

**CONTRATACION DIRECTA COMO UN POSIBLE METODO DE SELECCIÓN QUE VULNERA EL
PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA**



AUTOR

NICOLAS ALFONSO RICO REYES

Trabajo presentado como requisito del diplomado en Contratación Estatal para optar al título de:

ABOGADO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, 15 DE JUNIO DE 2020

CONTRATACION DIRECTA COMO UN POSIBLE METODO DE SELECCIÓN QUE VULNERA EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

**Universidad Militar Nueva Granada
Facultad De Derecho
Nicolas Alfonso Rico Reyes
u0602425@unimilitar.edu.co**

Resumen

Este ensayo tiene como objetivo establecer si existe una vulneración al principio de selección objetiva consagrado tanto en el estatuto general de contratación Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, toda vez que se tiene como precedente la licitación pública y el concurso de méritos como regla general al seleccionar contratistas, estableciendo un proceso detallado y estructurado para asegurar el principio de selección objetiva y al comparar con la contratación directa la cual no exige las mismas condiciones de su homólogo, el concurso de mérito, situación la cual genera una percepción de inseguridad al público. Por otro lado, la figura de nóminas paralelas, en la modalidad de prestación de servicios, al desarrollar funciones administrativas y de funcionamiento del cual el Consejo De Estado Y La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones calificándola como un fenómeno en contra vía de los principios generales de la contratación y de la función pública.

Una vez se expone el objetivo del ensayo es pertinente establecer que el presente corresponde a un ensayo Crítico el cual busca analizar el principio de selección objetiva en la contratación directa con el fin de emitir un juicio ponderado y ilustrar al lector respecto al fenómeno descrito, para así alimentar conceptual y jurídicamente los conocimientos del lector y exponer ciertos argumentos respecto la problemática del ensayo.

Al concluir los argumentos y la bibliografía encontrada respecto la problemática se establecen dos posturas respecto a la problemática toda vez que se evidencia que esta corresponde una necesidad del estado para el cumplimiento de sus fines, mediante la contratación, y a su vez podría ser usada en mala forma por las maquinarias clientelistas y la corrupción actual del país.

Palabras Claves

Contratación estatal, contratación directa, Selección objetiva, Nominas Paralelas, Corrupción.

Introducción

La contratación, por muchos años ha sido una de las grandes minas de corrupción, en especial la modalidad de contratación directa, y los contratos de prestación de servicio profesionales y de apoyo a la gestión, puesto que a simple vista no se establecen un procedimiento estructurado como el del concurso de méritos o la licitación pública, el cual a la percepción de la ciudadanía podría corresponder a una vulneración al principio de selección objetiva, además, se puede transformar en dos fenómenos muy reconocidos; el primero las nóminas paralelas en las entidades públicas, y segundo el cumplimiento de las cuota partes políticas con el clientelismo, toda vez que es importante establecer la contratación estatal corresponde una de las herramientas por medio de las cuales el estado puede cumplir con sus proyectos y fines sociales, por lo cual es necesaria la contratación en Colombia, es por esto que el presente ensayo desarrolla la legislación, doctrina y jurisprudencia vigente con el fin de establecer diferentes problemáticas resultado de contratar mediante la modalidad de selección de contratación directa, además de la configuración del fenómeno de nóminas paralelas el cual afecta directamente los principios de la función pública del estado colombiano, y si finalmente este fenómeno vulnera el principio de selección objetiva de la contratación pública.

Pregunta Problema

¿Se vulnera el principio de selección objetiva, al seleccionar proponentes bajo la modalidad de selección “Contratación Directa” en los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión en Colombia?

Desarrollo de la pregunta problema

La problemática de esta investigación nace del creciente desconocimiento de la población colombiana sobre como ser parte de la ejecución de proyectos sociales que tiene el estado, toda vez que cuando se habla de contratar con el estado se asimila con el concurso de méritos y con el libre nombramiento y remoción, pero en la realidad las entidades contratan bastantes personas naturales quienes desarrollan actividades profesionales y de apoyo a la gestión para la ejecución de sus proyectos sociales, es ahí en donde no se tiene conocimiento de cómo están seleccionado contratistas las entidades, como acceder a ellas, por lo cual en esta investigación busca evidenciar como se realiza la selección de contratistas de prestación de servicios, y finalmente si esta modalidad estaría vulnerando los principios de la contratación estatal y en especial el de selección objetiva, pues hay una clara diferencia entre esta modalidad con otras como la licitación pública o el concurso de méritos las cuales requieren una estructuración más sólida y un desarrollo con mayor profundidad en el principio de selección objetiva.

