

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

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

Carlos Arturo Hernández Díaz
Rafael Arturo Berrio Escobar



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Hernández Díaz, Carlos Arturo

La contratación directa de servicios profesionales como modalidad de vinculación más frecuente de contratistas en el sector público / Carlos Arturo Hernández Díaz y Rafael Arturo Berrio Escobar; Facultad de Derecho Universidad La Gran Colombia. 1 ed. - Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2017.

124 p.: 16 x 23 cm.

ISBN 978-958-5405-14-1

1. Contratos públicos 2. Contratos administrativos – Historia – Colombia 3. Función pública – Colombia 3. Colombia – Funcionarios públicos I. Berrio Escobar, Rafael Arturo II. Universidad La Gran Colombia. Facultad de Derecho.

346.023 SCDD 20 ed.

VOAG – ADC Biblioteca Universidad La Gran Colombia



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Primera edición: 2017

Todos los derechos reservados para

© Carlos Arturo Hernández Díaz

Rafael Arturo Berrio Escobar

© Universidad La Gran Colombia

ISBN: 978-958-5405-14-1

Dirección Editorial

Alejandro Montes Briceño

Director de Investigaciones

Calle 12C No. 5-15. Teléfono: 2826386 ext: 188 - 232

Correo electrónico: investigaciones.editorial@ugc.edu.co - direccion.investigaciones@ugc.edu.co

Diseño de portada

Departamento de Comunicaciones, Mercadeo y Publicaciones

Diagramación e impresión

Periódicas S.A.S.

Correo electrónico: periodicas@etb.net.co - Teléfono: 2684439

Printed and made in Colombia

Impreso y hecho en Colombia

“Las opiniones plasmadas en esta obra son de responsabilidad exclusiva del autor, y no comprometen a la Universidad La Gran Colombia ni determinan su posición o filosofía institucional”.

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida de manera alguna, ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o fotocopia, sin permiso escrito de la Universidad La Gran Colombia.

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

Fundador

JULIO CÉSAR GARCÍA VALENCIA
(1884-1959)

Presidente

JOSÉ GALAT NOUMER

Rector

SANTIAGO JOSÉ CASTRO AGUDELO

Vicerrector Académico

Rodrigo Lupercio Riaño Pineda

Vicerrectora Administrativa

María del Pilar Galat Chediak

Secretaria General

Marco Tulio Calderón Peñaloza

Decano Facultad de Derecho

Gloria Inés Quiceno Franco

Director de Investigaciones

Alejandro Montes Briceño

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ DÍAZ

Abogado, Magister en Filosofía y Teoría Jurídica, Docente Investigador
de la Universidad La Gran Colombia

RAFAEL ARTURO BERRIO ESCOBAR

Administrador de empresas, abogado, Especialista en Derecho Administrativo; con experiencia en gestión de procesos de contratación estatal en empresas del sector privado e instituciones públicas.

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

DEDICATORIA

Se hace una especial dedicatoria a la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia por permitirnos publicar este libro que es una herramienta para enseñar la importancia del derecho administrativo a la comunidad estudiantil grancolombiana.

Contenido

Capítulo 1

Revisión del desarrollo histórico de la contratación administrativa	27
---	----

Desarrollo Histórico en Colombia	42
Organización Administrativa del Estado colombiano	43
Desarrollo del Contrato Administrativo en Colombia	56

Capítulo 2

Circunstancias en las cuales no se pueden contratar directamente los servicios profesionales y de apoyo a la gestión	61
--	----

Formas de vinculación al Estado	64
Críticas en contra de la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión	66
Críticas a favor de la contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión	67
Las problemáticas en la contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión	68

Capítulo 3

Corte Constitucional y la contratación de prestación de servicios	75
---	----

Sentencia C-171 de 2012, M.P. Vargas Luis E.	77
Sentencia C-614 de 2009, M.P. Pretelt Jorge I.	78
Sentencia C-154 de 1997 (Sentencia hito), M.P. Herrera Hernández	79

Sentencia C-960 de 2007, M.P. Cepeda Manuel J.	80
Sentencia C-397 de 2006, M.P. Araujo Jaime	81
Sentencia T-214 de 2005, M.P. Sierra Humberto A.	82
Sentencia C-314 de 2004, M.P. Monrroy Marco G.	83
Sentencia C-124 de 2004, M.P. Tafur Álvaro.	85
Sentencia C-094 de 2003, M.P. Córdoba Jaime.	86

Capítulo 4

Estudio jurisprudencial del Consejo de Estado	87
Radicación No: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12) – Mayo de 2014, C.P. Arenas G.	89
Radicación No: 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719) – Diciembre de 2013, C.P. Santofimio Jaime O.	91
Radicación No: 11001-03-26-000-2009-00070-00(37044)B – Marzo de 2011, C.P. Gil Enrique.	92
Radicación No: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715) y acumulados – Diciembre de 2007 (Sentencia Hito), C.P. Correa Ruth S.	93
Radicación No: 11001-03-26-000-1997-09523-01 – Julio de 1997, C.P. Hoyos Ricardo.	96
Análisis estratégico	97

Capítulo 5

Expectativas de los grupos de interés en la organización estatal, en relación con el contrato de prestación de servicios	99
Factores internos	105
Factores externos	107
Estrategia	109
Conclusiones	114
Glosario	117
Referencias	119

Introducción

El actual estatuto de la contratación estatal en Colombia se funda en los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Este tiene sus antecedentes en la ley 80 de 1993, la cual dio los principios fundamentales de la actividad del Estado en la materia, y más recientemente en la ley 1150 de 2007 que definió de manera más específica las modalidades de selección de contratistas. El estatuto ha tenido una muy voluminosa reglamentación, que ha sido derogada de manera frecuente, estando por ahora vigente el decreto 1510 de 2013.

