

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-03
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 27

## EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

SEBASTIÁN CANO BETANCUR  
E-mail: bastiancano87@hotmail.com

JUAN CAMILO CERQUERA BELTRÁN  
E-mail: cerquera7@gmail.com

FAVER ANDRÉS ÁLVAREZ RÚA  
E-mail: faalru8@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado  
**2015**

**Resumen:** En este artículo se pretende llevar a cabo un análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la Administración Pública y el interés indebido en la celebración de contratos; para ello, se identifican, en primer lugar, los elementos indispensables en el contrato de prestación de servicios, diferenciándolo de otras figuras contractuales; en segundo lugar, se demuestran los presupuestos que se requieren para que un servidor público se le impute el delito de interés indebido en la celebración de contrato; y por último, se precisan las etapas contractuales que requieren análisis en el delito del interés indebido en la celebración de contratos de prestación de servicios.

**Palabras claves:** *Contratación estatal, Contrato de prestación de servicios, Interés indebido, Celebración de contratos, Administración pública.*

**Abstract:** This article is intended to carry out an analysis of the impact of the contract to provide services in the functioning of public administration and undue interest in the conclusion of contracts; for this, identifies, first, the essential elements of the contract to provide services, differentiating it from other contractual arrangements; Second, the budgets required for a public servant is to be charged the offense of undue interest in holding contract are shown; and finally, contractual stages that require analysis in the crime of undue interest in the conclusion of contract to provide services required.

**Keywords:** *government procurement, contract servicing, improper interest, concluding contracts, public administration.*

### 1. INTRODUCCIÓN

La administración pública, como actividad y función a cargo del Estado, es desarrollada

por personas a quienes se les designa como servidores públicos. La Constitución Política de 1991, específicamente en su artículo 123, establece que son servidores públicos los

miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley decretará el régimen aplicable a los particulares que de manera temporal desempeñen funciones públicas y regulará, a su vez, su ejercicio. Por su parte, el artículo 124 Constitucional establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

En virtud de estas normas son servidores públicos: los miembros de las corporaciones públicas, esto es, Senadores Representantes a la Cámara, Diputados y Concejales Municipales y Distritales; los empleados y

trabajadores del Estado. Aquí se incluyen los integrantes de las tres ramas del poder público, pero además los organismos de control (Contralorías, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo), lo mismo que los integrantes de la función electoral; los trabajadores y los empleados de las entidades descentralizadas del Estado, sea territorialmente y/o por servicios (Departamentos, Municipios y Distritos, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta); los miembros de la fuerza pública; los funcionarios y trabajadores del Banco de la República; los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha Contra la Corrupción creada por el artículo 71 de la Ley 190 de 1995; los integrantes de la Comisión Nacional de Televisión; las Corporaciones Autónomas Regionales; las

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 3 de 27</b>

Universidades oficiales y la Comisión Nacional de Servicio Civil.

Para la ley de contratación estatal (Ley 80 de 1993) son servidores públicos las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata el artículo 2 de la mencionada normativa, exceptuando las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se ostentará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas.

Tal y como lo señala la propia Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003:

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de la función pública, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Pero a pesar de que en Colombia hay una prohibición de vincular por medio de contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, y aunque si bien en algunas entidades públicas se ha establecido como práctica habitual en las relaciones laborales con el Estado la disminución de las plantas de personal de las entidades públicas, se ha elevado el número

 <p><b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b> Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código: F-PI-32</b></p>
		<p><b>Versión: 01</b></p>
		<p><b>Página 4 de 27</b></p>

de contratos de prestación de servicios para el desempeño de labores permanentes de la administración, lo que, sin duda, ayuda a que no sólo que se oculten auténticas relaciones laborales, sino que también se desnaturalice la contratación estatal, ya que el contrato de prestación de servicios es una forma de trabajo con el Estado de orden excepcional.

Lo anterior quiere decir que la finalidad del contrato de prestación de servicio ha sido desdibujada y alterada por algunas administraciones públicas, en las cuales pueden estar incursos los servidores públicos que representan dichas administraciones en la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos.