Objetivo General

Identificar si existe una vulneración al principio de selección objetiva, al seleccionar proponentes bajo la modalidad de selección “Contratación Directa” en los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión en Colombia.

Objetivos Específicos

1. Realizar la conceptualización y aplicación de los principios de selección objetiva, transparencia e igualdad, en la selección de contratistas de prestación de servicios, bajo la modalidad de “Contratación Directa” en la contratación estatal del ordenamiento jurídico colombiano.
2. Indagar las cifras de casos de corrupción relacionadas con la contratación estatal en Colombia
3. Identificar problemáticas que sean producto de la aplicación de la contratación directa en los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión.
4. Establecer finalmente, si la modalidad de selección de contratación directa vulnera el principio de selección objetiva en la selección de contratistas de prestación de servicios.

La contratación pública en Colombia comprende uno de los grandes gastos del presupuesto del país, puesto que en su mayoría, los bienes y servicios que provee el estado son llevados a cabo por terceros a quienes se les contrata para desarrollar los diferentes proyectos de infraestructura, sociales, de atención pública, entre otros, por esto el estado debe contratar y es ahí en la selección de contratistas en donde debemos indagar para desarrollar la pregunta problema de este ensayo, en donde es importante establecer que un contrato corresponde al “acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” art 1495 (Codigo Civil, 1887), este es el concepto principal de contrato que a día de hoy nos acompaña y es aplicado en las diferentes ramas del derecho y del cual el legislador plasmo de manera concordante en la ley 80 del 1993 como “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” (Estatuto general de Contratacion Publica, 1993) Y no se debe confundir los contratos estatales con los convenios ya que los contratos estatales representan una obligación de ambas partes y este muchas veces es confundido con un convenio y ya que no se define en estatuto general de Contratación, el termino de convenio y según el consejo de estado se establece que:

“En atención a lo anterior y en relación específicamente con lo que interesa para el caso concreto, se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la

cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales.” (Consejo de Estado, 2010)

Entonces, para diferenciar estos dos encontramos que el contrato estatal corresponde a un acto jurídico de carácter bilateral, resultado de un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio, el cual también corresponde a un acuerdo de voluntades tiene su diferencia en que este tiene un fin común diferente a la simple prestación de un servicio, si no que este corresponde a una colaboración entre las partes para el desarrollo de los fines del estado (Bahamon Jara, 2018) a su vez estos deben estar destinados al cumplimiento de los fines estatales con atención a los principios rectores de la contratación pública; Transparencia, Economía y Responsabilidad establecidos inicialmente en la ley 80, también los principios de la función pública, con el fin de asegurar una prestación continua y eficiente de los servicios públicos.

El **principio de transparencia** contenido en el art 24. De la ley 80/93, en concordancia con el consejo de estado, consiste en la obligación de garantizar la objetividad, igualdad, imparcialidad y publicidad, en todos los procesos contractuales en cualquiera de sus etapas en especial en la selección de contratistas, puesto que es ahí en donde la discrecionalidad de los ordenadores de gasto o quienes se designen, se limita con el fin de asegurar una selección transparente y evitar que subjetividades influyan en la selección de contratistas (Consejo de estado, 2010) y este de manera conjunta con el principio de publicidad de la función pública confirman el deber de los

funcionarios públicos de una total publicidad de los procesos de contratación previniendo así que los funcionarios realicen una indebida gestión y valoración de las ofertas presentadas asegurando participación activa de la ciudadanía en las diferentes etapas del proceso puesto que “El principio de transparencia invita a quienes intervienen en los procesos de selección a actuar de manera clara, pública e imparcial, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la selección objetiva” (Botero, 2020).

