

ANÁLISIS DE LA ILICITUD DISCIPLINARIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN COLOMBIA

Juan Felipe Tovar Ramírez

Estudiante de Especialización En Derecho Administrativo

Universidad Santiago De Cali

Juanto_902012@hotmail.com

Resumen.

El presente Artículo pretende realizar una revisión investigativa y analítica frente a las ilicitudes disciplinarias en los contratos de prestación de servicios inicialmente se identifica el tipo de contratación general y las situaciones que se pueden ver inmersos los servidores públicos que cumplen las funciones de creación, ejecución en materia contractual del Estado y la imputación que realiza el operador disciplinario frente a este actuar del servidor público. A partir de ello, se realizará un análisis de las últimas normatividades vigentes en materia disciplinaria y contractual del Estado, que desarrollan un vínculo jurídico para la prevención y sanción de acciones disciplinarias de los servidores públicos, observando los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual, asimismo se hace distinción sobre los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión evidenciando cómo funciona la potestad sancionatoria.

Abstract.

This Article aims to carry out an investigative and analytical review against disciplinary illicit contracts in the provision of services, initially identifying the type of general contracting and the situations that can be seen by public servants who perform the functions of creation, execution in Contractual matter of the State and the imputation made by the disciplinary operator against this act of the public servant. From this, an analysis will be made of the latest regulations in force in the disciplinary and contractual matters of the State, which develop a legal link for the prevention and sanction of disciplinary actions of public servants, observing the duties, prohibitions, inabilities and incompatibilities in contractual matter, also distinction is made on service provision contracts and management support evidencing how the sanctioning power works.

Palabras Claves.

Contrato Estatal; Ilicitud Disciplinaria, Servidores Públicos; Acción disciplinaria; Sanciones Disciplinarias; Proceso Contractual; transparencia; dolo; culpa.

Keywords.

State Contract; Disciplinary illicitud, Public Servants; Disciplinary action; Disciplinary Sanctions; Contractual Process; transparency; dolo; blame.

Introducción

En Colombia el manejo de la Contratación Estatal es el medio más utilizado por la administración pública para el desarrollo y el beneficio general de la comunidad, que se da a través del recaudo de los recursos económicos que se les realiza a los ciudadanos que tiene por fin prestar un servicio a la sociedad, donde se ve reflejado en obras y desarrollo para una población, satisfaciendo así un interés general.

En consecuencia a lo anterior, la actividad contractual debe ser ejercida por un servidor público donde acapara un papel fundamental para el cumplimiento de la prestación del servicio que se le brinda a la comunidad; siendo primordial el actuar del servidor público en la ejecución tanto precontractual como contractual del Estado. Esta actuación es determinante para la futura ejecución contractual, en razón a que este servidor público puede verse inmerso en un proceso disciplinario en donde puede acarrear una sanción que lo pueda desvincular del sector público. Siendo esta actuación del servidor público fundamental para el operador disciplinario, donde determina de una manera poco objetiva la sanción a imponer con suficientes elementos de prueba.

Frente a ello Galvis Garria & Cáceres Herrera enuncian que “Son pocos los Jueces disciplinarios que desconocen los parámetros que deben tenerse en cuenta para imputar responsabilidad a los servidores públicos que participan dentro de los procesos de contratación pública, ya que en pocas ocasiones la sanción disciplinaria se ha impuesto bajo presupuestos que se acercan más a la proscrita responsabilidad objetiva, al tenerse la adecuación típica de la conducta y el descarte de las causales de excluyentes de responsabilidad” (Galvis Garia & Caceres Herrera, 2011).

De lo anterior, el objetivo de este artículo es analizar e identificar el contrato publico enfatizado en el contrato de prestación de servicios y desarrollar un análisis sobre la particularidad de este contrato y forma de ejecución, de igual forma identificar las sanciones disciplinarias y aplicación de estas, de igual forma se hace una descripción sobre el contrato de interventoría y diferencia con el contrato de prestación de servicios.

Contrato estatal

Definición

De acuerdo a Laguado (2004) la contratación pública se define como:

La actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado. Cuando a esta actividad se le incorpora el uso de tecnologías de la información y la comunicación se genera el concepto de contratación pública electrónica, en inglés e-government procurement que a su vez tiene como sigla eGP (Laguado, 2004).

En relación a lo anterior, el Consejo de Estado (1994), puntualiza que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general, y es en la ley 80 de 1993 en su artículo 32 la cual define los contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

De ahí, que los contratos de las entidades públicas en la legislación colombiana están sometidos a un riguroso control, de acuerdo a Vega de Herrera (2005) estos se encuentran previstos desde la Carta Política cuando en el último inciso del artículo 150, atributivo de las funciones del Congreso, dispone: "Compete al Congreso expedir el estatuto general de la administración pública y en especial de la administración nacional"; en desarrollo del citado precepto constitucional se expidió la ley 80 de 1993 constitutiva del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (p. 73).