Este trabajo investigativo es de gran relevancia en la medida en que el contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la administración pública es una de las

tipologías de los contratos de la administración pública reglamentada en la Ley 80 de 1993 o Ley General de Contratación, la cual ha venido siendo reglamentada por otras disposiciones legales a lo largo del tiempo.

## **2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

### **2.1. LOS CONTRATOS ESTATALES**

La contratación estatal en Colombia ha de concebirse como el más importante de los mecanismos para proveer tanto los bienes como los servicios que se requieren para el desarrollo social y económico de la nación. Es por ello que los contratos estatales, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se define como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones” que

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 5 de 27</b>

celebren las entidades estatales, “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”. También son contratos estatales los contratos de obra, los contratos de consultoría, los contratos de prestación de servicios, el contrato de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública.

Para Ospina y Ospina (1994), por ejemplo, “el contrato es un consentimiento dirigido a la producción de obligaciones; existe cuando una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (p. 38). Agregan los mencionados autores, además, que “las partes contratantes, consienten, declaran su voluntad común dirigida a la producción del efecto jurídico que es la obligación. Es un acto voluntario

bilateral, dimanado de la autonomía privada” (p. 39).

El Código Civil colombiano establece que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia” (C.C., art. 1494). Por tanto, la más importante potestad que posee la administración pública es su facultad de obrar unilateralmente y con fundamento en esta facultad realiza la mayoría de sus actos porque no solo ha recibido esa potestad del

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 6 de 27</b>

mismo constituyente sino que, tiene el poder jurídico para imponer sus actos.

Sin perjuicio de lo anterior, la administración pública no sólo actúa de forma unilateral, sino que también puede hacerlo de forma bilateral, es decir, la administración al igual que los particulares tiene la posibilidad de celebrar contratos entre entidades públicas o entre entidades públicas y particulares.

Rodríguez (2001) afirma que la noción básica de contrato es común para los celebrados por los particulares o por la administración, y, “(...) sean contratos administrativos o contratos de derecho privado, la noción básica proviene del derecho civil” (Rodríguez, 2001, p. 328); al respecto, el artículo 1495 del Código Civil establece que “es un acto por el cual una

parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Considera también Rodríguez (2001) que en la doctrina dos criterios para distinguir los contratos administrativos: un criterio legal y otro criterio jurisprudencial. El criterio legal establece que la ley califica la naturaleza del contrato de la administración al momento de reglamentarlo; mientras que el jurisprudencial califica la naturaleza del contrato estatal de acuerdo no sólo al régimen establecido para ello, sino que tiene también en cuenta los siguientes elementos:

Partes del contrato: se requiere que al menos una de las partes sea una entidad pública.

Objeto del contrato: “son contratos administrativos cuando tienen por objeto la ejecución de un servicio público” (Rodríguez, 2001, p. 328), es decir, cuando a través de la ejecución de dicho contrato se cumple con los fines esenciales del Estado establecidos por la carta constitucional.

Cláusulas del contrato: es un contrato administrativo cuando tal contrato contiene

cláusulas exorbitantes. “La cláusula exorbitante es aquella “derogatoria del derecho común” o, aquellas cláusulas que son extrañas a los contratos entre los particulares” (Rodríguez, 2001, p. 328).

El artículo 150 de la Constitución Política en su segundo inciso, consagra la facultad otorgada por el constituyente al Congreso para Expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración Nacional, esto, con el fin de asegurar la uniformidad de tratamiento a nivel de la administración pública de los procesos contractuales, acabando de esa forma con el sinnúmero de regímenes que estaban vigentes y que generaban ineficacia y corrupción en la administración.