Debido a que las actuaciones de las entidades en la contratación son el resultado de cubrir una necesidad el **principio de economía** consagrado en el art.25 de la ley 80 de 1993, establece ciertos criterios en los cuales se debe asegurar que la actividad contractual sea desarrolla en el menor tiempo posible, de manera planeada con un debido estudio técnico de cómo se deben satisfacer las necesidades que se pretendan cubrir, y el cumplimiento de una serie de procedimientos estrictamente necesarios con el fin de asegurar que la propuesta elegida sea la más favorable. (Consejo de Estado, 2011), además de ser la más favorable este busca que se los recursos sean optimizados, obteniendo mejores tiempos en cuestión de eficacia de las actuaciones contractuales evitando; demoras en los procesos de contratación y perjuicios tanto para la parte contratante, para la administración y la población. Todo empieza desde la proyección de unos estudios previos bien estructurados, porque, aunque se tengan todos los recursos financieros y se cuenten con el material jurídico para respaldar el proyecto, si no se parte de una buena información técnica, es decir; el cómo, porque y cuando se desarrollaran, no se podrá tener precisión de los tiempos, costos y organización. (Amaya Rodriguez, El Principio de Planeación en la Contratacion Estatal, 2016)

El principio de responsabilidad el cual es el último de los tres principios que se establecieron inicialmente en el estatuto general de contratación en su Art. 26 de en armonía con los anteriores principios es una reafirmación del compromiso que adquieren tanto el contratista como la administración al cumplimiento de los fines del estado y los principios so pena de incurrir en

alguna violación al estatuto de contratación, y es pertinente citar lo establecido por el consejo de estado en materia del cumplimiento del principio de responsabilidad.

Para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem) (Consejo de Estado, 2012)

Comprendidos una vez los principios establecidos en el estatuto de contratación en donde se resalta en cada uno de ellos la importancia de la correcta planeación y selección de contratistas, puesto que esto representa una correcta aplicación de la actividad contractual, el cual es el tema a discusión pero es hasta el año 2007 con la ley 1150 que se introdujeron las modalidades de selección, y a su vez se desarrolla el principio de selección objetiva que en la ley 80 del 93 se enunciaba como un “deber de selección”:

ARTÍCULO 29. La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia,

organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos no será objeto de evaluación. (...) (Estatuto general de Contratacion Publica, 1993)

Al comparar el deber de selección objetiva de la ley 80 con la selección objetiva nos damos cuenta que no varía del todo en su naturaleza, puesto que conserva la importancia de una oferta favorable, el no tener en cuenta factores subjetivos de conflicto de intereses, y el plazo de la oferta, por lo cual evidenciamos que en la ley 1150 del 2007 se deroga este articulo para desarrollarlo de igual manera y establecer unos criterios como: la capacidad del contratista, como se desarrolla la oferta más favorable, la ponderación al calificar los elementos de calidad precio y las garantías de los contratos, y esto es importante toda vez que se deben entender la finalidad, puesto que considero que este es uno de los principios de la contratación estatal que representa a todos en uno, y el cual algunos autores lo consideran de forma diferente como Edgar Gonzales quien considera:

La selección objetiva no es un principio, sino una finalidad instrumental del proceso contractual; vale recordar que el fin corresponde a la aspiración que se quiere llegar, mientras que el principio supone los pensamientos generales normativos que han orientado la labor del legislador o que prescriben que un valor o un bien jurídico debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible. (González López, 2010)

Otros autores como Amaya consideran que “el principio/deber de la selección objetiva sí se contiene en una tipificación normativa en el marco regulatorio de la contratación estatal, en concreto la Ley 80 de 1993 reformada por la Ley 1150 de 2007” (Amaya Rodriguez, 2020) es por

esto que al momento de realizar una interpretación sobre si se debe considerar un principio o no Santofimio considera que,

“la norma que erige el principio de selección objetiva, debe interpretarse de manera conjunta e integrada con los demás principios orientadores de la actividad contractual, como lo son la de la transparencia, economía, y responsabilidad, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 de la ley 80 de 1993” (Santofimio Gamboa, 2009)

Ahora bien, una vez que comprendemos los principios de la contratación estatal, es pertinente considerar la selección objetiva como un principio de la contratación estatal puesto que este se encarga de guiar la contratación pública, unificar los criterios de los principios y ser uno de los más importantes por lo cual la problemática que nos abarca se centra en indagar si realmente la modalidad de selección; contratación directa, vulnera el principio de selección objetiva al contratar personas bajo la prestación de servicios pues hay una evidente diferencia entre la selección de contratistas por concurso de méritos o por licitación pública, puesto que se hace un desarrollo más completo de este principio, tendiente ante la vista pública a mostrar una selección más subjetiva en mayor medida, al no tener ante la ley un proceso establecido para la selección tal como lo tienen la licitación pública y el concurso de méritos, es por esto que es necesario establecer que se analizara los contratos de prestación de servicios establecidos en el art 32 numeral 3ro, de la ley 80:

Art 32, DE LOS CONTRATOS ESTATALES: 3o. Contrato de Prestación de Servicios:
Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones

sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Estatuto general de Contratacion Publica, 1993)

De igual manera el concepto de contrato de prestación de servicios debe ir en concordancia por lo descrito en el decreto 1082 de 2015:

Artículo 2.2.1.2.1.4.9. 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. 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, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan en-comendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos. (Decreto 1082, 2015)

Si bien es cierto que existen diferentes modalidades de selección entre esos se encuentra la contratación directa, la cual según Ramirez considera que si

la regla general es la licitación pública, es forzoso afirmar que la contratación directa es un procedimiento excepcional, de aplicación restrictiva, y que sólo podrá acudir a él

cuando se configuren los supuestos fácticos y normativos previstos de manera expresa por el Legislador. (Ramirez R., 1995)

Y es un proceso que normativamente se crea en función de agilizar los procesos de contratación del estado es por esto por lo que según lo dispuesto inicialmente por la ley 1150 del 2007 y sin entrar en mayor detalle se podrá contratar bajo la modalidad de selección de contratación directa los siguientes casos descritos:

- a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.
- d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS*, que necesiten reserva para su adquisición;
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
- f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;
- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

j) La contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición. (Ley 1150, 2007)

De esta forma podemos hacer un análisis en el cual la contratación directa se establece como una modalidad en la cual el estado pueda contratar con menos requisitos a la regla general la cual sería la licitación pública o el concurso de méritos, pero es ahí donde examinando cada una de las causales se entiende el por qué el legislador las estableció de tal forma, es el caso de los contratos de arriendo de inmuebles, puesto que es menester de las entidades públicas adquirir los inmuebles que se ajusten a sus exigencias técnicas o de infraestructura para poder llevar a cabo su función administrativa, entonces es en este caso la entidad quien solicita unas especificaciones determinadas las cuales en su mayoría pocos oferentes pueden cumplir. Otro ejemplo de por qué se contrata por medio de esta modalidad podría ser por la causal de no existencia de pluralidad de oferentes en el mercado, causal pensada cuando las entidades de orden territorial localizadas en pueblos lejanos, en donde solo existe un oferente que pueda suministrar los bienes o servicios que esta requiere, es ahí donde el legislador habilita a las entidades para contratar de manera directa, sin realizar una licitación pública, permitiendo así que se suministren los bienes o servicios requeridos, “En otras palabras, la contratación directa se justifica por razón del objeto, la naturaleza del contrato u otras circunstancias claramente justificables que hacen innecesaria o inconveniente la licitación.” (Ramírez R., 1995) y según Los autores Palasí y Ezcurra:

Las formalidades en el procedimiento de selección de contratistas tienen, como hemos visto, una finalidad de garantía tanto frente al particular como frente a la misma Administración. Ahora bien, puede ocurrir que, en determinadas circunstancias, por falta de concurrencia, por razones de urgencia o simplemente por la escasa importancia del contrato, todo ese largo proceso de selección no sea una ayuda sino un 'obstáculo para

la acertada realización de las obras. De ahí que en algunos casos se autorice a la Administración a prescindir de las formalidades usuales. (Villar Palasi & Villar Ezcurra, 1983)

Considero que la contratación directa a lo largo ha cumplido su función administrativa de facilitar la contratación en ciertos casos, con el fin de llevar a cabo los fines del estado y de las entidades, pero esta modalidad al ser una de las más usadas según el periodista Jules

“Ordenes de prestación de servicios y compras, entre otras, hacen parte de la principal modalidad en la que las entidades estatales contratan en Colombia, de forma directa. En departamentos como Boyacá y Cundinamarca seguidos de Atlántico y Antioquia se sitúan los montos más altos de la contratación en el país grandes de corrupción del país”. (Jules, 2019)

