

Tipos de contratación pública: contrato de consultoría en Colombia



Juan Felipe Ramírez López

CC. 1.114.835.374

TRABAJO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

TUTOR:

EMILIO JOSÉ IDROBO ENRÍQUEZ

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

CALI

2021

Tipos de contratación pública: contrato de consultoría en Colombia

Epoch of digital commerce in colombia

Juan Felipe Ramírez López¹

Resumen

En la Ley 80 de 1993, hay una lista de contratos, pero eso no significa que la administración pública no pueda recurrir a contratos de derecho privado o contratos creados por los deseos de las partes contratantes, denominados como innominados. En este orden de ideas, se indica que se abordarán cuáles son estos contratos y se centrará en el contrato de consultoría en Colombia, desde la óptica de la contratación estatal utilizados como una herramienta de gestión radicada en cabeza de la administración pública para realizar determinadas actividades e incluso prestar determinados servicios públicos.

Palabras Claves: contratos estatales, contrato de consultoría, ley 80 de 1993, jurisprudencia, consultor.

Abstract

The jurisprudence is considered as a formal and material source of law, hence its binding force in the decisions of the judicial and administrative authorities. It should be noted that the binding jurisprudence regarding the extension of administrative jurisprudence is one that meets the requirements established in Law 1437 of 2011, in order to achieve judicial decongestion and the protection of important values of the legal system, as well as equal treatment and legal certainty in matters of administrative litigation.

Keywords: state contracts, consulting contract, law 80 of 1993, jurisprudence, consultant.

¹ Estudiante del programa de Derecho. Trabajo elaborado para optar al título de Abogado. Tutor Emilio José Idrobo Enríquez - Universidad Santiago de Cali, 2021.

1. Introducción

El contrato de consultoría se define como un contrato estatal en la Ley 80 de 1993. Entre otras actividades, el contrato tiene por objeto realizar las investigaciones necesarias para la ejecución de proyectos de inversión, consultoría y gestión. Su obligación tiene evidentes características intelectuales y es condición para el desarrollo de sus propias actividades.

Por lo tanto, Mendoza, Pérez y Hernández (2016) refieren que por la naturaleza del contrato de consultoría no es una obligación a largo plazo el no obtener compensación por parte del Estado, y mucho menos contraer deudas para cumplir con sus obligaciones legales y contractuales, la entidad estatal no requiere que sus consultores acepten esta situación.

La importancia de este tema se fundamenta en que el contrato de consultoría es una de las modalidades contractuales utilizadas y permitidas por el ordenamiento jurídico colombiano ya que con el se busca la asesoría y coordinación de una personas para un tema en específico, lo cual es relevante para la contratación estatal, aunque en muchas ocasiones, esta modalidad contractual no es aplicada, por el contrario, la forma de vinculación que la suple es el contrato por prestación de servicios profesionales.

Este trabajo tiene por objetivo realizar un abordaje sobre las diferentes modalidades contractuales dentro de la contratación estatal en Colombia; para su realización se abordarán tres aspectos relevantes, el primero serán los tipos de contratos en lo público, segundo, se abordará el concepto de contrato de consultoría desde la óptica de la doctrina y, por último, se abordará el contrato de consultoría desde la óptica de la jurisprudencia en Colombia.

2. Contratación estatal y los tipos de contratos en Colombia

La operación de la contratación pública de Colombia se basa en la necesidad del Estado de contar con personas en determinadas áreas o actividades para lograr las metas nacionales, y sólo con la ayuda de los proveedores se pueden atender las necesidades de servicios, ingeniería, consultoría y servicios. El sector privado cuenta con otros medios, recursos, experiencia y capacidades para cumplir con estos requerimientos de las entidades públicas.

La contratación pública colombiana se rige por la Ley 80 de 1993. Este es un tema que representa los grandes intereses de la sociedad. Se trata de cómo el Estado utiliza a las personas para atender las necesidades del servicio, o es una necesidad u operación normal de una entidad pública necesaria. Por tanto, es necesario caracterizar el sistema de contratación pública y comprenderlo desde una perspectiva global, que proporciona una perspectiva amplia y suficiente para explicarlo y analizarlo desde la perspectiva de la normativa y los procedimientos. (Guerrero, 2016)

En el artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentra la definición de los contratos estatales, que son todos los actos jurídicos que generan obligaciones, las cuales son contraídas por las entidades a que se refiere este Estatuto, estipuladas por el derecho privado o en términos especiales, o que surgen del ejercicio de la autonomía de voluntad, dentro de los contratos mencionados en dicho artículo, se encuentran el contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión y el contrato de encargos fiduciarios y fiducia pública.

