993 la cual en su gran parte sigue vigente. Las principales modificaciones atañen a los procedimientos de selección de los contratistas del Estado, en donde el artículo 2 de la misma introduce las nuevas modalidades de contratación. Para el caso que nos interesa, el numeral 4 consagró:

“Num. 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...), h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”.

- 2.2.6.** El Decreto 066 de 2008:

Este decreto, reglamentario de la ley 1150 de 2007, se refirió al tema en su artículo 81 el cual se ubica dentro del capítulo IV el que lleva por denominación “Contratación Directa”. En detalle, dijo la norma: *“Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Los*

servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales.

- 2.2.7.** El Decreto 2474 de 2008: Esta norma entro en vigencia apenas el pasado 7 de Julio y derogó prácticamente en su integridad el 066 cuya vida jurídica fue de apenas 6 meses. Se sabe, que su expedición obedeció a diversos errores que padeció su antecesor 066 sobretudo, en lo que respecta a lo extenso de los términos previstos para desarrollar los procesos contractuales, lo que reñía con el presunto objetivo de acercar éstos más celeros y eficaces. Éste decreto es en la práctica una copia auténtica del derogado (excepto en los aspectos referidos) y dispone en su artículo 82 que:

“Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato.

2.3. CONCLUSION: LA FORMA DE LA CONTRATACION EN LA PRESTACION DE SERVICIOS.

De todo lo expuesto, se puede observar como el Decreto 2170 se refiere a que los procesos públicos de Invitación Pública mediante mecanismos electrónicos aplica únicamente en aquellos casos de contratación directa DE MENOR CUANTÍA, es decir, en las que importa el valor no la naturaleza. Por tanto, el que la contratación a celebrar tenga por valor menos del 10% o más del 10% de la menor cuantía, no es elemento determinante para seleccionar el

procedimiento precontractual a aplicar cuando de contratos de tratamiento jurídico especial –como es el de servicios- se trata. Prueba adicional de ello es el tener en cuenta que a continuación de los artículos 1, 2 y 11 del mentado Decreto, se consagran las reglas especiales para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Entidad, para los que se consagra especial, expresa y específica reglamentación, por lo que es lógico que cada tipología de contrato tiene su reglamentación específica al interior del mismo 2170.

Así las cosas, debe darse entonces aplicación a la modalidad de contratación directa no reglada (o directa – directa) cuando de contratación de prestación de servicios se trata. No hay que acudir a efectuar elucubraciones acerca de si el contrato es de apoyo, misional, visional, profesional, técnico, material o cualquier otro, pues ni la ley ni norma alguna tratan en específico éste punto, por cuanto habrá de darse aplicación al criterio de interpretación de las normas, según el cual, en donde el intérprete no ha distinguido no le es dable distinguir al intérprete.

Así las cosas, el criterio único a aplicar en tratándose de escogencia de contratistas de prestación de servicios según las voces del decreto 2170 y el Decreto 066 (ya derogados), así como el recogido por el novísimo Decreto 2474 en su artículo 82 será:

“Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

Para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”.

Esto es, que nuevamente se tiene que la contratación será Directa no reglada, o, directa sin invitación o convocatoria pública, y mucho menos, se requerirá de licitación.

2.4. LA ESCOGENCIA DE LA MEJOR OFERTA EN LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS.

Visto como luego de un análisis jurídico normativo en materia de selección de contratistas se concluye que la contratación de servicios no requiere de agotamiento de procedimiento reglado de convocatoria o licitación, se tiene que solo se requerirá verificar que el oferente cumpla con la “idoneidad” y “experiencia” relacionada con objetos como el que se pretenda contratar, lo que se reduce a que la decisión de asignación del contrato es prácticamente discrecional del ordenador del gasto.

Por ello, se hace necesario efectuar una reflexión frente a como evaluar o seleccionar la mejor oferta, en aras de preservar los principios de Transparencia, Selección Objetiva y Responsabilidad establecidos por la ley 80, los que por más contratación directa que se trate son de obligatoria observancia.

Dice el parágrafo de la ley 80 de 1993, que se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de condiciones, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Para éste tipo de procedimiento, la entidad ve restringida estrictamente su libertad de escoger, con fundamento en dos privilegios, el de la publicidad del trámite y el de la fijación previa de los criterios de selección.

Es importante de antemano precisar, que no se puede confundir para éste caso la diligencia de evaluación de propuestas (diligencia de orden legal y obligatoria realización en procesos de licitación, concurso, e invitaciones públicas), con el trámite de análisis de una oferta cuando de contratación directa no regalada se trata.