Por su parte el objeto del contrato estatal según la Gaceta del Congreso Número 75 (1992) tiene como finalidad el que se determine el resultado de cómo se desarrollaron en la realidad, las condiciones jurídicas para los intervinientes y que fueron plasmadas en el contrato (p. 21). Por otro lado, el contrato estatal, según palabras de Mejía Ossman (2009) Es el acto de manifestación de voluntad generador de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal.

Ahora en sentido general, la definición de contrato, el Código Civil describe que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. (Artículo 1495). De manera puntual sobre la contratación estatal, es la Ley 80 de 1993, así como sus normas complementarias, consagran como contrato estatal todo aquel en el que intervenga una entidad del Estado, y para esta definición es indiferente si el tipo del contrato al que se refiere va a ser uno civil, comercial o propio de la Administración, porque de todas formas se va a regir por la Ley 80, y por lo tanto las diferencias que surjan de él van a ser dirimidas por la jurisdicción contencioso administrativa.

Contratación estatal en la Constitución de 1991

Con el surgimiento de la Carta Superior del año 1991, Colombia pasó de ser un Estado de Derecho a un Estado “Social” de Derecho y en ese sentido se acerca un nuevo contrato social en donde subyacen los principios fundamentales que le dan fuerza a un modelo de estado participativo, incluyente, justo y equitativo.

En relación a ello, la contratación estatal con la entrada en vigencia de la Constitución Política del 1991, le dio un rigor normativo por cuanto fija un marco normativo que regula el proceso de contratación, ahora bien frente a ello, es necesario precisar el alcance constitucional en este aspecto y es así como desde la perspectiva de Pino J. (2005), se hace una apreciación que se ajusta a los propósitos de este ejercicio:

“Los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal han sido establecidos en la Constitución Política mediante la incorporación de un derecho fundamental y una regla de Estado social de derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular. El derecho a la igualdad, como directriz fundamental de la contratación de la administración, impone a las entidades públicas, a favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones”. (Pino, J. 2005, p.23).

Antecedentes normativos de la Contratación Pública en Colombia.

La normatividad referente al tema contractual no es muy reciente y antes de que se llegara a lo que es hoy, se recorrió un largo camino. Medina (s.f) enuncia que es interesante destacar que incluso antes se evidenciaba normatividad sobre contratación estatal, no obstante la concepción actual de la contratación pública se desarrolla a partir de la constitución de 1991, la cual da como resultado en esta temática el llamado “tercer estatuto de la contratación estatal con la Reforma de la ley 80 de 1993 la cual establece en el artículos treinta y dos que: “ son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el presente estatuto, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada” (p. 15).

Por su parte, los antecedentes de la ley 80 de 1993, el Estado, a través del Congreso Nacional, expidió el Estatuto de Contratación –función delegada a través del artículo 250 de la CPC– para asegurar la moralidad, eficacia y responsabilidad –principios mencionados en el artículo 209 de la Carta Política– de la contratación de la administración pública. En consecuencia, sancionó la ley 222 de 1983 (febrero 2)¹, en la cual institucionalizó, en catorce (14) títulos, el proceso para la consecución de bienes y servicios a partir de la licitación (Bejarano, 2003, p. 50) Por lo tanto a continuación se relacionan algunas de las normas y decretos importantes en la contratación pública:

A partir de la Ley 84 de 1983 Código Civil de los Estados Unidos de Colombia regula la caducidad de la contratación pública y más adelante no hay regulación solo hasta la Ley 53 de 1909 “Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno”: Es la Primera ley que establece relación entre estado contratante y el particular contratista.

Ley 110 de 1912 “Por el cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman”: Es el nuevo Código Fiscal Nacional de la época y más importante sobre el tema de contratación, que hace extensiva la caducidad, además del contrato de obra y

¹ Por la cual se expiden normas sobre contratos de la nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones

prestación de servicios; es el Primer estatuto contractual que busca mediante la licitación y el contrato, seleccionar el contratista. Y es con la Ley 130 de 1913: Código Procesal Contencioso Administrativo, la cual ratifica los contratos como actos de mero derecho privado (Por primera vez en la historia de la contratación administrativa).

Con la llegada de la Ley 61 de 1921 “Sobre asuntos fiscales”: Establece con carácter obligatorio la licitación para la adquisición de materiales por parte del Estado. Es decir esta complementa el proceso de contratación y por ende de la licitación como herramienta para adquirir bienes el Estado. Y es con la Ley 105 de 1931: la cual señala la competencia en las controversias contractuales en el derecho común (conoce la jurisdicción ordinaria).

Por su parte la Ley 167 de 1941: la cual expide el Código Contencioso Administrativo y reitera la obligatoriedad de estipular la cláusula de caducidad para los contratos de obra, prestación de servicios y explotación de bienes del Estado y deja en mano de los jueces comunes la solución de las controversias contractuales. Y el Decreto 528 de 1954 “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Rotatorio Agropecuario”: Es una de las normas de mayor importancia como antecedente legislativo porque deja en manos de los Tribunales Contenciosos Administrativos las controversias de carácter contractual sin distinguir ninguna clase de contrato así fuere un contrato común.