En la cual los contratos de prestación de servicios corresponden al grueso de esta modalidad, por la necesidad de contar con el personal idóneo para ejecutar los planes y proyectos, que en principio cumple su función pero en la vista pública es de conocimiento que su uso se ha politizado, y se corrompe a tal punto que en el informe “*Así se mueve la corrupción*” de la Corporación Transparencia por Colombia, correspondiente a los años 2016 a 2018 el 73% de los casos analizados en Colombia corresponde a corrupción administrativa de los cuales el 46% de estos, están asociados a la contratación pública identificando como las principales irregularidades la Adjudicación o celebración irregular de contratos con un 29 %, la Violación a los principios de transparencia, idoneidad y responsabilidad en la contratación estatal con un 17%, Detrimento patrimonial por incumplimiento del objeto contratado con un 8%, Apropiación ilegal de recursos en los contratos y Sobrecostos por irregularidades en celebración de contratos con un 6 % cada una, y por ultimo con un 8% el abuso de la figura de contratación directa con un 8% (Corporación Transparencia por Colombia, 2019) de este informe podemos relacionar los casos abuso de la figura de contratación directa con los de violación de los principios del estatuto

de contratación estatal, puesto que al abusar de esta figura se evidencia que los procesos de contratación no están siendo celebrados conforme a los principios en especial el principio de selección objetiva, toda vez que tristemente esta modalidad de contratación se ve permeada por la corrupción y la selección “a dedo” que hacen los alcaldes, gobernadores, congresistas con el fin de pagar favores políticos debido a la facilidad y facultad que le otorga el estatuto para contratar directamente, el cual “es un “botín político” la contratación de personal mediante contratos estatales en las entidades públicas.” (Casallas, 2019). Y esto fuera de simplemente ser un problema de corrupción trasciende a una problemática normativa, toda vez que, en Colombia, el talento humano de las entidades estatales en su gran parte son contratados por prestación de servicios ya sea profesionales o apoyo a la gestión por ejemplo teniendo en cuenta las cifras de la investigación hecha por Gaviria mesa y Granda Viveros en 2013:

El Municipio de Medellín tiene como contratistas un 40,37% (3.399), y en personal de planta un 59,63% (5.021), entre carrera administrativa (2.523), carrera docente (902), contrato (409), libre nombramiento y remo-cien (145), periodo fijo (1), periodo de prueba (86) y en provisionalidad (955 personas)

Desarrollo Urbano, empresa industrial y comercial del estado, contestó a la información solicitada mediante derecho de petición que no cuenta con personal vinculado bajo carrera administrativa. Obsérvese, por tanto, el número de personas adscritas a la entidad bajo la figura de contrato de prestación de servicios, en comparación con quienes fungen como trabajadores oficiales y quienes están bajo el régimen de libre nombramiento y remoción. Los contratistas ascienden a un 74,46% (207 personas), en tanto, el personal de planta cubre un 25,38% (71). Vale decir que casi tres veces el número de personas que prestan sus servicios en la Empresa de Desarrollo Urbano –EDU– carece de las garantías de carácter laboral. (Gaviria Mesa & Granda Viveros, 2014)

Por lo cual es muy evidente en cifras que las entidades contratan por medio de esta figura para desarrollar actividades permanentes y administrativas, y sin llevar a cabo un proceso de selección como el concurso de méritos, debido a que como se ha mencionado varias veces la contratación por prestación de servicios en Colombia se lleva a cabo sin someterse a una selección rigurosa de contratista y teniendo en cuenta las cifras que se mencionaron anteriormente del informe “así va la corrupción” donde un porcentaje considerable de corrupción tenía que ver con el abuso de esta modalidad de contratación, el cual ha pasado de ser una de las excepciones de la contratación a ser la regla general según Scheller D`Angelo y A. & Silva (2017) la contratación directa debe aplicarse en casos meramente excepcionales, en virtud de la necesidad de las entidades públicas y de las cualidades específicas de la persona natural o jurídica con la que se pretende contratar. Debido a que se trata de un proceso rápido, fácil y que no requiere de las demás estructuras de las modalidades de selección, la excepción pasa a convertirse en la regla general, en pro de la corrupción. Scheller D`Angelo y A. & Silva realiza la comparación con el llamado “procedimiento negociado” en España; mientras que en Colombia se habla de la “contratación directa” que aunque son modalidades que tienen un trámite diferente, ambas vulneran similares garantías y son la fachada perfecta para actos de corrupción, tal es el caso de las contrataciones que se adelantan con omisión de requisitos, bajo el pretexto de ser emergencias manifiestas o en defensa de la seguridad nacional, entre otros (La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios, 2017).