Los contratos de obra, son un contrato firmado por una entidad estatal para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro

trabajo sustantivo (independientemente del método de ejecución y el método de pago) en bienes raíces. (San Miguel, 2017)

Un contrato de consultoría, es un contrato suscrito por una entidad nacional, que se refiere a la investigación requerida para la ejecución de un proyecto de inversión, diagnóstico de un plan o proyecto específico, estudios de prefactibilidad o factibilidad y consultores técnicos para la coordinación, control y supervisión. Los contratos de consultoría son también contratos de auditoría, consultoría, dirección de obra o proyecto, orientación, planificación y ejecución de diseño, planificación, anteproyectos y proyectos. No hay órdenes de la persona a cargo del trabajo verbalmente, los auditores deben presentar sus órdenes o recomendaciones por escrito, y estas órdenes o recomendaciones deben estar dentro de los términos de sus respectivos contratos. (Sánchez, 2018)

Un contrato de prestación de servicios es un contrato celebrado por una entidad estatal para realizar actividades relacionadas con la gestión u operación de la entidad. Estos contratos solo pueden celebrarse con personas físicas y no pueden llevarse a cabo con personal de fábrica o actividades que requieran conocimientos especializados. Estos contratos no producirán relaciones laborales ni beneficios sociales en ningún caso, y se firmarán en un plazo estrictamente indispensable.

Un contrato de concesión es firmado por una entidad estatal y tiene como objetivo otorgar al franquiciado la prestación, explotación, desarrollo, organización o gestión de servicios públicos en todo o en parte, o para construir, desarrollar o proteger en todo o en parte la obra o los bienes utilizados, e incluso todas las actividades necesarias para la prestación u operación total de la obra o servicio, el costo de estas actividades o servicios es asumido por y asumido por

el franquiciador, y está bajo la supervisión y control del otorgante, la remuneración de cambio, puede incluir derechos, honorarios, tarifas, valoraciones o recompensas que se les otorguen por participar en el desarrollo de activos, o en una cantidad regular, única o porcentual, generalmente en cualquier otra forma de contraprestación, acordada por ambas partes.

El propósito de una transferencia fiduciaria entre una entidad nacional y una empresa fiduciaria autorizada por la Autoridad Reguladora Bancaria es administrar o administrar los recursos relacionados con los contratos firmados con dichas entidades. El contenido anterior no afecta lo dispuesto en el artículo 25, párrafo 20 de esta ley. Las órdenes fiduciarias y los contratos públicos de fideicomiso solo pueden ser ejecutados por entidades estatales en estricto cumplimiento de lo dispuesto en este reglamento, y solo se utilizan para fines y plazos claramente definidos. Salvo que exista un presupuesto, en ningún caso la entidad pública fiduciaria adjudicará la adjudicación de comisiones o contratos celebrados en el desarrollo del fideicomiso público a la fiduciaria, ni podrá acordar su remuneración con los ingresos del fideicomiso. (Vivero, 2008)

3. Concepto de contrato de consultoría desde la óptica de la doctrina

Menciona Méndez (2016) que desde la Ley 4 de 1964 hasta la actual Ley de Legislación de Contratos de la Administración Pública, los contratos de consultoría están claramente definidos en la ley; en la normativa vigente se lleva a cabo en el artículo 32, párrafo 3 de la Ley 80 de 1993, donde este reglamento estipula de manera ejemplar que el convenio suscrito por una entidad estatal sobre la investigación requerida para la ejecución de un proyecto de inversión se utiliza como contrato de consultoría, los estudios de viabilidad o factibilidad de planes o proyectos específicos, así como sugerencias técnicas de coordinación, control y supervisión. Los

contratos de consultoría son también contratos de auditoría, consultoría, dirección de obra o proyecto, orientación, planificación y ejecución de diseño, planificación, anteproyectos y proyectos.

Sin embargo, si bien existe un contrato de consultoría con un concepto claro en la legislación nacional, Durán, Reyes y Delgado (2018) consideran que una definición incompleta y positiva porque la cláusula se encarga de enunciar determinadas actividades que se consideran servicios de consultoría, pero el contenido del contrato es poco claro, se trata de una omisión regulatoria, que trae algunas dificultades prácticas, por ejemplo, distinguir el contrato de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión del contrato de consultoría.