Ahora, al hablar en específico de evaluación o análisis de propuestas, es obligado referirse a Selección Objetiva:

Dice la ley 80 en su artículo 29 parte primera que *“la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”*. En esta lógica, el artículo 29 de la ley impone escoger a su contratista según los parámetros previamente definidos. Se colige de ahí entonces, que para ésta definición de la selección objetiva se hace ineludible el contar con criterios predeterminados, los que por excelencia y con es bien sabido se concretan en los términos de referencia y pliegos de condiciones,

documentos precontractuales propios de las licitaciones y concursos públicos y la contratación directa reglada; pero vale preguntarse:

¿y qué pasa cuando no hay lugar a éstos procedimientos, como cuando se trata de contrataciones que por ley se hace de forma directa – directa o directa no regalada????.

Pues se hará con fundamento en el análisis previo del oferente también conforme lo ordena el mismo artículo 29, ésta vez, no con base en condiciones contenidas en pliegos o términos, sino en la discrecionalidad (*entiéndase análisis*) obviamente razonable y fundada del ordenador del gasto o sus funcionarios asesores, pues en la contratación directa no se cuenta con criterios previos de cuya ponderación matemática sea posible determinar quién es el mejor.

Ésta tesis tiene y encuentra total asidero jurídico, cuando se observa que el artículo 29 pluricitado consagra:

“DEL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

*Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia **o en el análisis previo a la suscripción del contrato**, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido”.* (destacado es mío)

De igual forma, la misma tesis predica la Procuraduría General de la Nación cuando afirma que:

*“En relación con el deber de selección objetiva, este se concreta en que la escogencia del contratista se hace por el ofrecimiento más favorable para la administración y sus fines, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva; **siendo el ofrecimiento más favorable el que resulta ser el más ventajoso para la entidad, teniendo en cuenta factores como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precio y***

la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia O EN EL ANÁLISIS PREVIO A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO, SI SE TRATA DE CONTRATACIÓN DIRECTA, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido (art. 29 de la Ley 80 de 1993)²⁶.

Y no solo la ley, la jurisprudencia Judicial de las Altas Cortes y la Administrativa de la Procuraduría cuentan con el mismo criterio, sino también así lo hace la doctrina. Ésta vaticina que:

*“A la lectura del artículo 29 de la ley 80 observamos que, a diferencia de la licitación o concurso público, en la contratación directa no se determinan previamente los criterios de selección del contratista ... bajo éstas exigencias de ley, la Entidad no estaría obligada a establecer criterios de selección de su contratista...”*²⁷

De ahí, que mal podría entenderse que la única modalidad o forma de poder determinar cuál es la mejor propuesta o la más favorable para los intereses de la Entidad es solamente por vía de establecer criterios de evaluación previos contenidos en pliegos de condiciones o términos de referencia, pues si así se pensara, se estaría olvidando que existen modalidades de contratación que al igual que la licitación son también legalmente procedentes, y que no exigen ni requieren de criterios previos de evaluación, ni tampoco, de pliegos de condiciones, como es el caso de la contratación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión de la Entidad y que por ello no dejan de ser lícitos u objetivos.

Además, estudiado todo el universo jurídico vigente en la materia, se tiene que en toda norma en que se habla de “pliegos de condiciones” o “términos de referencia” se habla de forma necesariamente ligada con los procesos de licitaciones, concursos o invitaciones públicas. En efecto, ratifica también éste hecho la doctrina cuando afirma que *“pliego de condiciones o términos de referencia es el documento esencial redactado unilateralmente por la Entidad en la etapa precontractual del proceso de licitación o concurso público”*²⁸. Esto es, que no existen pliegos ni términos cuando de contratación directa de prestación de servicios se trata, sea cual fuere su especialidad.

²⁶ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, Sala Disciplinaria, Fallo Abril 25 de 2004, Rad. 161-01932, MD. Dr. León Danilo Ahumada Rodríguez.

²⁷ EL CONTRATO ESTATAL, BENAVIDES, José Luis. Edit. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá D.C., 2005.

²⁸ “NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL”, Idem.

Es del caso poner de presente las motivaciones que inspiraron al legislador al expedir la ley 80 de 1993, cuando respecto al tema adujo el autor:

*“el proyecto mantiene como regla general la utilización de procedimientos reglados de selección objetiva del contratista, fijando por vía de excepción, los eventos en que puede prescindirse de ellos ... en este sentido el artículo 24 del proyecto contempla de una manera expresa los casos o eventos excepcionales en los que no se exige de cumplir procedimiento alguno de selección ... buscando incluir los diferentes eventos en que por razón del objeto o naturaleza del contrato de que se trate o de otras razones claramente justificables, la utilización del procedimiento reglado de selección resulta inconveniente, inapropiado o incluso, innecesario”.*²⁹