Ahora otro de los problemas que encontramos en la contratación directa de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión aparte de corresponder un gran porcentaje del talento humano de las entidades, se encuentra en que estos se están utilizando con fines distintos a lo dispuesto por el estatuto general de contratación, puesto que la norma tácitamente en su artículo 2 numeral 4 literal H que se podrá contratar mediante esta modalidad “Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo

puedan encomendarse a determinadas personas natural”, al leer esto y compararlo con las cifras que se tienen en cuenta, es claro que en entidades del orden nacional o corporaciones no se contratan precisamente personal para la ejecución de trabajos artísticos, en su mayoría son contratados para ejecutar funciones permanentes y de tipo administrativo que deberían ser realizadas por personal de planta de la entidad, por lo cual nos encontramos con un choque de posturas puesto que según el artículo El Artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 del 2015, establece:

“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, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.” (...) “Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.”

Y es uno de los soportes legales que tienen las entidades para contratar bajo esta modalidad puesto que la no existencia de personal de planta en la entidad se convirtió en la justificación de la regla general para contratar mediante esta modalidad, debido a que es claro que no se debe usar la contratación por prestación de servicios para ejecutar funciones que deberían ser ejecutadas por un funcionario de planta, puesto que generan inestabilidades laborales para los contratistas, que aunque la figura de este contrato sea netamente civil, la percepción de la población la asimilan con un contrato laboral, pues al desarrollar las mismas funciones que desarrollan los funcionarios de planta se suele confundir la subordinación, además que genera

el fenómeno de las Nóminas alternas, que en teoría consiste en lo explicado, la utilización de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de funciones administrativas y permanentes con ciertas finalidades características, 1. Favorecer el clientelismo de los partidos políticos los cuales se aprovechan de esta figura para asegurar su cuota política, y 2. La evasión en pagos de prestaciones sociales que deben hacer las entidades que tienen personas de planta, debido a que los contratos de prestación de servicio al ser una relación de tipo civil mas no laboral, queda en cabeza del contratista el pago de las prestaciones sociales, mucho se ha dicho sobre esta figura, pero es preciso citar la corte constitucional puesto que es ella quien reitera la prohibición de celebrar este tipo de contratos en su sentencia C-614 de 2009:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(...)

A pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, en la

actualidad se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing, por lo que la realidad fáctica se muestra en un contexto distinto al que la norma acusada describe, pues se ubica en una posición irregular y abiertamente contraria a la Constitución. (Sentencia C-614, 2009)

En concordancia con lo expuesto por la corte comparto la idea de suscribir de manera temporal este tipo de contratos para llevar a cabo el desarrollo de funciones administrativas de las entidades, debido a que constitucionalmente deberían ser incorporados mediante el concurso de mérito, y es de reconocer que el llevar a cabo un concurso de méritos es un proceso largo y dispendioso en el cual deben asegurar vincular las personas que son realmente idóneas para el cargo, y mientras la entidad logra completar su planta de funcionarios, es aceptable que se contraten por prestación de servicios a las personas, además que la constitución y la corte han sido enfáticos en que se deben a garantizar los fines del estado y esto incluye la adquisición de bienes y servicios para el cumplimiento, al respecto de esto la misma corte constitucional ha precisado en su sentencia C-449 de 1992 que:

“Para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego, el objeto de lo contratos no es otro que la adquisición en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello por lo que el estudio y la comprensión de la contratación estatal debe inscribirse en los

principios axiológicos del Estado social de derecho irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución” (Sentencia C-449, 1992)

lo que si genera conflicto y descontento ciudadano son la cantidad de contratos que año tras año las entidades suscriben los cuales, a mi juicio, son en inobservancia de lo establecido por el estatuto general de contratación y por lo expuesto por la corte, debido a que los concursos de mérito no dan abasto, para vincular a las personas que requiere cada entidad y corporación, y esto sumado a el aprovechamiento de los partidos políticos de esta modalidad en pro de beneficiar el clientelismo hacen que sea visto como una práctica corrupta, la cual muchas veces podría obedecer al juicio de corresponder realmente al clientelismo, o por el contrario son el resultado de la verdadera gestión.