La Ley 80 de 1993 intentó de manera fallida unificar en una sola categoría los contratos celebrados por la administración, eliminando los criterios diferenciadores que

contenía el Decreto Ley 222 de 1983. El régimen de contratación de la Ley 80 intenta conciliar dos objetivos fundamentales, el primero es eliminar las confusiones que tenía el Estado en su proceso de contratación, con el fin de que pueda cumplir con su obligación de atender el interés general; el segundo objetivo es hacer que, a través de ese nuevo régimen no se ponga en peligro el patrimonio y los ingresos del Estado y se eviten las desviaciones o irregularidades en el funcionamiento de los procesos contractuales que puede convertirse en una fuente de corrupción.

El régimen de contratación estatal se caracteriza por limitarse a señalar normas y principios generales, al tiempo que hace énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes como elemento esencial de los contratos de la administración, en la

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 8 de 27</b>

inmutabilidad del equilibrio financiero del contrato y en la garantía del mutuo beneficio de las partes. Se aparta de las regulaciones exhaustivas y simplifica los procedimientos y trámites; busca con ello superar sobrecostos y las irregularidades a que han conducido los procedimientos dispendiosos y excesivos que habían venido condicionando la actividad contractual.

Bajo los criterios del estatuto contractual de contratación, en la Ley 80 de 1993 se entiende por contrato estatal todos los actos jurídicos generadores de obligaciones, que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar, previstos en el Derecho público o privado, típicos o atípicos y los derivados, en general, de la autonomía de la voluntad.

## **2.2. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ESTATAL**

La Ley 80 de 1993 con su reforma, la Ley 1150 de 2007, están montadas sobre dos premisas esenciales, que son: 1) la autonomía de la voluntad y 2) La incorporación del derecho privado, que tienen como teleología combatir la ineficacia administrativa, que en este campo de la actividad estatal había originado el Decreto ley 222 de 1983, por el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos.

Igualmente el estatuto contractual del Estado está iluminado por los principios de transparencia, economía, responsabilidad y buena fe (artículo 83 de la Constitución Política); otros principios que rigen la función administrativa son igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

imparcialidad y publicidad (artículo 209, inciso primero, de la Constitución Política).

En cuanto al principio de la autonomía de la voluntad, éste consiste en:

otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley (Corte Constitucional, 2011, C-949).

### **2.3. NORMAS QUE REGULAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

<b>Constitución Política de Colombia de 1991</b>	Artículo 83: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que
--	---

	<p>aquellos adelanten ante éstas.</p> <p>Artículo 123: Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.</p> <p>Artículo 124: La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.</p>
<b>Ley 80 de 1993</b>	Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
<b>Ley 1150 de 2007</b>	Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con

	Recursos Públicos
<b>Ley 1474 de 2011</b>	Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
<b>Ley 1712 de 2014</b>	Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones
<b>Decreto 103 de 2015</b>	Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones
<b>Decreto 1510 de 2013</b>	Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

#### **2.4. GENERALIDADES DE LA REFORMA CONTENIDA EN LA LEY 1150 DE 2007**

La Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, constituye la reforma más significativa que

ha experimentado la contratación pública en Colombia, luego de la Ley 80 de 1993. Ella establece nuevas figuras, reforma y complementa las existentes en la Ley 80, a fin de adaptar las condiciones de la contratación pública a los nuevos contextos del mercado, en el cual el Estado debe matizar sus prerrogativas de otrora, para ponerse poco a poco en la misma posición de los demás agentes del mercado, con instrumentos ágiles y simplificados que le permitan ser eficiente y competitivo, al tiempo que garantiza la transparencia y la correcta destinación de los recursos públicos.

La reforma, tal como lo señala Suárez (2009), entiende que la contratación del Estado debe ser una contratación “inteligente”, habida cuenta que su participación en el Producto Interno Bruto “supera el 11%, lo que debe llevar a concluir

que cualquier medida que impacte tal volumen de recursos, sin duda tendrá una significación mayor en el contexto no sólo de la administración pública, sino en el terreno de lo económico” (Senado de la República, 2005), al posicionar al Estado como el principal comprador de bienes y servicios de la economía. En ese sentido, la Ley 1150 se inspira en cuatro objetivos centrales, de acuerdo con Suárez (2009): dos principales, consistentes en mejorar la eficiencia de la contratación pública y hacerla más transparente, y dos derivados, encaminados a hacer de ella un instrumento de desarrollo económico y social e incentivar en la misma la utilización de mecanismos electrónicos.