Respecto al concepto de contrato de consultoría, Aarón, Espinosa y Genes (2009) dicen que este es un contrato para realizar una investigación antes o después de un proyecto de inversión. La investigación de consultoría previa debe estar directamente relacionada con la inversión futura.

La diferencia entre los contratos de consultoría y de prestación de servicios es que la característica de un contrato de consultoría es que su obligación tiene características intelectuales significativas y es una condición para el desarrollo de la propia actividad, aunque también está relacionada con la aplicación de estos conocimientos a la ejecución de un proyecto o proyecto. Por otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, pues la ley 80 generalmente determina que su objetivo incluye la realización de actividades relacionadas con la gestión u operación de la entidad. En este caso, estas actividades se pueden realizar incluyendo técnicas y actividades no técnicas, ya sean profesionales o no profesionales, porque es la

obligación la que determina este tipo de contrato que se relaciona con la gestión y / o funcionamiento de la entidad. (Avendaño, 2020)

En principio, se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, porque el contrato de consultoría incluye principalmente investigación, diseño y consulta técnica sobre el control y supervisión del proyecto, así como la auditoría, gestión y orientación del proyecto. Los proyectos incluyen una variedad de actividades, todas ellas gestionadas por estándares técnicos comunes, y están llenas de matices especiales en la ejecución de dichos contratos. De todo ello se puede concluir que cuando un contrato de consultoría entra en conflicto con un tipo de servicio, la norma utilizada para distinguir el contrato de consultoría y la norma forma parte del estándar restante.

Cabe mencionar que Bonivento y Céspedes (2019) dicen que la naturaleza técnica de los contratos de consultoría es común y se enfoca en actividades como investigación, diseño y preparación de consultoría técnica, control y supervisión de proyectos. Además, las obligaciones de dichos contratos incluyen: aunque el contrato puede estar relacionado con el conocimiento Aplicado a la ejecución de un proyecto o proyecto, pero el contrato tiene características intelectuales sobresalientes; si bien el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, su finalidad es realizar la gestión o funcionamiento de la entidad. Por tanto, las actividades pueden ser incluidas en el desarrollo de estos contratos, incluyendo las técnicas y no técnicas, así como las actividades profesionales y no profesionales, siempre que estén asociadas a la gestión y funcionamiento de la entidad.

Por otro lado, el concepto de consultoría profesional corresponde a una actividad de una organización económica orientada al conocimiento, que se basa en la solución de problemas

específicos, y relaciona sus posibilidades y métodos de uso con la realidad socioeconómica y del medio ambiente los cuales deben jugar un papel en el desarrollo del proyecto constituye un aporte de conocimiento especializado e independiente, con el objetivo de obtener la mejor solución, el controlador debe tener las altas cualidades técnicas y científicas para apoyar el trabajo de la entidad estatal para ser efectiva y de manera efectiva, también coopera con la gerencia para realizar investigaciones para brindar información suficiente y oportuna. (Pérez y Trujillo, 2013)

4. Contrato de consultoría desde la óptica de la jurisprudencia en Colombia

Para empezar, se hará mención a la Sentencia C-326 de 1997, que dice que existen diferencias sustanciales en los contratos de prestación de servicios, lo que permite a los legisladores dar un trato diferente a quienes los suscriben. Los contratos de consultoría pueden celebrarse con personas físicas o jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios solo pueden celebrarse con personas físicas.

Hay una diferencia en esta sentencia, es decir, los convenios de consulta se pueden suscribir con personas naturales y jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios solo se pueden suscribir con personas naturales. Asimismo, las actividades de consultoría no se contratan con el objeto de la entidad contratante, a diferencia de la prestación de servicios que se contratan para actividades propias de la entidad pero que no pueden realizarse por falta de personal.

A su vez, el Consejo de Estado (Radicado 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832)) dictaminó que para conocer si corresponde el contrato de consultoría o prestación del servicio, se realizará la consultoría (investigación, diseño, consultoría técnica, etc.). Si no implican alguno de

estos motivos, se aplica el contrato de prestación del servicio, sin embargo, en el caso de suscribir el último tipo de contrato, se debe considerar que el contrato debe corresponder a las actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad, y ningún personal de la fábrica puede realizar estas actividades.