Ya con el Decreto 351 de 1955 “Por el cual se dictan algunas normas de carácter administrativo y fiscal sobre contratos y reservas”: Habla sobre contratos de suministro el cual establece que los contratos celebrados en nombre del Estado en el cual establece el que los contratos en nombre del Estado que supere tres mil pesos (\$3.000) deben constar por escrito y los que superen el valor de (\$5.000) deben celebrarse por medio de contrato.

Con la llegada del Decreto 528 de 1964 “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones”: Asigna finalmente la competencia en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de las controversias denominados administrativos de todas las entidades públicas, sin hacer diferencia entre la nación, Entes territoriales y las entidades descentralizadas y desconcentradas del Estado.

Por su parte las Leyes 4 de 1964 y 36 de 1966: Se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos, y demás referentes al contrato de obra pública. Y con la entrada del Decreto-Ley 150 de 1976: Estableció como requisito para la contratación Administrativa la licitación pública y privada; aprobación y registro presupuestal, constitución y aprobación de garantías, establece como requisito para la aprobación de una licitación en contrato, la aprobación del Consejo de Estado (a nivel local los Tribunales), concepto y aprobación del consejo de ministros, firma del presidente de la república, publicación en el diario oficial, cláusulas obligatorias (caducidad, sujeción a aprobación presupuestal, garantías, cláusula penal pecuniaria, renuncia a reclamación diplomática), responsabilidad civil de los funcionarios y la terminación unilateral y anticipada del contrato por inhabilidades del contratista.

La Ley 222 de 1983: Sobresalió la consagración dual de contratos administrativos y privados del estado, los principios de unilateralidad (derecho que tenía el estado de dar por terminado unilateralmente un contrato) terminación, interpretación, y modificación de un contrato por las partes, estableció las causales de caducidad, asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia por las controversias contractuales administrativas y comunes, la tipificación legal de los contratos administrativos y que en los contratos aplicaba para la nación, los entes territoriales, los establecimientos públicos en su totalidad y parcialmente para las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Y de ahí se estableció Tercer Estatuto de Contratación Estatal Ley 80 de 1993: el cual consagra el término genérico “entidades estatales”, Generaliza la denominación de contratos al llamarlos “Contratos Estatales”, hace relevancia del concepto de servidor público, Principios del equilibrio económico y financiero del contrato y de la ecuación contractual, régimen exorbitancia, generalización del procedimiento de selección de los contratistas por medio de licitación o concurso público, régimen de inhabilidades e incompatibilidades más amplio y se extiende el régimen de responsabilidad asimilando al contratista, al asesor, interventores y demás actores de la contratación con servidores públicos al cumplir funciones administrativas; régimen único de proponentes regulado por Cámara de Comercio; Competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el

control jurisdiccional de los litigios que surjan de la celebración y ejecución de los contratos que celebre la administración; Introduce las figuras de la Uniones temporales y promesa de la asociación futura.

Más adelante la Ley 1150 de 2007: trae una reforma el estatuto general de la contratación pública. Se incluye la “selección abreviada”; el concurso de méritos en relación a los contratos de consultoría y aclara el concepto de contratación directa. Desarrolla el sistema electrónico para la Contratación pública- SECOP- que busca unificar la información de la contratación publicitando las actuaciones precontractuales y contractuales. Exige la publicación oportuna de pliego de condiciones, estudio de documentos previos, para ser sometido al público. Precisa el término que tiene la entidad para liquidar el respectivo contrato. Somete a la contratación estatal a las reglas y principios de la función administrativa y de gestión fiscal, y de manera específica a las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional.

Y es con la Ley 1474 de 2011 ley anticorrupción: que se crea debido al mal manejo que se viene realizando en la contratación estatal, y la falta de moral de parte de los contratistas y servidores públicos. (Nieves Rodríguez 2014, pág. 5), menciona que esta Ley lo que buscaba era frenar la corrupción y todo lo malo que traía consigo la adjudicación de contratos y el mal actuar de las partes. Se puede evidenciar que la norma como total puede ser efectiva pero el problema de la corrupción en los contratos radica en la moralidad, en la ética, en el buen actuar de los servidores públicos que se encuentran allí para ser imparciales en la adjudicación de contratos sin esperar u obtener nada a cambio

Fortalecimiento de la Transparencia en la Contratación Estatal

Respecto a la creación del Código Único Disciplinario ley 734 de 2002 y el Estatuto anticorrupción ley 1474 de 2011, el gobierno nacional, ha buscado mitigar las irregularidades que cometen tanto servidores públicos como contratistas que prestan el servicio con el Estado, estableciendo parámetros de sanciones disciplinaria frente a la acción u omisión de cada uno lo que conlleva a un fortalecimiento de la transparencia en el área de contratación.