Para el primero de ellos, la eficiencia, la Ley 1150 consagra mecanismos que agilizan los procesos de contratación, adaptándolos al objeto del contrato y reduciendo trámites y

costos de transacción, mediante la nueva regulación y adaptación de aspectos como las modalidades de selección y el Registro Único de Proponentes.

En cuanto a la transparencia, la Ley 1150 de 2007 se inspira en la noción según la cual la contratación es más transparente en la medida en que es más eficiente. Eficiencia deriva en transparencia, superando la noción clásica de transparencia en la actividad de la administración entendida como la imposición del mayor número posible de controles y requisitos en cada proceso. La reforma procura que la contratación pública sea más transparente en la medida en que pueda desarrollarse de manera más ágil y expedita.

En este sentido, la nueva regulación en materia de contratación no pretende desempeñar un papel de norma anticorrupción, pues ello “desvirtúa por

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 12 de 27</b>

completo la razón de ser de una regulación que busca la obtención de “buenas ofertas”, es decir, propuestas de la calidad y condiciones requeridas, al mejor precio, por parte de oferentes capaces, cumplidos y confiables” (Suárez, 2007, p. 194).

El tercer objetivo se concreta en el artículo 12 de la Ley 1150, en virtud del cual las entidades administrativas deben procurar las condiciones que permitan la participación de Mipymes y oferentes locales y departamentales en la ejecución de contratos públicos que ellas celebran. De esta manera, la reforma procura que la contratación se haga un instrumento de desarrollo, en tanto no sólo estimula la participación de pequeños oferentes, sino también la reducción de costos, todo sin menoscabo de la calidad de los bienes y servicios contratados, a fin de promover el desarrollo y maximizar la

disponibilidad de recursos para inversión social.

Finalmente, la utilización de mecanismos electrónicos en la contratación se expresa en la creación de un Sistema Electrónico de Contratación Pública, SECOP, que implementa en la contratación pública las herramientas de comercio electrónico introducidas por la Ley 527 de 1999, reduciendo costos y trámites, mediante la utilización de medios electrónicos y documentos digitales, y facilitando el acceso a la contratación de todos los oferentes que reúnan las condiciones habilitantes mínimas para hacerlo.

## **2.5. LEY 80 DE 1993 O ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN**

La Ley 80 de 1993, en su artículo 32, inciso 3, dispone que:

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 conocimiento especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable\*.

Además de la anterior disposición legal, existen regulaciones complementarias emanadas de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, producto de las continuas irregularidades a las que ha sido sometida esta figura contractual por algunos agentes de la administración pública, y que han generado toda una jurisprudencia al respecto.

La Sentencia C-154 de 1997 es uno de los referentes jurisprudenciales en esta materia y

---

\* Las expresiones subrayadas, según nota de la Ley 80, fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada (Subrayado de la Corte Constitucional).

realiza una caracterización de los contratos de prestación de servicios y las situaciones administrativas en las que surge dicha figura. En este orden de ideas, la Corte Constitucional, en la mencionada providencia, determinó que será posible celebrar este tipo de contratos en aquellos eventos en que la función de la administración no pueda ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial, cuando el desarrollo de la actividad requiera un grado de especialización o cuando existiendo personal de planta éste no es suficiente.

La prestación de servicios versa en el acuerdo de realizar ciertas labores profesionales en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. Su objeto contractual lo conforma la realización

temporal de actividades inherentes al objeto y la finalidad para la cual fue creada y organizada la entidad respectiva y, en ese sentido, será posible la realización de funciones administrativas. La vigencia del contrato es temporal y, por tanto, su duración debe ser por el tiempo indispensable para ejecutar las labores pactadas. De igual forma, es importante señalar que el elemento esencial de este tipo de contrato es la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, en la que dispone de un margen de discrecionalidad en cuanto a la realización de la labor (Corte Constitucional, 1997, R/C-194).