Bajo esta circunstancia, el Consejo de Estado (Concepto 199, 1998) enfatizó los siguientes puntos, a saber, la diferencia entre un contrato de consultoría y un contrato de prestación de servicios, primero, los términos excesivos no se pueden negociar en el contrato de consultoría, pero se pueden negociar cuando se presta el servicio; segundo la diferencia es que en el contrato de consultoría el colaborador debe estar registrado en el RUP, pero para el contrato de prestación de servicios no puede; tercero, es necesario que las personas vinculadas al contrato de consultoría no tengan que pertenecer al ámbito de la salud y las pensiones Sistema de seguridad social, y quienes prestan los servicios deben hacerlo. En cuarto lugar, cuando un contrato de consultoría excede el límite mínimo, se debe concluir mediante licitación; por otro lado, se debe firmar directamente un contrato de prestación de servicios.

Posteriormente, el Consejo de Estado manifestó en el proceso del año 2013 (radicado 25000-23-26.000-2001-02118-01(25199) que la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y el de consultoría son sus estándares de aplicabilidad. Por lo tanto, el alcance de la prestación del servicio es más amplio, por lo que queda un alcance restante, y todos los contratos que no sean de consultoría estarán dentro de este marco. En este orden, se puede confirmar que solo los contratos descritos en la norma son adecuados para esta última categoría. Asimismo, repite la distinción anterior y agrega que existen obvias obligaciones intelectuales en la consultoría, mientras que en los contratos de prestación de servicios las actividades están

relacionadas con la gestión u operación de la entidad, incluidas las técnicas y no técnicas, y si son profesionales o no.

El objeto del contrato de consultoría no está directamente relacionado con las actividades de la entidad que requiere el contrato o actividades relacionadas. El departamento administrativo contrata servicios de consultoría especializada, auditoría, gestión de obra o proyectos o preparación y diagnóstico de investigaciones, y el contenido no siempre está relacionado. Las trayectorias de las actividades de las entidades contratantes son consistentes, para ello se apela a personas naturales o jurídicas en disciplinas específicas, quienes aportan conocimientos y experiencia en campos o actividades específicas; lo contrario ocurre en el contrato de prestación de servicios, en el que el contratista debe proporcionar las capacidades de trabajo de la parte contratante a la entidad contratante para que lleve a cabo funciones o tareas relacionadas. Por alguna razón, el personal de planta asume que en realidad no puede realizarlo como apoyo para un tipo de contrato y otro tipo de contrato es diferente.

Todos los contratos en la descripción legal pertenecientes a la agencia consultora corresponderán al tipo de ley, el resto serán contratos de prestación de servicios. La razón de esta norma radica en la particularidad de la definición, porque el concepto de contrato de consultoría es más pequeño y específico que el concepto de contrato de servicios.

El Consejo de Estado (radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996) indica que una auditoría es un tipo de contrato de consultoría. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley N ° 80 de 1993, se implementan las disposiciones anteriores. El rasgo básico o esencial que se utilizará para determinar el contrato de consultoría nacional será el carácter técnico de su contenido, el cual constituye el denominador común de todas las

actividades descritas como su objeto. Si se tiene esto en cuenta, se debe fortalecer la consideración de acuerdo con las instrucciones. Estas actividades generalmente deben ser desarrolladas y ejecutadas, y estas actividades deben realizarse de manera razonable porque deben ser utilizadas para evaluar, analizar, inspeccionar y diagnosticar la prefactibilidad o factibilidad de proyectos de inversión o proyectos específicos. El propósito de la consulta es analizar la implementación de proyectos u obras que son intrínsecamente relativamente complejos técnicamente o trabajar en torno a ellos en forma de coordinación, control o supervisión y auditoría, gestión, orientación o programación de asesorías técnicas, etc.

5. Conclusiones

De este estudio se puede concluir que puede haber diferentes tipos de contratistas, como auditores, consultores y consultores, pero el contratista siempre será una entidad nacional, es decir, el departamento administrativo, y el postor se encuentra en la pre etapa de contrato. Con base en lo anterior, se puede determinar que el contratista y cualquier contratista pueden responder en la etapa de precontrato, que se denomina oferente; y sus obligaciones están determinadas en la normativa y en el proceso de contratación, es decir, están obligados a las especificaciones de ambas partes.

Las leyes y reglamentos vigentes sobre contratos no proponen el concepto de contrato de consultoría, la mención de este término se refiere a las actividades incluidas en el contrato, mientras que la doctrina generalmente se refiere al contrato de consultoría estipulado en las leyes de contratos. Se mantienen los criterios para distinguir entre contratos de consultoría y contratos de prestación de servicios, porque considerando que el concepto de contratos de consultoría es más específico y de menor alcance que el concepto de contratos de prestación de servicios, por lo

que todos los contratos pertenecen a lo que es una empresa consultora, y será similar al tipo legal, correspondientemente los demás serán contratos de prestación de servicios.