Del mismo modo, Según la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), en una encuesta realizada por el Banco Mundial en 2005, en 117 países de América, Asia, África y Europa, la mayoría de los pagos ilegales y sobornos realizados por firmas internacionales son destinados a la irregular obtención de beneficios en la contratación estatal, sobrepasando otras actividades estatales (OCDE, 2018).

En razón a los constantes escándalos de corrupción que aqueja a Colombia, frente a ello se reconoce que el gobierno ha tomado iniciativas legislativas: El artículo 1 de la ley 1474 de 2011, incorpora nuevas inhabilidades para promover la transparente selección de contratistas. En efecto, en aras de garantizar la adjudicación de contratos estatales a personas idóneas y de prevenir la existencia de conflictos de interés, el Estatuto Anticorrupción adicionó las siguientes inhabilidades el artículo 8 de la ley 80 de 1993: la inhabilidad para contratar a quienes incurran en actos de corrupción. El artículo 4 de la ley 1474 de 2011, establece que la inhabilidad para contratar a quienes financien campañas políticas en los montos y condiciones señalados en el artículo 2 de la ley 1474 de 2011, cuyo fin es impedir la restitución de favores económicos entre candidatos políticos y contratistas estatales generados con ocasión de la financiación de la campañas políticas de los primeros con recursos de los segundos.

De igual manera el artículo 5 del estatuto de anticorrupción estipula que la inhabilidad para que las personas que hayan celebrado contrato estatal de obra pública, concesión, suministro de medicamentos y de alimentos con las entidades estatales y sus familiares, en los grados señalados por la ley, puedan celebrar contratos de interventoría con la misma entidad , durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, lo que permite prevenir que contratistas dedicados a las mismas actividades terminen haciendo mutuamente el control y vigilancia de contratos celebrados con una entidad y evitar de esa manera que un mismo contratista asuma la incompatible labor de vigilante y vigilado.

Es así como también el artículo 90 de la ley 1474 de 2011, determina la inhabilidad por el incumplimiento reiterado, gracias a la cual se impide la adjudicación de contratos, por un término de tres años, a contratistas que han dado muestra del incumplimiento de sus obligaciones en anteriores contratos estatales durante una misma vigencia fiscal, en los

términos señalados en la ley. En la misma normatividad en su artículo 84 plantea la inhabilidad para los interventores tendiente a impedir que aquel que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, pueda contratar con el Estado por un término de cinco años.

Para el fortalecimiento de la transparencia se ha perseguido mediante la creación de nuevas herramientas de control y supervisión de la actividad contractual, con el fin de revestir a las entidades contratantes con novedosos instrumentos jurídicos para garantizar la debida ejecución del objeto contractual y la continua y adecuada prestación de servicios públicos. Entre estas herramientas se destacan: la sistematización del régimen de funciones, sanciones, responsabilidades e inhabilidades de los supervisores e interventores.

La ley 1150 de 2007 de la misma manera realiza aporte para el fortalecimiento de la transparencia contractual donde se ha promovido mediante la adopción de novedosas medidas para prevenir el indebido direccionamiento de la adjudicación del contrato estatal y para garantizar la libre competencia en la selección de contratistas. Uno de los pilares fundamentales de la contratación estatales el principio de la selección objetiva, por el cual la adjudicación del contrato estatal debe realizarse “al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general cualquier clase de motivación subjetiva”.

Requisitos para la Contratación Estatal.

De acuerdo a lo anterior se pudo evidenciar cual es el objeto de un contrato público, los principios de la contratación y los antecedentes, no obstante para determinar la ilicitud frente a la contratación estatal se debe analizar cuáles son los requisitos para la contratación estatal lo cual se realizará a continuación:

Requisitos generales

En términos generales todo contrato debe cumplir con unas condiciones que son: Capacidad, objeto lícito y causa lícita. Respecto a lo anterior la capacidad: Para la

celebración de Contratos la ley civil en su artículo 1502 establece que “para que una persona se obligue a otra es necesario que sea legalmente capaz para la celebración de un contrato”. Y por su parte la ley 80 establece en su artículo 2 la capacidad que tienen las entidades estatales para contratar, posteriormente su artículo 6 establece que pueden celebrar contrato con entidades estatales, personas legalmente capaces en las disposiciones vigentes.

De igual manera la Corte Constitucional hace referencia de la inhabilidades para contratar con el Estado estableciendo que, Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia (Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1996). Es por ello que respecto a la posición de la Corte Constitucional establece que no podrán contratar con el Estado quienes estén catalogados como incapaces en la ley civil y mercantil, ni quienes estén incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad (Corte Constitucional Sentencia C-178 de 1996).

El Objeto lícito: De forma general se encuentra establecido en el Código Civil en el artículo 1518 donde constituye que un acto jurídico tiene objeto lícito cuando sus prestaciones aisladas o su conjunto son contrarias al orden público, a la ley imperativa o las buenas costumbres.

Por otro lado, en materia contractual la Corte constitucional establece que, el objeto lícito es el que es acorde con la ley, las buenas costumbres y el orden público, por el contrario, el objeto ilícito es cuando contraviene al derecho público de la nación, lo que hace que sea que haya una nulidad por vicio en el objeto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil. (Corte Constitucional Sentencia T-574 de 2016).