Pues bien, las reglas de juego muestran contundentemente que existen límites a la figura de la prestación de servicios, y no es cierto, como lo indican algunos defensores

del tema, que cada vez que una entidad presente insuficiencia de personal de planta puede acudir como remedio expedito a esta modalidad contractual.

La Corte dispone que dicho contrato opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice la consecución de los requerimientos de la administración. Así mismo, se determina que dicha figura, según señala Villegas (2007), dista de parecerse a la relación laboral, pues los elementos esenciales de la misma son la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia de un empleador facultado para exigirle el cumplimiento de órdenes y un salario como retribución del servicio. Ambas tienen finalidades y alcances diferentes y, por tanto, desde la perspectiva constitucional no es

posible erigir para las dos consecuencias jurídicas idénticas las mismas condiciones de acceso a la función pública (Corte Constitucional, 2009, R/C-614).

Ahora bien, aun existiendo un gran número de exigencias y normativas, los contratos de prestación de servicios han sido utilizados para encubrir verdaderas relaciones laborales. La costumbre administrativa se ha encargado de contradecir este ordenamiento y son numerosos los casos de contrato de trabajo con apariencia de prestación de servicios, al punto que actualmente, en algunas entidades colombianas, el peso en número de contratistas sobrepasa a los empleados de planta, configurando lo que se conoce como nóminas paralelas.

Con respeto a esta situación, de acuerdo con la Corte Constitucional (2009), el

Consejo de Estado, como juez natural de la validez de los actos administrativos, ha sido enfático no sólo en deslegitimar esta práctica administrativa, sino en hacer cumplir el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en el que se dispone que toda entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independiente del acto o la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo y a ella se le aplican las disposiciones legales y los tratados del estatuto.

El Estado ha sufrido un grave detrimento patrimonial por el pago de indemnizaciones a particulares, a quienes se les ha tenido que reconocer sus derechos laborales y las prestaciones sociales correspondientes al trabajo realizado en el marco de una relación

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-32
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 16 de 27

laboral encubierta de contratos de prestación de servicios.

De la presentación de este escenario se puede deducir que existe una continuada tendencia por parte de la administración pública a convertir lo excepcional en regla. Las “nóminas paralelas” han adquirido una alta preponderancia en las entidades del Estado, en detrimento no sólo de una normatividad, sino del proceso de consolidación de un aparato estatal fuerte, eficaz y coherente con los cometidos nacionales.

El desplazamiento de la función pública a terceros significa poner el interés público en manos de personas que van y vienen de la administración, quienes por el corto tiempo o la inestabilidad implícita a la que está sujeta este tipo de contrato, no logran generar un

vínculo que los comprometa con lo que representa prestar un servicio a la sociedad y, a su vez, no les permite insertarse en la comprensión de los valores, principios y la línea de conducta que debe orientar las acciones hacia la consecución del interés general.

Las diferentes posturas y la normatividad en materia de contratos de prestación de servicio y el manejo de la planta de personal se puede sintetizar así: “no se puede transmutar o convertir lo permanente de planta en transitorio de contrato, ni lo ordinario de planta en conocimiento especializado, ni lo principal de planta en accesorio de contrato, ni lo habitual de planta en ocasional de contrato” (Villegas, 2007, p. 230).

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 27

## 2.6. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Son los que celebran las entidades Estatales con el fin de desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad. Sólo pueden celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Se celebran por el término estrictamente necesario.

Según la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios en la contratación estatal es un acto jurídico generador de obligaciones que celebre la entidad estatal, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales o que se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Específicamente, el artículo 32 de la mencionada ley señala que:

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 conocimiento especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable\*.

## 3. EL INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

### 3.1. EL CONCEPTO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

De acuerdo con Córdoba (2013), el interés indebido en la celebración de contratos es un

---

\* Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

delito sancionado por el derecho penal, pues es una conducta del servidor público, quien actúa con desviación de poder en la celebración de un contrato o en la operación que se relacione con éste, en el que interviene por razón del cargo o de sus funciones.