Una vez revisados los diferentes aspectos para entender la problemática de este ensayo, es necesario dar respuesta a la problemática planteada si realmente se vulnera el principio de selección objetiva al seleccionar contratistas de prestación de servicios bajo la modalidad de selección de contratación directa, y posteriormente suscribir este tipo de contratos, lo cual podría ser visto desde dos posturas, la primera que denomino Contratación Directa como una Necesidad para Cumplir Los Fines Del Estado, y a segunda como Contratación Directa una puerta a la corrupción.

Contratación Directa como una Necesidad en el Cumplimiento de los Fines Estatales

Bajo esta postura considero que esta modalidad no vulnera el principio de selección objetiva, toda vez que obedece a los postulados por el cual el legislador estableció la importancia de poder contratar de manera directa, aunque la corte constitucional en su sentencia C614 de 2009 prohíbe que se contraten personas para el desarrollo actividades permanentes de tipo administrativas es de reconocer que es imposible la vinculación por concurso de méritos de un alto número de funcionarios que requieren las entidades, por lo cual, se es necesario contratar

para cumplir con las funciones y metas del estado, ahora aunque el legislador no estableció lineamientos precisos sobre cómo se debe realizar la contratación por esta modalidad como si se hizo con el concurso de méritos y con la licitación públicas las cuales son la regla general, no significa que lo que no se lleve a cabo por medio de estas dos vulnera el principio de selección objetiva de toda vez que la entidad puede contratar de manera directa, y de manera interna desarrollar la forma en las cuales aseguran la selección objetiva de contratistas en consonancia con el principio de transparencia, y para soportar mi afirmación, podemos recurrir a la metodología usada por la Alcaldía de Bogotá, para la selección de contratistas con el banco de hojas de vida llamado “Talento no Palanca” puesto que aunque el legislador no establece este lineamiento las entidades pueden adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de los principios debido a que con la Directiva 001 de 2020 ordena la implementación del banco de hojas de vida de las cuales las condiciones de funcionamiento son las siguientes:

3.- CONDICIONES DE FUNCIONAMIENTO. El Banco de Hojas de Vida de Bogotá, D.C. funciona en el dominio www.talentonopalanca.gov.co, que es administrado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital (DASCD) y está disponible para que los ciudadanos y ciudadanas interesadas en vincularse contractualmente con la administración distrital, registren su perfil con datos básicos de identificación, nivel educativo, experiencia, información de contacto y, las áreas y entidades de interés laboral o profesional, quienes además, deben adjuntar su documento de identificación y su hoja de vida.

Con miras a que este aplicativo se convierta en el canal oficial para deprecionar hojas de vida de ciudadanas y ciudadanos interesados en vincularse mediante contratos de prestación de servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión con la administración distrital, las entidades y organismos que en sus páginas web tengan habilitado esta

opción, deberán redireccionar a la ciudadanía para centralizar la información a través Banco.

Quien se inscribe en el Banco de Hojas de Vida de Bogotá, D.C. lo hace bajo el entendido de que se trata de vinculaciones contractuales de carácter discrecional que por disposición de la Ley o del Estatuto de Contratación Pública que le aplique, son de duración determinada (plazo contractual), es decir se celebran únicamente por el término estrictamente indispensable y en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales. (DIRECTIVA 001, 2020)

Por lo cual considero que es una respuesta oportuna a la necesidad de contratar personas para el desarrollo de las funciones estatales, además de asegurar en buena medida una pluralidad de oferentes para la contratación que aunque no es necesaria, es mucho más pertinente para la selección de contratistas, por lo cual apoyado en esta postura considero que esta modalidad responde a lo establecido por el legislador en el entendido de una contratación excepcional y temporal, asegurando la selección objetiva de contratistas la publicidad y transparencia de los procesos, facilitando el control por parte de la ciudadanía.