Causa lícita: La razones del contrato no sean contrarias a la ley, a las buenas costumbres y al orden público.

Requisitos específicos

Con la entrada en vigencia del Decreto 1510 de 2013, definió las nuevas reglas para la contratación pública, contempla una serie de requisitos que deberán cumplir las personas naturales y jurídicas a la hora de contratar con el Estado.

La norma aclara que las personas interesadas en participar en procesos de contratación convocados por entidades estatales deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes (RUP). Además, La persona inscrita en el RUP deberá presentar la información para renovar su registro, a más tardar el quinto día hábil de abril de cada año. De lo contrario, cesarán los efectos del RUP.

De igual forma la suscripción y el perfeccionamiento de un contrato estatal hacen referencia al acuerdo de voluntades al que llegan las partes, el cual se eleva por escrito. Por su parte, la legalización del contrato es un término que no contempla la normativa del Sistema de Compra Pública y que en la práctica se utiliza para referirse a todos los requisitos que deben cumplir las partes del contrato antes de iniciar su ejecución.

Antes del inicio del contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; (ii) La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y (iii) La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa (Colombia compra eficiente, 2016).

Ilicitud Sustancial Disciplinaria.

Concretos los requisitos que deben tener los contratos públicos, se procede a identificar cuando se da la ilicitud de un contrato público que conlleva a la sanción disciplinaria, ahora bien dicha sanción disciplinaria emerge con la conducta del destinatario de dicha sanción por lo cual de acuerdo a la Real Academia de la lengua española, define como Conducta la manera como las personas se comportan en su vida y acciones.

De ahí que la conducta en los servidores públicos es la columna vertebral del Derecho Disciplinario, pues busca es la regulación de las conductas de las personas que

cumplen funciones estatales para con esto evitar la corrupción y los excesos por parte de los mismos, es por ello que para establecer la responsabilidad de los Servidores Públicos se debe remitir inicialmente a la Constitución Nacional en el artículo 6, el cual en cuanto a la responsabilidad jurídica establece: “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los Servidores Públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones” (Constitución Política de 1991, art 6).

En consecuencia a lo anterior, esta conducta efectuada por el servidor público es denominada como la ilicitud sustancial en donde Gómez Pavajeu (2006), Ex Viceprocurador enuncia que “La ilicitud sustancial es una categoría dogmática propia del Derecho Disciplinario y con una connotación tan específica que se constituye en la principal diferencia con la estructura de la responsabilidad penal” (p. 271).

Por su parte el ex procurador Ordoñez Maldonado (2009), define que:

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública. Esta sencilla pero clara lectura, es la que debe corresponder a la filosofía del derecho disciplinario, más allá de las imprecisiones de tipo semántico o gramatical en que pudo haber incurrido el legislador. Debe advertirse que no se pretende, de momento, “reformular” el texto que subyace a la norma disciplinaria. De lo que se trata entonces, es de encontrar una interpretación acorde con los principios y fines que deben orientar el derecho disciplinario dentro del marco del Estado Social de Derecho, como herramienta útil para encauzar la conducta de quienes ejercen función pública (Ordoñez Maldonado, 2009).

En relación a ello, la Corte Constitucional define la ilicitud sustancial la cual describe que:

“Con el fin de garantizar una protección adecuada y suficiente de la libertad de expresión, una de las condiciones que debe analizarse para definir la existencia de una infracción disciplinaria es que la expresión pública de la imputación deshonrosa o calumniosa se haga en el marco del ejercicio de la conducta oficial del servidor

público. (...) Por lo tanto, si se demuestra que la actuación no se hizo en ejercicio de dichas funciones y, por lo mismo, se mostró ajena a la actividad policial, no podrá válidamente predicarse la infracción disciplinaria (Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2016, p.6).

De tal manera que, en materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional como bien jurídico del Estado protegido por el Derecho Disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión. Así lo advirtió la Sección Segunda del Consejo de Estado. Y consecuentemente, cuando se configure una falta disciplinaria, la conducta debe ser antijurídica, lo cual supone no solamente el incumplimiento formal del deber, sino que es menester que la infracción de este sea sustancial. Esto significa que la actuación u omisión del servidor público debe desembocar en una afectación material, real y efectiva del buen funcionamiento del Estado y, por tanto, del servicio público. (Gómez Hernández, 2018).

Por su parte el Consejo de Estado (2018) indicó en su providencia que no es suficiente que el servidor público falte a sus deberes funcionales para que exista una falta disciplinaria, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada al disciplinado. En tal sentido, si la ilicitud no fue sustancial, no es posible declarar la responsabilidad disciplinaria, aclaró el alto tribunal administrativo. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001032500020130029600 (06442013), 2018).