Según señala el artículo 409 de la Ley 599 de 2000:

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses\*.

Para la Corte Constitucional, en Sentencia C-128 de 2003, queda claro que si bien los delitos de celebración indebida de contratos

protegen el bien jurídico del correcto ejercicio del servicio público en el contexto de la contratación, lo que realmente resulta protegido es la honestidad en el ejercicio de la función pública. Ello quiere decir que no se pretende sólo proteger el patrimonio de la administración, ni tampoco la adecuada prestación del servicio contratado o la transparencia de la actividad contractual, sino, sobre todo, la confianza de los ciudadanos en la administración pública, la cual no debe verse afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella.

En términos generales, el ámbito de corrección de dicha conducta delictiva se remite a la corrección y transparencia que ha de orientar el ejercicio de la función pública, cuando ésta es ejercida a través de la contratación estatal; de este modo, lo que se

---

\* Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 19 de 27</b>

protege es el cumplimiento recto y honesto de las funciones del Estado, particularmente en lo que tiene que ver con la contratación estatal, en cuyo cumplimiento los servidores públicos están en la obligación de respetar los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad, manteniéndose al margen de la influencia de intereses individuales y de la corrupción. De igual manera, se busca conservar intacta la buena imagen, la confianza y el decoro de la administración ante la colectividad.

### **3.2. EL BIEN JURÍDICO**

Cuando se hace referencia al tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, es de tener presente que éste sanciona aquella conducta del servidor público que actúa con “desviación de poder en la celebración de un contrato o en la operación que se relacione con este, en que

debe intervenir por razón del cargo o de sus funciones” (Córdoba, 2013, p. 7).

Frente a lo anterior, Calle y Sotomayor (1997), han considerado que en los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico protegido es el ejercicio de la función pública, la función pública ejercida correctamente, el ejercicio debido o correcto de la función, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema. A propósito destacan que la “Administración pública está al servicio de la sociedad. La protección penal se refiere al deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados. Se protege de la conducta lesiva para el cumplimiento adecuado del servicio público” (p. 360).

De esta manera, agregan Calle y Sotomayor (1997), el bien jurídico específico

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-32
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 20 de 27

protegido es el correcto ejercicio del servicio público en el campo de la contratación, función pública que los Servidores públicos han de ejercitar conforme al interés general.

Por su parte, para Peña (2005), la actividad contractual del Estado se dirige a

Satisfacer el interés general y no los particulares del servidor público, por lo que el interés indebido es el que constituye el injusto penal, es decir, el contrario a la Constitución y la ley, del primero dimanar los principios de transparencia, selección objetiva e imparcialidad. El interés tutelado es el relativo al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública, en lo que se relaciona con el interés general como guía de la actividad contractual, de tal manera que se garanticen los principios de transparencia y los deberes de imparcialidad y moralidad, que se vulneran con manifestaciones de utilidades o provechos privados, constitutivos de desvío de poder. Se busca evitar que el servidor actúe motivado por razones de orden personal, con desconocimiento del interés general (p. 196).

Según señala Uribe (2012),

El bien jurídico protegido de manera específica en este delito, es el abandono en provecho de intereses propios o de un tercero de la obligación de asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, y en particular del interés general (p. 202).

A propósito, la Corte Constitucional, en Sentencia C-128 de 2003, se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 145 del Decreto Ley 100 de 1980, que regulaba el delito de interés ilícito en la celebración de contratos y 409 de la Ley 599 de 2000, que lo denomina interés indebido en la celebración de contratos y consideró que si bien los delitos de celebración indebida de contratos protegen todos el bien jurídico administración pública en particular, dentro de la clasificación que hace generalmente la doctrina, resulta protegida la honestidad en el ejercicio de la función pública.

De igual forma, la Corte Constitucional consideró que el bien jurídico que se

pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella.