Además de lo expuesto, se tiene que en efecto, los parámetros de selección se constituyen como una de las más importantes expresiones de la selección objetiva y la transparencia, pero hay que acotar, que *“en este punto la diferencia entre los procedimientos de licitación pública y contratación directa es significativa ... en ambos casos ... la obligación de establecer los factores de calificación y de elección de los candidatos no tiene el mismo significado ... la licitación se caracteriza por el ser un procedimiento en extremo reglado que limita la libertad de la administración ... [mientras que] **en la contratación directa la libertad de seleccionar es fundamental. Su escogencia es una manifestación de la competencia discrecional**...”*. Esto significa, que si bien en la contratación directa se es también objetivo, en la licitación se tiene una prebenda adicional cual es *“la obligación de fijar previamente los criterios de selección”*³⁰.

Así, por contraposición, no existe dicha obligación cuando se trata de la forma directa.

En efecto, afirma al respecto la doctrina que de la lectura del artículo 29 se encuentra que *“a diferencia de la licitación o concurso público, en la contratación directa no se determina previamente los criterios de selección del contratista (...) bajo estas exigencias de ley, la entidad no estaría obligada a establecer criterios de selección de sus contratistas (...) **más aún, nada se opone a que haya negociación y libertad en la selección de la oferta**...”*³¹.

Se concluye así, que para que contratación, o más bien, el contratista se presuma “seleccionada objetivamente” no es requisito –sine qua non- el contar

²⁹ Gaceta del Congreso, Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley No. 149 de 1992, Año II, No. 145, Viernes 21 de Mayo de 1993, Dr. JORGE BENDECK OLIVELLA, Ministro de Obras Públicas y Transporte.

³⁰ “EL CONTRATO ESTATAL”, BENAVIDES, José Luis. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Bogotá D.C. 2004. Pag. 290.

³¹ Idem.

con pliegos o términos, sino con una propuesta que satisfaga los intereses de la Entidad, entendida ésta como el interés de lograr el buen funcionamiento de la Entidad contratante. Así lo entiende la Doctrina cuando afirma que:

“La diferencia entre los procesos de licitación o concurso público es significativa (...) la obligación de establecer previamente factores de calificación y de selección de los candidatos no tiene el mismo significado”³².

Una interpretación diferente conduciría a afirmar que en la contratación directa, la que legalmente no exige de reglas de selección previamente establecidas vía términos o pliegos, se estaría incurriendo sí o sí en una selección irregular o amañada, interpretación totalmente errada, por cuanto obrando al amparo de una excepción legalmente concebida se estaría entonces presumiendo que el ordenador del gasto contratante a cometido un acto irregular por éste solo hecho, hecho que la misma ley es la que habilita al disponer la selección del contratistas de prestación de servicios sin la necesidad de obtención de varias propuestas según las voces del artículo 13 del Decreto 2170, el Decreto 066 y el hoy vigente Decreto 2474.

En otras palabras, por el hecho de dar aplicación a una prerrogativa de orden legal, no puede estar el funcionario público contratante siendo objeto de reproche como ordenador del gasto.

En resumen de todo lo argüido, el establecimiento previo de selección del contratista y asignación de puntajes, no significan ni constituyen per se o de forma ineludible el principio de transparencia y selección objetiva cuando se trata de contratación directa, menos aún, si se trata de naturalezas especiales de contratos.

Tan es así, que un análisis sistemático y cronológico de la normatividad que fue vigente en el pasado en la materia, lo permite afirmar de nuevo. En efecto, el decreto 2434 de 2006³³, norma la cual derogó casi en su totalidad el pluricitado 2170, dispone que las normas de publicidad en web –esta vez en el portal único de contratación- se aplican a los casos de contratación de que trata el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80, norma éste que por remisión se refiere exclusivamente a la contratación de menor cuantía en virtud solo del valor del contrato a celebrar. En efecto, dijo el 2434:

“Artículo 1°. Publicidad de proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia. Las entidades estatales publicarán los proyectos

³² “EL CONTRATO ESTATAL”, BENAVIDES, José Luis. Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Pág. 292.

³³ Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones.

de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados.

Lo previsto en este artículo se aplicará a los casos de contratación directa a que se refiere el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 con excepción de los procesos cuyo valor sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía.”

Bajo todos los anteriores postulados legales, es obligado concluir que la selección de contratistas de prestación de servicios se realiza con transparencia, exista o no criterios de evaluación y asignación de puntajes previos, pues si por transparencia se exige y entiende la escogencia por alguno de los mecanismos que prevé el artículo 24 (que es el que habla de dicho principio), pues mal habría de decirse que se viola dicho principio si se acoge un procedimiento específico consagrado por ésta misma normativa, cual es, la contratación directa, y más aún si se trata de directa no reglada.