La trascendencia de los contratos de consultoría radica en que son contratos suscritos por entidades estatales para la investigación requerida para la implementación de proyectos de inversión, diagnóstico de planes o proyectos específicos, estudios de prefactibilidad o factibilidad y coordinación técnica de consultoría, control y supervisión.

6. Referencias

Aarón Mejía, E., Espinosa Anaya, A., y Genes Salazar, A. (2009). Estudio y análisis del contrato de interventoría [Tesis de Pregrado, Pontificia Universidad Javeriana].

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16894/AaronMejiaEnrique2009.pdf?sequence=3>

Avendaño Gómez, L. M. (2020). *Diseño de negocio de asesorías en contratación estatal* [Tesis de Pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia].

https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/20227/1/2020_dise%C3%B1o_negocio_asesor%C3%ADas.pdf

Bonivento Sanabria, G. A., y Céspedes Valencia, J. M. (2019). *Contrato de prestación de servicios en entidad estatal frente al derecho al trabajo, la estabilidad laboral y la seguridad social. Estudio comparado: Colombia y Venezuela* [Tesis de Pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia].

https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/15663/2/2019_contrato_prestacion_servicio.pdf

Concepto 199 (1998, 12 julio). Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación número: 199. C. P. Jaime Paredes Tamayo. Colombia.

Durán Angarita, R., Reyes Carvajalino, L. A., y Delgado Bueno, M. M. (2018). Características del sistema de contratación estatal en Colombia. *Hipótesis Libre*, 11, 1-20.

<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/252/249>

Guerrero Rincón, M. P. (2016). *Responsabilidad de las partes intervinientes dentro de la contratación estatal* [Tesis de Especialización, Universidad Militar Nueva Granada].

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15604/GuerreroRinc%F3nMa%20r%EDaPaula2016.pdf?sequence=1>

Mendoza Coronado, K. J., Pérez Velásquez, L. P., y Hernández Sanclemente, V. (2016). *Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal del contrato de consultoría en Colombia 1991-2016* [Tesis de Especialización, Universidad Santo Tomás].

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12642/2016kellymendoza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ley 80 de 1993. (1993, 28 de octubre). Congreso de la República. Diario oficial No. 41.094.

https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85593_archivo_pdf4.pdf

Méndez Rúa, F. A. (2016). *Reflexión crítica de la selección de consultores a través de la contratación de mínima cuantía* [Tesis de Doctorado, Universidad Pontificia Bolivariana].

<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/3070/T.G.%20Fredy%20Andr%20M%20Mendez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Pérez, J. P., y Trujillo, J. P. (2013). *Creación de una empresa de consultoría integral para las Mypes ubicadas en la Ciudad de Bogotá* [Tesis de Especialización, Universidad EAN].
<https://repository.ean.edu.co/bitstream/handle/10882/4338/PerezJuan2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sala de lo Contencioso Administrativo radicado 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832).
(2006, 30 de noviembre). Consejo de Estado. (Alier Eduardo Hernández Enríquez, C.P).
https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2006/CE%20SIII%20E%2030832%20DE%202006//CE%20SIII%20E%2030832%20DE%202006_ORIGINA.L.doc.

Sala de lo Contencioso Administrativo radicado 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996).
(2013, 13 de febrero). Consejo de Estado. (Mauricio Fajardo Gómez, C.P).
https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2013/CE%20SIII%20E%2024996%20DE%202013//CE%20SIII%20E%2024996%20DE%202013_ORIGINA.L.doc.

Sala de lo Contencioso Administrativo radicado 25000-23-26.000-2001-02118-01(25199).
(2013, 28 de febrero). Consejo de Estado. (Danilo Rojas Betancourth, C.P).
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/121/S3/25000-23-26-000-2001-02118-01\(25199\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/121/S3/25000-23-26-000-2001-02118-01(25199).pdf)

Sánchez Calvo, J. G. (2018). Análisis del contrato de interventoría desde la visión de la jurisprudencia colombiana. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 6, 175-222.
<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/1008/844>

San Miguel Giralt, J. (2017). Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo. *Revista Vniversitas*, 377-420.

<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj135.cpcd>

Sentencia C-326 de 1997. (1997, 10 de julio). Corte Constitucional (Fabio Morón Díaz, M.eP).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-326-97.htm>

Vivero, F. (2008). La regulación del proceso de selección del consultor: ¿fuente de inseguridad jurídica? *Revista de Ingeniería*, 27, 105-122.

<http://www.scielo.org.co/pdf/ring/n27/n27a14.pdf>