### **3.3. SUJETO ACTIVO**

De conformidad con la codificación penal colombiana, el sujeto activo del interés indebido en la celebración de contratos sólo puede ser el servidor público;

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la

fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el Artículo 338 de la Constitución Política (Código Penal, Art. 20).

De igual forma, el artículo 56 del estatuto de contratación, Ley 80 de 1993, establece que para efectos de la responsabilidad penal, considera al contratista, al interventor, al consultor y al asesor, particulares que cumplen funciones públicas en todo lo que se relaciona con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y por lo tanto están sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Gómez y Gómez (2008) consideran que el sujeto activo es el servidor público que de una u otra forma intervienen en el proceso de

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 22 de 27</b>

tramitación del contrato y no solamente quien lo firma. Que conforme al artículo 56 de la ley 80 de 1993, puede ser autor del tipo penal el contratista, interventor, consultor y asesor que intervenga en el proceso de contratación. Critican el anterior dispositivo amplificador de la autoría al considerarlo innecesario, puesto que a efectos de sancionar a estas personas bastaría aplicar las normas de la participación del código penal y además porque no existe claridad en lo que concierne al contratista, pues está interesado en la celebración del contrato y es por ello que participa en la licitación o concurso, pero que en tal caso se trata de un interés lícito.

### 3.4. SUJETO PASIVO

De acuerdo con Córdoba (2013), el sujeto pasivo es el Estado, titular de la contratación u operación administrativa. Sobre ello, la Corte Suprema, ha dicho que es “el Estado

como titular de la contratación y las operaciones estatales, quien finalmente es el perturbado con la conducta delictiva” (Corte Suprema, Rad. 34282).

Por su parte, Gómez y Gómez (2008) afirman que el sujeto pasivo es el Estado, como titular del bien jurídico administración pública.

A su vez, Higuera Rivera, dice que el sujeto pasivo es el estado como titular del bien jurídico tutelado y que puede llegar a serlo el particular que esté interesado en contratos con el estado y que por ese interés ilícito resulta perjudicado.

De esta manera, si bien el interés indebido puede ocasionar un perjuicio al particular interesado en contratar, como igualmente que si es cierto, el bien jurídico tutelado es el

correcto funcionamiento de la administración, el sujeto pasivo de la conducta es el Estado como titular del bien jurídico y que el particular interesado en la contratación y los coadministrados sólo podrían adquirir la calidad de perjudicados.

#### **4. EL DELITO DEL INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Al analizar la posible tipificación del delito de interés indebido en la celebración de contratos de prestación de servicios, podría decirse que cuando se desconoce un principio de la contratación a la par se vulnera una regla de la contratación, asunto que no es del todo claro, a lo que se suma que no toda vulneración de una regla de contratación tipifica el delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales esenciales.

De esta manera, es posible que la violación de una regla de contratación sea el medio para realizar el interés indebido y quizás ello puede ocurrir en la mayoría de los casos.

Sin embargo, habrá casos en los que sin violar una norma de contratación, o por lo menos sin violar un requisito esencial del contrato, que es el supuesto en el que se tipifica el delito de celebración de contrato de prestación de servicios sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, pueda materializarse un interés indebido.

Así las cosas, un Pliego de Condiciones en el que se consagra un requisito tan específico que solo un proponente puede cumplirlo, no

necesariamente tipificará un delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales; sin embargo, si el requisito se introdujo en el pliego para favorecer a ese proponente, allí se estaría materializando el interés indebido.

En el delito de interés indebido se sanciona el desvío de poder con que actúa el servidor público, que lo lleva a abandonar los fines de la contratación que es la satisfacción del interés general, haciendo primar el interés particular y en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se sanciona el desconocimiento de la legalidad contractual.

La diferencia con el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, gravita en que el delito estudiado sanciona el desvío de poder, sustentado en el elemento

teleológico de los negocios jurídicos procurando el acatamiento de los fines del Estado, esto es, la satisfacción general; mientras el otro protege la legalidad de las actuaciones en las diferentes fases del proceso contractual objetivamente, sancionando a los funcionarios que soslayan los presupuestos legales esenciales establecidos para ellas.