Finalmente, es de afirmarse que la objetividad (de la selección) se reputa desde la claridad, necesidad y razonabilidad de los argumentos por los cuales se selecciona una oferta, mas no, por la forma procedimental bajo la cual se celebra el contrato, pues como se dijo, los procedimientos son diversos y para algunos casos ni siquiera se exige su aplicación.

Lo objetivo debe ser entonces la meridiana claridad por la cual escogí una propuesta, y no, la forma en que se hace, pues las formas se constituyen como el medio para lograr acceder al contratista y estas formas no son siempre exigibles por la norma contractual.

3.4.1. LA EXPERIENCIA DEL CONTRATISTA COMO CRITERIO DE ASIGNACIÓN DEL CONTRATO.

Basta tener en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado, para concluir de forma contundente, que como ya se venía afirmando, los criterios de evaluación de que trata la ley 80 son netamente enunciativos mas no de obligatoria observancia y aplicabilidad por parte de las entidades contratantes, más aún, en ilegal estriba el exigir que éstos sean de imperativa aplicabilidad por el contratante y más aún, en irregular se constituye el hecho de aplicar criterios establecidos en una norma, que, como se ha visto, reviste de sustanciales vicios de irregularidad por contradecir mandatos superiores.

Por lo expuesto, no es dable el exigir la plena observancia de lo establecido por el mentado decreto 2170, menos en lo referido a los criterios de evaluación y verificación y tampoco, como ya se dijo, a la publicación de términos en medio electrónico. Así lo entendió la PGN³⁴ cuando dijo en ejercicio de su competencia disciplinaria que:

“En lo que toca con el hecho de haber incluido en los términos de referencia factores de calificación proscritos por el Decreto 2170 de 2002, no existe duda que en dicha anomalía se incurrió por acción en el momento de elaborar las bases contractuales respectivas, vulnerando con ello la disposición consignada en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y el numeral del reglado 4 del Decreto 2170 de 2002, pues no podían los inculpados asignarle puntaje de calificación ninguno al factor experiencia”.

Es de importancia de entrada tener claro que los criterios de evaluación de que trata la ley 80 no son taxativos (numerus clusus) sino enunciativos (numerus apertus) por vía de ejemplo, por lo que la administración pública está en la posibilidad de valerse de otros o de escoger unos u otros no³⁵. Ésta interpretación no corresponde al querer del suscrito, sino a la lectura del estatuto contractual, el cual, al referirse a los criterios de evaluación de cara a dar aplicación al principio de selección objetiva afirma:

“ARTÍCULO 29. DEL DEBER DE SELECCIÓN OBJETIVA. La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido...”

Lo transcrito, permite colegir de forma prístina, que los criterios que enuncia la ley 80 a efectos de determinar la favorabilidad de una propuesta o su ventaja de una de ellas por sobre otra, son como se decía ENUNCIATIVOS, esto es,

³⁴ PGN, II Delegada para la Contratación Estatal, Rad. 165-89437-2003, Fallo.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia Mayo 13 de 1996, CP. Gabriel Gómez Jaramillo.

que son ejemplificantes o meramente ilustrativos para la Entidad contratante siéndole dable a ésta emplear unos, otros o no, e inclusive, crear e imponer unos nuevos conforme la naturaleza del futuro contrato a celebrar. Esto es lo que indudablemente se deduce al rezar al mentado artículo 29 en su tenor literal que “*teniendo en cuenta los actores de escogencia **tales como***”. (destacado es mío). Así lo entendió originalmente el H. Consejo de Estado, cuando al referirse a la suspensión del artículo 4 del decreto 2170 de 2002 el artículo el cual versaba acerca de los criterios de selección y verificación de las ofertas expresó que:

*“En efecto, el artículo 29 de la ley 80 de 1993 parte del principio de que la selección del contratista siempre será objetiva y al definir que se entiende por ofrecimiento más favorable, **exige la ponderación de diferentes factores de escogencia: cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio, que la ley relaciona en forma enunciativa mas no taxativa**”.*³⁶

Es por ello, que la Entidad tiene la libertad para determinar los criterios que tendrá en cuenta para definir quien presenta la mejor oferta y no es por ello dable entonces que la Procuraduría exija la verificación de un criterio en específico.

No obstante, y siguiendo en gracia de discusión, concedores de que el decreto 2170 norma por mi apoderado y por sus funcionarios observada exige la verificación de la experiencia como requisito para poder hacer uso de la facultad de seleccionar de forma discrecional y sin obtención previa de ofertas para contratar la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la entidad.