Contratación Directa una Puerta a la Corrupción

Esta es una postura en la cual me baso en la cifras antes expuestas del informe “Así va La Corrupción” en donde, el panorama es muy claro, la celebración indebida de contratos, en pro de contribuir al clientelismo y favorecer esa cuota política, desvían por completo la imagen de esta figura, que en muchos casos, ha beneficiado a entidades en las cuales obtienen personal idóneo de manera corta y ágil, y de las cuales muchas familias se han visto beneficiados al representar una fuente de ingresos legal y segura el contratar con el estado, pero es ahí en donde la corrupción a lo largo de los años ha contribuido al mal manejo de las entidades y a las pésimas

gestiones, por lo cual, La corrupción corresponde a ese fenómeno multidisciplinario que afecta diferentes esferas de la sociedad; la economía, la política, el ordenamiento jurídico y la sociedad en general. y su impacto es mayor en la contratación pública debido a las grandes sumas de dinero que se manejan. Y aunque en los últimos años los gobiernos han propuesto una serie de normas a manera de lucha contra la corrupción los esfuerzos son insuficientes ante un fenómeno que muta de manera rápida, por lo cual, el solo expedir normas no es efectiva en la lucha contra la corrupción. (Botero, 2020) por lo cual considero que basado en esta postura, si se vulnera el principio de selección objetiva, puesto que se ve la contratación directa como un método fácil de contratar a las personas que los ordenadores de gasto requieran, con el fin de pagar favores políticos, además que contribuir a la nominas paralelas, lo cual representa un enorme detrimento a las condiciones laborales de los contratistas, y una mala gestión de la contratación pública.

Bibliografía

- Amaya Rodriguez, C. F. (2016). El Principio de Planeación en la Contratacion Estatal. *VIA IURIS* 20, 116.
- Amaya Rodriguez, C. F. (2020). La Selección Objetiva En La Contratación Estatal: Una Limitación Al Principio De La Autonomía De La Voluntad De La Teoría General Del Negocio Jurídico. *Temas Socio Jurídicos*, 32-55.
- Bahamon Jara, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogota: Universidad Catolica de Colombia.
- Botero, J. D. (2020). Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 93.
- Casallas, D. F. (2019). Nóminas paralelas una manifestación del sistema clientelista colombiano*. *Via Iuris* (27), 93-114.
- Codigo Civil, Ley 57 (Congreso de la Republica 15 de abril de 1887).
- Consejo de estado, 25000-23-26-000-1995-00972-01(17756) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gomez 18 de marzo de 2010).
- Consejo de Estado, 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860) (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, 23 de junio de 2010).
- Consejo de Estado, 17767 (Sala de lo contencioso administrativo 31 de enero de 2011).
- Consejo de Estado, 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) (Sala Contenciosa Administrativa, Seccion Tercera 28 de mayo de 2012).
- Corporación Transparencia por Colombia. (2019). *Así se mueve la corrupción, Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018*. Bogota.
- D'Angelo, A. S., & Silva Maestre, S. (2017). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Via Iuris*, 1-36.
- Decreto 1082 (DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN 2015).
- DIRECTIVA 001 (Alcaldía Mayor de Bogotá 24 de Enero de 2020).
- Estatuto general de Contratacion Publica, Ley 80 (Congreso de la Republica 10 de octubre de 1993).
- Gaviria Mesa, J. I., & Granda Viveros, M. L. (2014). CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL SECTOR ESTATAL*. *Revista Ratio Juris Vol. 9 Nº 18*, 59-76.
- González López, E. (2010). *El Pliego De Condiciones En La Contratación Estatal. La Reforma Consagrada En La Ley 1150 De 2007 Y Sus Decretos Reglamentarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jules, J. (27 de Mayo de 2019). *RCN RADIO*. Obtenido de <https://www.rcnradio.com/recomendado-del-editor/entidades-estatales-abusan-de-la-contratacion-publica-en-colombia>

Ramirez R., J. O. (1995). El Procedimiento De Contratacion Directa En La Ley 80 De 1993. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 170-188.

Santofimio Gamboa, J. (2009). *Contratación Estatal Legislación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Senado de la Republica de Colombia. (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*.

Sentencia C-449 (Corte Constitucional Colombiana 9 de Julio de 1992).

Sentencia C-614 (Corte Constitucional Colombiana 2 de Septiembre de 2009).

Villar Palasi, J. L., & Villar Ezcurra, J. (1983). *Principios de Derecho Administrativo* Tomo II. Universidad de Madrid.