Por otro lado, la ilicitud se describe y regula en el marco jurídico del control disciplinario, que actualmente está integrado por el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), así como por el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), los cuales se aplican a los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales. De esta manera, de acuerdo a las circunstancias de tiempo y modo en que se haya celebrado y ejecutado un acto administrativo, al servidor público se le aplicará el contenido de estas dos normatividades en lo que concierne a la responsabilidad en el área de la contratación estatal.

En referencia a ello, indica Mejía Ossman (2009) que el medio para imponer una sanción disciplinaria a aquellos servidores públicos que violen la Constitución, la ley o los reglamentos en materia de contratación estatal, cuya titularidad si bien radica en la persona jurídica nacional, se adelantó por intermedio de la Procuraduría General de la Nación, o sus delegadas, tales como las procuradurías regionales o provinciales, las personerías o las oficinas de control disciplinario interno (p. 34).

Definición de contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión.

En consecuencia, la definición propia de los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión se encuentran regulados en la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, el cual se denomina como una modalidad de contrato estatal la cual se suscribe con personas naturales o jurídicas, teniendo por objeto la realización de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de alguna entidad pública. Al respecto este tipo de contratos deben corresponder a una necesidad de la administración a partir de conocimientos especializados.

Vale la pena aclarar que los contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, son componentes específicos de los contratos de prestación de servicios es decir que se regulan de igual forma y su objeto es el mismo pues se requiere de la prestación de servicios profesionales en labores relacionadas con la administración pero que no constituye ejercicio de funciones públicas administrativas es decir que el contrato de prestación de servicios y el apoyo a la gestión sustancialmente es lo mismo ya que estos se afianzan en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, en el desarrollo el objeto de los contratos de prestación de servicios pueden tener actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes de los problemas y el mar acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planificación. Teniendo una simple diferencia que se pueden realizar contratos de prestación uno de forma simple que el personal no tenga un conocimiento técnico sino de apoyo y por otro lado otros de tipo especial en el cual tenga actividades propias desarrollado por personas que tengan un conocimiento específico y profesional.

Asimismo en la Ley 1150 de 2007, determina el evento de contratar directamente la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, no obstante, ésta clase de contratos no pueden vulnerar el derecho constitucional al acceso del trabajo permanente con el Estado, cuando con éstos se procure desarrollar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, que debe desarrollar el personal de planta de la respectiva Entidad Estatal.

Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, detalla los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Con los cuales, las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, y precisa que los servicios profesionales y de apoyo a la gestión recaen sobre los de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que resultan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los concernientes con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

Es de destacar que este tipo de contrato no genera una relación laboral, ni prestaciones sociales y se celebran por un término indispensable (Art 32, Ley 80 de 1993). Adicionalmente las personas vinculadas bajo este tipo de contrato no tienen calidad de servidores públicos, es decir que se desarrolla una actividad accesoria a la función pública, de igual forma se debe referenciar que los que están sujetos a este tipo de contrato se les denomina contratistas y asimismo prestan sus servicios profesionales y de apoyo, las cuales no constituyen funciones públicas.

Ilicitud disciplinaria en los contratos de prestación de servicios

Como se evidenció anteriormente, la ilicitud disciplinaria, se da a partir del incumplimiento de los requisitos en la contratación pública y a partir de un control disciplinario se fijan unos parámetros frente a la ilicitud, ahora bien propiamente la ilicitud en contratos de prestación de servicios con el Estado, los cuales frecuentemente se observan que este tipo de contratos se presta para malinterpretar por un lado el uso de este contrato para puestos de trabajo que en su prestación sería bajo la modalidad de contratación directa

y lo otro que favorece a personas que muchas veces no cumplen con los requisitos e idoneidad de los servicios contratados.

Responsabilidad disciplinaria de los contratistas.

La acción disciplinaria frente a la ilicitud de los contratistas, se tienen como externos o como particulares que no ejercen funciones públicas, y de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, no son sujetos disciplinables. Con relación a los servidores públicos, no es discutible su condición de sujetos disciplinables, de conformidad con la Ley 734 de 2002.

En referencia a lo anterior, es importante describir que si bien el Código Único Disciplinario (CDU) en el libro III de Régimen de los particulares, artículo 53 describe “sujetos disciplinables”, de acuerdo a Franco Pineda (2018) detalla que es claro al precisar que se aplica las sanciones disciplinarias cuando el contratista cumpla labores de interventoría en los contratos estatales y ejerza funciones públicas (p. 8).

Adicionalmente el artículo en mención fue modificado por la Ley 1474 de 2011, por el artículo 44, el cual señala que “(...) no serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en el ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias” (Ley 1474 de 2011, art 44).

Por otro lado, la Ley 80 de 1993 describe las funciones, inhabilidades e incompatibilidades de los contratistas particulares que contratan con el Estado, señala en su artículo 3:

De los fines de la contratación estatal (...) Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones (Ley 80 de 1993, Art 3).