En este punto debe entonces precisarse, que lo que debe importar a la Entidad Estatal para satisfacer sus necesidades no es lo añejo de un registro mercantil, sino el bagaje, capacidad intelectual, capacidad operativa, seriedad y preparación académica (de ser el caso) del personal ejecutor del objeto del contrato. De aquí es de entender, que lo que es relevante para catalogar a una oferta como más favorable es el personal ejecutor del objeto contratado (en su práctica) mas no, la satisfacción hetérea, abstracta, documental y no práctica de la capacidad del oferente, pues de nada sirve un contratista quien jurídicamente data de antaño, pero que de suyo nada tiene que aportar a la satisfacción de la necesidad de la entidad.

2.4.2. LAS REGLAS DE LA ADJUDICACION.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 26.105, Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Teniendo siempre claro que la entidad estatal debe seleccionar la oferta que resulta más favorable para sus necesidades, es necesario entonces el tratar éste punto.

Respecto a cual es la mejor propuesta, dice la doctrina contemporánea que “NO EXISTE NUNCA COMPETENCIA REGLADA PURA”. Esta realidad ha sido aceptada por las altas cortes en relación con los aspectos contractuales administrativos cuando dijo:

“El acto de adjudicación es reglado pero no está exento de cierto grado de discrecionalidad en cuanto a la elección de la propuesta más conveniente; que implica un concepto valorativo en conjunto. La mejor propuesta o la propuesta mas conveniente, cuando se deduce de la evaluación de un numero plural de criterios, implica la definición de una noción vaga o difusa del contenido discrecional”³⁷ ... “La administración al hacer la adjudicación ejerce una competencia reglada. Por lo tanto, la administración no puede hacer la selección del futuro contratista en forma amañada, sino ceñida a los criterios que la ley le señala. Pero la aplicación de esos criterios, dada la amplitud y hasta cierto punto la vaguedad de los mismos, no permite una aplicación matemática o rígida, sino que le facilita a la administración, sin salirse de ellos, definir quien representa la propuesta mas conveniente”.³⁸
(destacado es mío).

Lo dicho por el alto Tribunal es acorde y desarrolla más aún el espíritu que inspira los procesos de contratación directa y de su objetivo de brindar celeridad a la actuación contractual administrativa, pues en efecto, el acto de adjudicación detenta diferentes matices y distintas formas de concebirle. Hay que empezar por decir por ejemplo, que en la contratación mediante la aplicación de procedimientos reglados previos (sea de licitación, concurso o invitación) exige de la expedición de un acto administrativo precisamente de adjudicación, el cual reviste de exigencias legales como es la debida, concreta y suficiente motivación, ello es una muestra reglada de restricción de libertad que impone el estatuto contractual al ordenador del gasto en cuanto a seleccionar un contratista en éstos procedimientos.

Dicho acto, no existe ni se exige jurídicamente a las contrataciones que son producto de la contratación directa – directa o directa no reglada, es decir, aquellas que no exigen licitación ni invitación. Así, es preciso decir que tan amplia es la libertad del ordenador al seleccionar el contratista en éste último

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 6920, CARLOS BETANCOURT JARAMILLO.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 6262, CARLOS BETANCOURT JARAMILLO.

caso, que no le es dable la expedición de acto administrativo alguno ni tampoco el emitir informe alguno acerca del porque de su selección.

Es la misma situación la que atañe en tratándose de la aplicación de criterios de evaluación, pues como ya se vio atrás en detalle, a la Entidad no le asiste la obligación de aplicar éstos u otros criterios para determinar su oferta mas conveniente, pues como ya se dijo, los criterios de que trata la ley 80 al referirse a la evaluación de propuestas no son imperativos ni taxativos. Mas aún, acudiendo a la normas especiales en materia de contratación de servicios de apoyo a la gestión de la Entidad contenida en particular en el artículo 13 del decreto 2170, lo único que si es exigible es el verificar la experiencia del oferente, situación que está satisfecha en el contrato por mí celebrado hoy como detalladamente se ya se trató.

Ésta situación es la única y de por sí título suficiente que habilita al ordenador del gasto a adjudicar, sin que medie acto motivado alguno, pues la motivación en estos casos está dada con el solo cumplimiento de un requisito legal sin más consideraciones. Es así, que la adjudicación en materia de contratación directa debe entenderse de forma atenuada y matizada con respecto a la que opera en materia de procedimientos públicos y previos de selección de contratistas.

Por ello, y con fundamento en los criterios doctrinales y jurisprudenciales recién transcritos, es dable reiterar que la adjudicación para el asunto en reproche es una actitud resultado de la discrecionalidad obviamente razonable del servidor público ordenador del gasto y que por ende permite seleccionar con una única oferta y sin necesidad ni de criterios de evaluación previos ni de diligencia de evaluación como tal, por lo que no puede el ente de control afirmar que se seleccionó con pretermisión de procedimientos legales o “sin justificación alguna”, pues está más que claro que existieron los motivos de hecho y de derecho para celebrar en contrato conocido, al amparo de la excepción consagrada por el mismo estatuto contractual.