En resumen, el punible se configura cuando el servidor público desborda el marco de la ley que lo obliga a buscar el interés general en el proceso de formación, celebración, ejecución o terminación del contrato de prestación de servicios, dentro del cual deba intervenir en razón de su cargo o de sus atribuciones; y actúa estimulado por motivos distintos, en provecho propio o de un tercero.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 25 de 27

## 5. CONCLUSIONES

Como bien ha quedado claro, el interés indebido se predica de todas las fases previas y concomitantes a la celebración del contrato de prestación de servicios y de aquellas fases posteriores que implican ejecución del mismo y que se realizan por medio de las operaciones administrativas, a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la Administración plasmada en el contrato en busca de su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general.

De igual manera, en un contrato de prestación de servicios, el interés está referido a cualquier clase de operación administrativa realizada por una entidad pública.

En un contrato de prestación de servicios, el interés indebido no es necesariamente económico, pues lo que se sanciona es la actuación desviada del servidor público que no busca la satisfacción de los intereses generales, sino sus particulares intereses o de terceros.

El bien jurídico específico protegido es el correcto ejercicio de la función pública en el campo de la contratación, función que los servidores públicos han de ejercitar conforme al interés general, con imparcialidad y objetividad.

De igual forma, debe tener en cuenta que una persona que contrate con el Estado no asume el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 26 de 27</b>

del poder público, y ello se debe a que el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares, mientras que la función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Es por ello que sólo en el caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, podrá considerarse que éste cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

## REFERENCIAS

Calle C., A., y Sotomayor A., J. (1997). El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. *Revista Estudios de Derecho*, (128), 360-363.

Congreso de la República. (1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto*

*General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. (2002). *Ley 734. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.699 del 5 de febrero de 2002.

Congreso de la República. (2007). *Ley 1150. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

Córdoba P., F. (2013). *El delito de interés indebido en la celebración de contratos. Especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*. Medellín: Universidad Eafit.

Corte Constitucional. (1997). Bogotá D.C. *Sentencia C-154*. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (1997). Bogotá D.C. *Sentencia C-194*. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (2001). Bogotá D.C. *Sentencia C-949*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. (2003). Bogotá D.C. *Sentencia C-128*. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 27 de 27

- Corte Constitucional. (2003). Bogotá D.C. *Sentencia C-037*. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. *recursos públicos. Exposición de motivos*. Bogotá: Presidencia del Honorable Senado de la República.
- Corte Constitucional. (2009). Bogotá D.C. *Sentencia C-614*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Suárez B., G. (2007). *Apuntes sobre el proceso de modernización de la Ley 80 de 1993. Contratación Estatal: aspectos controversiales*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). Bogotá D.C. *Sentencia del 8 de noviembre, Rad. 34282*. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Suárez B., G. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia. Anotaciones sobre la Ley 1150 de 2007 y su reglamentación*. Bogotá: Legis.
- Gómez M., A., y Gómez P., Carlos A. (2008). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Uribe G., S. (2012). *Delitos Contra la Administración Pública*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, Ediciones Unaula.
- Gómez S., F. (2012). *Constitución Política de Colombia: básica*. Bogotá: Leyer. Villegas A., J. (2007). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Higuera R., L. (2011). *La Responsabilidad Penal del Servidor Público*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Ospina F., G. y Ospina A., E. (1994). *Teoría general de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis. **C.V.**
- Peña O., E. (2005). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. **Sebastián Cano Betancur**: Estudiante de Derecho y del diplomado en profundidad sobre contratación estatal de la Institución Universitaria de Envigado.
- Rodríguez, L. (2001). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis. **Juan Camilo Cerquera Beltrán**: Estudiante de Derecho y del diplomado en profundidad sobre contratación estatal de la Institución Universitaria de Envigado.
- Senado de la República. (2005). *Proyecto de Ley 20. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con* **Faver Andrés Álvarez Rúa**: Estudiante de Derecho y del diplomado en profundidad sobre contratación estatal de la Institución Universitaria de Envigado.