En referencia se puede destacar entonces que a pesar de que no hay unas sanciones propias disciplinarias si hay unas obligaciones y la norma delega al legislador determinar

cuando los contratistas ejercen funciones públicas deben responder disciplinariamente y entre esas obligaciones es realizar sus funciones de acuerdo a lo pactado en los contratos realizados con las entidades del Estado, cabe aclarar entonces que la responsabilidad disciplinaria se centra en los servidores públicos en relación a sus funciones y que al actuar de forma contraria se aplica el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, que se denomina “Ilicitud sustancial”, la cual describe que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. Esto determina que la falta debe estar enmarcada dentro de las que constituyen responsabilidad y que el resultado sea antijurídico.

Ahora volviendo a los contratos de prestación de servicios y su responsabilidad disciplinaria de acuerdo a la Sentencia C – 037 de 2003 de la Corte Constitucional deduce que: “El particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador” (Corte Constitucional, Sentencia C – 037 de 2003).

Respecto a lo anterior es indispensable indagar en la Sentencia C-280 de 1996 de la Corte Constitucional, la cual refiere que entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que este presta un servicio de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones y el ámbito de su responsabilidad son las que se derivan del contrato y de la ley contractual, sin que pudieran ser destinatarios de del régimen disciplinario previsto para los servidores públicos (Corte Constitucional, Sentencia C – 280 de 1996).

En la referida sentencia se identifica que hay una excepción de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión cuando concluye que el particular interventor de un contrato estatal cumple una función pública, cabría considerar que en relación con él el Legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario. Pues en prestación el interventor es un particular en el cual la administración acude en función de sus conocimientos técnicos, que necesariamente deberá estar inscrito, clasificado y calificado en el registro de proponentes, como cualquier otro contratista al tenor de lo dispuesto en el artículo 22-1 de la Ley 80.

Es así, que el contrato de interventoría es diferente al de contrato de servicios pues este es un contrato principal y autónomo de interventoría que es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique (Colombia Compra Eficiente, 2018, p. 4).

Con ello al celebrarse un contrato de interventoría que es similar a un contrato de prestación de servicios en el cual tiene unas particularidades la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del Estatuto disciplinario el cual vale la pena aclarar que si bien el Congreso expidió un nuevo Código Disciplinario Ley 1952 de 2019, aún no ha entrado a regir por lo cual se continúa trabajando la Ley 734 de 2002.

Así las cosas, se logra identificar que los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión obedecen a labores únicas o especializadas y también el contrato de interventoría el cual es con particulares este sí tiene atribuciones disciplinarias no obstante el de prestación de servicios no y como tal corresponde la competencia para adelantar esas investigaciones deberá ser de la Procuraduría General de la Nación, Personerías, y Órganos internos, tal como lo hacen actualmente con las faltas disciplinarias de los funcionarios públicos.

Conclusión

1. El contrato estatal se ha fundado a partir de diferentes momentos históricos por medio de su regulación y se destaca que a partir de la constitución de 1991, se fija condiciones de plano constitucional para para fijar garantías y también responsabilidad en lo concerniente a las actividades relacionadas con la contratación pública, así como las atribuciones del funcionario público para utilizar los recursos públicos y las condiciones de licitud e sus actos para la consecución de los fines del Estado y el bienestar del pueblo.
2. Cuando los servidores públicos en ejercicio de su actividades relacionadas con la contratación pública, se desvían del objeto contractual se convierten en sujetos de aplicación de una sanción disciplinaria debido a la ilicitud de su acto en la contratación pública, por no acoger las obligaciones que se encuentran descritas en la constitución y la ley y ello conlleva a que se juzgue por conductas graves.
3. La normatividad expedida bajo el ámbito del derecho disciplinario se ha dado a partir de la protección y prevención de la corrupción en donde las diferentes disposiciones se crean con el fin de regular el ejercicio de la función pública y de ahí a que se derive en una sanción para garantizar el cumplimiento de la norma.
4. Las características del contrato como la conducta, causa lícita y hecho lícito, es predominante frente a la ley pues cuando no se cumple cabalmente el deber, se crea una conducta ilícita la cual demuestra que no se logró el objetivo principal de la función del servidor público llevando consigo una investigación disciplinaria en donde dicha ilicitud vulnera los principios de la contratación pública.

Recomendaciones:

1. Trabajar de la mano entre oficinas de contratación pública y oficinas disciplinarias para Obtener un mayor control en el proceso precontractual y evitar desgaste de procesos disciplinarios con posterioridad a la ejecución del contrato.
2. Verificar por parte del ente disciplinario una mayor verificación de la ilicitud disciplinaria cometida al momento de realizar los cargos que se le imputan al

servidor público para evitar una exclusión de responsabilidades o por el contrario no aplicar la sanción adecuada.

3. Fomentar capacitaciones a los encargados de administrar los recursos públicos a través de la contratación estatal, para evitar que se inicien procesos contractuales sin que se atiendan los más mínimos principios de la contratación estatal, como lo es el de la planeación, evitando que cometan errores que afecten el principio de la función pública y que los conlleven a sanciones disciplinarias.

Referencia Bibliográfica.