Para rematar, el Consejo de Estado vaticina:

“LA PROPUESTA MAS CONVENIENTE: ÉSTA ES UNA NOCION JURIDICA DE LAS CONOCIDAS EN LA DOCTRINA COMO VAGA, YA QUE CARECE DE DEFINICION LEGAL Y QUE PERMITE A LA ADMINISTRACION QUE LA APLICA SU INTERPRETACION”³⁹

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 4694, MP. Julio CESAR Uribe Acosta.

Finalmente, en materia de decisiones administrativas discrecionales de los servidores públicos como lo es en amplio grado la escogencia de contratistas en contratación directa, el mismo Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo consagra la única limitación que éstas decisiones tienen, el cual es la adecuación al fin de la norma que lo autoriza.

“ARTICULO 36. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Como se ha visto, la contratación de prestación de servicios, se sujeta a pocas exigencias en lo que a su utilización y selección de contratistas se refiere. En efecto, siempre y cuando no exista personal de planta de la entidad contratante o el mismo no sea idóneo, se viabiliza la contratación por prestación de servicios. De igual manera, sin ser necesaria ni exigible legalmente la obtención previa de varias ofertas, éste tipo de contratación reviste de un amplísimo margen de discrecionalidad de parte del contratante, discrecionalidad que a alguna limitante debe sujetarse en un punto tan importante como son los valores de éste tipo de contrataciones.

2.4.3. LA CONFORMIDAD CON LOS PRECIOS DEL MERCADO.

En efecto, se disponía desde la ley 80, pasando por la ley 1150 y los Decretos 066 y el hoy vigente 2474 que toda entidad pública debe con antelación a la apertura de los procesos de selección contar con los estudios previos que justifican y evidencian el porqué acerca de las condiciones del futuro contrato a celebrar. En efecto, dispone el artículo 3 de la citada norma que:

“Estudios y documentos previos.

En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone. Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos:

- 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.*
- 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.*

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

De la lectura de la disposición se deduce un gran interrogante: ¿se requieren estudios previos en materia de contratación directa no reglada?. En efecto, el artículo hace alusión a la “elaboración de pliegos de condiciones” y a la disposición de los mismos a los interesados a partir del momento de “publicación” de los pliegos o términos. Como ya se había dicho y es claro, estas dos figuras (o pasos) son propias, obligatorias y casi que exclusivas en tratándose de contrataciones que requieren de convocatoria, licitación o concurso de méritos. Así, pareciera que no se requiere de éstos estudios previos en la contratación directa – directa quedando así en duda la forma en que debe determinarse el presupuesto oficial para éste último tipo de contrataciones.

No obstante, en aras de preservar el principio de planeación precontractual y el de economía, transparencia, austeridad y responsabilidad en el gasto público, consideramos en todo caso el contar con estudios previos en los que se indiquen las razones concretas jurídicas y fácticas para determinar el porqué del valor asignado a una contratación de servicios. Con ello, no solo se garantiza la legalidad sino se preserva el funcionario responsable de la incursión en eventuales faltas de tipo disciplinario, fiscal o inclusive penal.

De otro lado, es importante recordar que en el universo jurídico solamente existe una norma que de forma expresa se refiere a los valores de los contratos de servicios, ésta es la contenida en el Decreto 1737 modificado por el Decreto 2209 según el cual:

“Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad.

PARAGRAFO 1o. Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a éste en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales...”

Se sugiere que además de éste criterio -de raigambre reglamentario-, se observen las remuneraciones que dentro de las escalas salariales asignadas para los funcionarios de planta de la Entidad respectiva se encuentren establecidas para el personal con similares perfiles o requisitos que los establecidos para el particular contratista.

2.4.4. EL CONTRATO DE SERVICIOS EN EL SISTEMA DE VIGILANCIA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL SICE.

Como es bien sabido, la ley 598 de 2000 y el Decreto 3512, crearon el Sistema para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, organismo virtual adscrito y operado por la Contraloría General de la República, quien con soporte en plataformas informáticas y haciendo preeminente la hoy activa participación de la Internet en la gestión pública, ha pretendido el facilitar los mecanismos para el control ciudadano en la materia, y además, propende por el establecimiento de un catálogo de precios marco que sirvan de referencia oficial para la determinación de los valores en la contratación pública –entre otras aplicaciones-.