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

Las normas de contratación pública son de aplicabilidad nacional y transversales a todas las autoridades. La contradicción entre la regla formal y la práctica, en lo relacionado con las modalidades de selección de contratistas, es un problema no exclusivo del Distrito Capital, sino que involucra a la mayoría de entidades del orden nacional y territorial. En el

Portal Único de Contratación se relacionaron procesos de contratación durante el año 2013 por un valor de 115,8 billones de pesos, de los cuales 54 billones correspondieron a procesos de contratación directa (en sus 9 modalidades), 34,2 billones a la modalidad de licitación pública y el resto de procesos están distribuidos en las modalidades de concursos de méritos, selecciones abreviadas y procesos de mínima cuantía y menor cuantía. (Colombia Compra Eficiente, 2013)

La licitación pública en la práctica no es la regla general de la contratación estatal, yendo en contravía de lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, pues realmente la contratación directa es la modalidad de selección de contratistas más utilizada por el Estado. En el caso de la modalidad de contratación directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión hay una sistemática vulneración de los derechos de los contratistas al reunir condiciones de verdaderos contratos laborales, generando conflictos con la carrera administrativa, al tiempo que los recursos de inversión se convierten en recursos de funcionamiento, derivando en contradicciones presupuestales que afectan la función pública.

El gran volumen de “empleos” generados, a través de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, conduce de alguna manera un conflicto con los empleos de carrera administrativa al haber condiciones de desigualdad, vulneración de derechos y riesgos jurídicos para la administración, por la vía de las demandas contenciosas, debido los denominados “contratos realidad”. Así las cosas, hay una evidente contradicción entre las normas de la contratación estatal y su aplicabilidad, ocasionando problemas en materia laboral, presupuestal y riesgos jurídicos para la administración.

Con base en lo anterior surge la pregunta: ¿cuáles son los factores por medio de los cuales existe la necesidad del Estado de acudir de manera prevalente a los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, como modalidad de contratación directa, en lugar de acudir a

los concursos públicos de selección o a ampliar las plantas de personal de carrera administrativa?

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

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

Este trabajo está vinculado a la línea de investigación de la Universidad la Gran Colombia sobre Contratación Estatal.

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

Al existir concursos abiertos, para los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, hay más opciones de configurar un mercado

que beneficie tanto a quienes tienen la idoneidad para prestar un servicio público, como para la misma administración que puede recurrir a diversos medios para su convocatoria, en lugar de apoyarse sólo en las recomendaciones o referencias de las personas que puedan conseguir los directivos de las entidades que tienen la necesidad de la prestación, pues esto restringe significativamente la oferta a la que pueden acceder.

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

Al identificar plenamente las causas, por las cuales se acude más a esta modalidad de contratación, se pueden establecer mecanismos alternativos para suplir las necesidades del servicio público. Quienes accedan a estos contratos por medio de un concurso abierto no quedarían comprometidos con los seleccionadores, por estar claros los criterios del concurso y no obedecer a recomendaciones o motivos de afecto u otras razones de carácter subjetivo. Del mismo modo el presupuesto se ejecutaría de manera más eficiente pues sólo se contratarían las reales necesidades de la administración.

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

tiene el Estado en materia de contratación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Hay un acceso irrestricto a fuentes como la doctrina, la jurisprudencia y el registro de los medios de comunicación, que no supone mayores dificultades para realizar esta tarea.

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

La metodología utilizada en este trabajo es la hermenéutica analítica: a través del análisis de la doctrina producida por parte de las entidades estatales en Colombia encargadas de gestionar la materia, así como de textos académicos y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se pretende identificar el sentido y la conexión de los diferentes sistemas de normas, sobre la base de una descomposición de la estructura formal de los discursos jurídicos, confrontándolos con la realidad empírica deducida de las inquietudes que han manifestado actores relevantes a través de diferentes medios de comunicación. Posteriormente, teniendo en cuenta los fines del Estado como organización, realizar un análisis DOFA con base en la metodología de la planificación estratégica.

Para desarrollar este texto será dividido en los siguientes capítulos: en el primero se busca la doctrina sobre la modalidad de la contratación

directa de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en el sector público en Colombia; en el segundo se determinar los antecedentes legales de la contratación directa en Colombia y la jurisprudencia surgida con posterioridad a la ley 80 de 1993. Y en el último se establecerán alternativas para satisfacer las necesidades del servicio público, sin acudir a modalidades de selección de contratistas poco plurales, y sin que se violenten los derechos laborales de los trabajadores.