Bibliografía

Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), “Integrity in Public Procurement, Good Practice from A to Z”, pág. 9.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Universidad Externado de Colombia, 5ta edición, pág. 271.

Mejía Ossman, J. y Mejía Acosta, K. (2009). Temática jurisprudencial del proceso disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley

Rosero Melo, Bertha Cecilia. (2011) Contratación Estatal: Manual teórico-práctico. Editorial I, edición de la U. Capítulo II.

Ordoñez Maldonado Alejandro et al. (2013). Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal. Bogotá, Colombia. Instituto de Estudios del Ministerio Público, pág. 24-26.

Cibergrafía.

Bejarano Roncancio, Jhon Jairo (2003) Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición. Universidad Nacional [En línea]. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>

Colombia compra eficiente(2016) ¿Cuáles son los requisitos de perfeccionamiento y de ejecución del contrato estatal?. Recuperado de: <https://colombiacompra.gov.co/content/cuales-son-los-requisitos-de-perfeccionamiento-y-de-ejecucion-del-contrato-estatal>

Colombia compra eficiente (2018) Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado. Recuperado de: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf

Departamento Nacional de Planeación (2018) ¿Cómo contratar en desarrollo del artículo 355 de la constitución política y del decreto 092? Recuperado de: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/como-contratar-en-desarrollo-del-articulo-355-de-la-constitucion-politica-y-del-decreto-092>

Franco Pineda, Yuri Fabiola (2018) Responsabilidad jurídica disciplinaria para contratistas que ejercen funciones públicas, Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15811/1/Responsabilidad%20jur%C3%ADdica%20disciplinaria%20para%20contratistas%20que%20ejercen%20funciones%20p%C3%ABlicas%282%20evaluad.pdf>

Galvis García, María del Pilar; Cáceres Herrera, Diana Marcela (2011), Responsabilidad Disciplinaria Frente a la Contratación Estatal. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3196/GalvisGarciaMaria%20delPilar2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

La responsabilidad en materia de contratación estatal (2016, 1 de noviembre) obtenido de:

<http://www.cmconsultores.com.co/es/mas-sobre-cym/la-responsabilidad-en-materia-de-contratacion-estatal/7#.XjDPWDJKjIV>

Consejo de Estado, boletines/94/S3/85001-23-31-003-1998-00070-01(18836) (Consejo de Estado 1994).

Medina, Efraím (s.f) Historia de la Contratación Estatal en Colombia. Recuperado en: https://www.academia.edu/36651847/Historia_de_la_Contrataci%C3%B3n_Estatal_en_Colombia

Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, art 32.

Laguado R., (2004). Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. Londres. Edición original: Chevening Fellowship Award – United Kingdom. Disponible en: Biblioteca virtual Luis Ángel Arango. Banco de la República.

Pino, J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Maya Villazon, Eduardo José; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo; Barón de Rayo, Elsa (2006), Lecciones del Derecho Disciplinario, Volumen 1.

Hernández Gómez, William (2018), ¿La falta al deber funcional implica necesariamente una afectación a la función pública? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/la-falta-al-deber-funcional-implica>.

OCDE (2018) Perspectivas económicas de América Latina 2018 Repensando las instituciones para el desarrollo. [En línea]. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43513/1/LEO2018_es.pdf

Ordoñez Maldonado, Alejandro, Procurador General de la Nación (2009). Justicia Disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Bogotá. Edición IEMP Ediciones. p. 26.

Prada Macías, Iván Fernando (2014), Historia de la Contratación Estatal en Colombia.

Recuperado de:

<https://prezi.com/gfegw9gyjqzc/historia-de-la-contratacion-estatal-en-colombia/>.

Rodríguez, Lida P. Nieves (2015) Ley 1474 de 2011: ¿un arma contra la corrupción?.

(Ensayo para optar al título de especialista en finanzas y administración pública, Universidad Militar de Nueva Granada) recuperado de:

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/12238/LEY%201474%20ODE%202011.pdf?sequence=1>

Jurisprudencia.

Constitución Política de Colombia. (1991). 39ª Ed. Legis.

Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2016, MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001032500020130029600 (06442013), Feb. 8/18. C. P. Dr. William Hernández Gómez.

Corte Constitucional, Sentencia C- 508 de 2002, MP Dr. Alfredo Beltran Sierra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sub sección C, 31 de Enero de 2011, Consejera Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz; Radicación No. 25000-23-26-000-1995-0867- 01(17767).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 26 de Noviembre de 2009; Radicado Número: 52001-23-31- 000-2002-01023-02 (0506-08).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de Diciembre de 2007, Radicado Número: 11001-03-26-000-2003-00014-01.

Corte Constitucional, Sentencia C-489 de 1996, MP DR. Antonio Barrera Carbonell, 26 de noviembre de 1996, Expediente D-1264.

Corte Constitucional. Sentencia C-178 de 1996. MP Antonio Barrera Carbonell, Abril 29 de 1996, Expediente D-974.

Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 2016. MP Alejandro Linares Cantillo, Octubre 20 de 2016, Expediente T-5.610.171.