A éste sistema puede acceder toda entidad pública, todo proveedor del Estado, y lo más importante, todo ciudadano en cualquier parte de la geografía. Dice la norma, que en toda contratación cuyo valor sea superior al 10% de la menor cuantía de la entidad respectiva, ésta deberá exigir el registro de inscripción del proveedor o contratista en dicho sistema, así como debe verificarse también, el valor promedio o precio de referencia del bien o servicio a contratar.

Se colige de ahí, que si el contrato de servicios realizado no se encuentra dentro del “umbral” de precios establecido electrónicamente por el sistema, la contratación generará “alarmas” para advertir a la Entidad la eventual irregularidad. Si bien es cierto el sistema parece ser bondadoso y nadie duda de su grandeza y efectividad en lo informático, no es menos cierto que reporta grandes traumatismos y trabas en la contratación pública, no solo por lo complejo de su operación, sino porque implica de contera una nueva carga para el particular quien desea acceder a la contratación estatal, pues como era de esperarse, la inscripción en el sistema implica pagos de sumas no despreciables a cargo de éste y a favor del operador del SICE.

En lo que respecta a los valores de la contratación de servicios, pues poca es la ayuda que presta el SICE, pues debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, cuando se trata de contrataciones de servicios profesionales, especializados, científicos, tecnológicos, de salud o artísticos, éstos no admiten consultar otros

“precios de referencia”, por cuanto éste tipo de contrataciones son la máxima expresión del denominado “*contrato intuitu personae*”, esto es, un contrato en que el contratista se escoge por lo especial, particular y específico de sus calidades personales, por lo que ningún sistema ni ningún estudio de mercado podrá calcular su justo valor.

3. CONCLUSIONES FINALES.

3.2. ESTÁ EL ESPÍRITU DEL LEGISLADOR CONFORME AL TRATAMIENTO PRÁCTICO DADO A LAS NORMAS EN LA MATERIA?

No. Luego de habernos dado a la tarea de analizar los antecedentes del contrato de servicios en la legislación Colombiana, encontramos que el fin último para el cual se concibió éste, fue el satisfacer las necesidades de las entidades estatales frente a la carencia de las plantas de personal de éstas, o en el otro de los casos, el contar con un mecanismo a través del cual se gozara de la disposición de personal respecto de quien se demandaran específicos, profundos y acreditados conocimientos en determinada área, a fin de satisfacer una específica necesidad de la Entidad.

No obstante ello, frente a éstas dos situaciones se ha venido presentando una degradación de la figura por alguna las siguientes razones:

- Hoy en día, las plantas de personal no son suficientes para nada. En efecto, la práctica de las entidades estatales frente a éste tema permite advertir como ante cualquier necesidad, nunca es suficiente el personal de planta. Así, día a día (dando apariencia de cumplimiento a los decretos de austeridad del gasto), todo jefe de entidad y jefe de personal emiten sin control certificaciones de ausencia o falta de idoneidad de sus funcionarios para dar viabilidad o para justificar la contratación de terceros a través de la prestación de servicios, ya sean especializados, profesionales, técnicos, artísticos, de apoyo, de salud, materiales, etc.
- De otro lado, la legislación siempre ha sido reiterativa y clara, en que se exige como requisito para viabilizar la contratación de prestación de servicios la temporalidad determinada del contrato y lo excepcional en el tiempo en cuanto a la labor que se contrata. Ésta exigencia es un canto más a la bandera, pues volviendo a la práctica y a la realidad de éste contrato, lo excepcional es observar precisamente que ello se cumpla. En efecto, por el contrario, las labores contratadas casi siempre demandan de dedicación permanente del contratista y peor aún, los plazos de los

contratos no están nada lejos de poder catalogarse como permanentes. Más grosera aún es la tergiversación de la naturaleza de éste contrato, pues cuando al terminar el largo plazo que venía ya gozando un contrato, se celebra al día siguiente a su vencimiento otro nuevo con el mismo objeto, y sospechosamente, con la misma persona.

Son éstas razones cortas pero de suficiente envergadura como para concluir, que no está el espíritu del legislador conforme a la utilización que en la vida real se da al contrato de prestación de servicios.

3.3. LEGITIMA LA CONTRATACION DIRECTA DE PRESTACION DE SERVICIOS LA CONSTITUCIÓN DE “NÓMINAS PARALELAS”?

Si. Pese a obviamente no encontrarnos de acuerdo con ello, la práctica que se ha venido presentando en torno a la contratación de servicios ha demostrado que ésta es empleada en muchos casos para la satisfacción de intereses personales de los jefes de las Entidades contratantes .

Se afirma que se legitima, por cuanto las modalidades de selección dispuestas por la normatividad son las mismas que amparan y facilitan al contratante su uso, pues como a lo largo de éste documento se ha visto, en todos los casos prácticamente se dispone la contratación directa inclusive sin obtención previa de varias ofertas. Aunado a ello, se exige solamente la verificación de condiciones de “idoneidad” y de “experiencia” del oferente, criterios éstos de suma relatividad y de difícil determinación absoluta como para ser en efecto verdaderos criterios garantistas de objetividad y de selección objetiva. Así las cosas, el mecanismo de selección se presta para actuaciones tendenciosas y a veces constitutivas de desviación de poder por parte de los ordenadores del gasto.

Habrá entonces que analizar en detalle y para cada caso en particular si los contratos de prestación de servicios que se celebran reúnen los requisitos Constitucionales y Legales, para que no sean considerados nómina paralela o constituyan un contrato realidad que pueda derivar en una relación laboral para con la Entidad Estatal.

No obstante, se reitera que la forma de contratación de éste tipo de objetos, al ser tan laxa, legitima y facilita la constitución de las llamadas nóminas paralelas.

3.4. VULNERA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE PRESTACION DE SERVICIOS LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES?

Hoy en día, las entidades públicas han incurrido en el poco agradable panorama de padecer siempre de carencia de personal de planta suficiente para ejecutar sus labores, o más desolador aún, de nunca ser éste el idóneo para adelantar una labor calificada.

Tal como advirtió la Corte Constitucional, en muchos casos, el contrato de prestación de servicios esconde un verdadero contrato de trabajo.⁴⁰

Si bien es cierto existen casos legítimos y sí legalmente procedentes en la celebración de contratos de servicios por parte de las entidades públicas, no es para nada menos cierto que ésta práctica se ha tornado y ha incurrido en un expansionismo sin límites, el cual propende indebidamente por la desnaturalización de su espíritu, la burla de los derechos laborales, el clientelismo y obviamente en abuso del derecho, revestida de un ropaje de apariencia legal por las formas y los procedimientos que las mismas normas han permitido emplear para su utilización.

En efecto, la Corte considera que el contrato de prestación de servicios, al ser una figura jurídica de excepcional aplicación, se instituye para dotar a la administración de una herramienta para atender situaciones especiales y excepcionales y no para constituir nuevos “cargos” que aunque no serán de planta, en todos sus aspectos lo parecerán. El Estado puede entonces recurrir a esa figura pero únicamente cuando dentro de la racionalidad administrativa sea claramente justificado y evidentemente necesario, de conformidad con los parámetros señalados en la Ley 80 de 1993 y en sus decretos reglamentarios. Por ello, al momento de evaluar la pertinencia o no de la celebración de ese tipo de contratos deberá analizarse juiciosamente si la entidad respectiva ha contado con una eficiente gestión administrativa, pues una ineficiente gestión no puede justificar la utilización de tales contratos.

Es así, que mal pueden las Entidades contratantes el invocar la necesidad de acudir a la contratación de prestación de servicios so pretexto de no contar con el personal de planta, cuando ya transcurridos varios años de su existencia misma y de la verificación de la misma necesidad la cual es apenas lógica dentro del objeto de la Entidad, no se han emprendido las actuaciones necesarias para llevar a cabo un sí legal y necesario proceso de reestructuración, creación de cargos, vinculación a través de contratos de trabajo o de carrera administrativa, modalidades al amparo de las cuales el

⁴⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-154 de Marzo d19 de 1997.

personal si gozará de estabilidad y de seguridad y prestaciones sociales lo que es el fin pretendido por la Constitución, la ley y el más común de los sentidos.

Conforme lo dice la Doctrina al margen de la legalidad y de la necesidad de la contratación de servicios, las entidades públicas han incurrido en abuso de la figura por ser ésta un medio “utilizado para favorecer amigos y pagar favores políticos”⁴¹

BIBLIOGRAFIA.

⁴¹ DERECHO ADMINISTRATIVO, VIDAL PERDOMO, Jaime, 5 Edición, Bogotá, 1977.

- DICCIONARIOS.

DICCIONARIO JURÍDICO, por Raimond Guillien y Jean Vincent. Editorial Temis, segunda edición, Bogotá D.C., 1996.

- DOCTRINA.

REPUBLICA DE COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados, Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, “Misión de Contratación”, Tomo I, Bogotá D.C., Julio de 2002.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procedimientos Administrativos de Selección de Contratistas, Decreto 2170 de 2002, Samuel José Ramírez Poveda, Bogotá D.C., Marzo de 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Gestión Pública y Responsabilidad Social, Seminario Taller, Bogotá D.C., Abril de 2008.

BENAVIDES, José Luis, “El Contrato Estatal”, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Septiembre de 2004.

PINO RICCI, Jorge, “El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales”, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Diciembre de 2005.