 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 13

LA CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA DESVIACIÓN DEL ESPÍRITU LEGISLATIVO PLASMADO EN LA LEY 80 DE 1993 EN SU APLICACIÓN

JULIETH PATRICIA ALMANZA ARAQUE

Institución Universitaria de Envigado

julieth.almanza@gmail.com

Resumen: El presente artículo plantea la realidad de la contratación directa y su utilización arbitraria debido a la “flexibilidad” y agilidad que conlleva esta modalidad, utilizando esta figura para eludir los procedimientos de selección en la contratación estatal según la necesidad a contratar, evitando trámites y desviándose de la finalidad social del Estado y de lo plasmado por el ente legislativo en el Estatuto Contractual para la Administración Pública, perjudicando a los interesados, que son la población colombiana, en el desarrollo del país al malversar los recursos públicos por el uso indebido de las figuras de la contratación y en caso concreto, de la contratación directa.

Palabras claves: *Contratación directa, Estatuto Contractual para la Administración Pública, principio de transparencia, principio de selección objetiva, principio de imparcialidad, contratación estatal.*


Abstract: This article presents the reality of direct hiring and its arbitrary use because of the "flexibility" and agility associated with this mode, using this figure to circumvent the selection procedures in government contracting as needed to hire, reduce procedures and swerving the social objective of the State and what is stated by the legislative body in the Contractual Status of Public Administration, hurting the truly interested, which is the Colombian population, in the country's development by misappropriating public funds by the misuse of recruitment figures and in a particular case, direct contracting.

Key words: *Direct hiring, Contractual Statute for Public Administration, principle of transparency, principle of strict selection, principle of objective selection, principle of impartiality, government contracting.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde la constitución de 1991 en la cual la República de Colombia queda constituida como un Estado Social de Derecho, donde está inmerso el interés general, pilar fundamental de la Contratación Estatal, que plasma deberes y derechos de los ciudadanos e igualmente principios constitucionales en

pro de la transparencia gubernamental, velando el interés general que es principal en Colombia y limitando las acciones del administrador para así tener un control del poder otorgado y utilizado por éste. La Constitución le otorga una nueva importancia al cumplimiento de los principios constitucionales por parte del Estado.

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 2 de 13


Al ver la importancia de la aplicación de los principios a las actuaciones administrativas y la manera como las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado (Hoyos, 2015), siendo más específicos, con su finalidad social, obligatoriamente estas actuaciones deben ser analizadas desde la norma de normas, el cual será su primer control puesto que la principal fuente del gasto público se da con la contratación estatal.

El legislativo a su vez, al ver la importancia de crear un estatuto más completo acerca de la contratación estatal que estuviera acorde con el Estado Social de Derecho establecido en la Carta Constitucional, expidió el Estatuto Contractual para la Administración Pública, Ley 80 de 1993 que otorgaba al ciudadano la participación en los procesos contractuales y buscaba erradicar la corrupción presentada en el Gobierno antes de la Constitución del 91.

Al tratarse de principios en procura del orden constitucional y de leyes que deben ir acordes a la norma de normas, debemos remitirnos a lo que ha dicho el máximo órgano encargado de la defensa de la constitución sobre los principios y la Ley 80 de 1993, principalmente de la contratación directa.

El presente trabajo tiene como finalidad plantear las diferentes falencias presentadas en la contratación directa desde su creación, soportándose en diferentes críticas y jurisprudencia hallada respecto al tema a tratar. Con la finalidad de tener unos criterios base para poder plantear el espíritu legal que plasmó el legislativo en la creación de esta modalidad de contratación estatal.

Se indicará entonces la naturaleza del Estatuto Contractual para la Administración Pública, especificando la contratación directa, sus modificaciones, los principios rectores que la rigen y las diferentes aclaraciones que se han debido hacer por la distinta interpretación de la aplicación de la contratación directa, desviándose de los principios que deben regir dicha modalidad

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 3 de 13

que son el principio de transparencia, de selección objetiva, de imparcialidad, de igualdad y sobre todo, el principio de moralidad administrativa.


2. ESTATUTO CONTRACTUAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Antes de la Constitución de 1886, no existía una regulación de la contratación por parte del Estado, por lo que había una libertad en materia de contratación estatal y no había un ente especializado para el control de los mismos.

En 1913, se creó el primer Código de Justicia Contenciosa Administrativa, pero éste no surtió cambio en los contratos estatales por lo que no se dotó al Consejo de Estado para resolver controversias derivadas de los contratos. Y con la creación del segundo Código Administrativo, las controversias de los contratos estatales quedaron en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, quedando aún estas controversias reducidas a la jurisdicción ordinaria ante la

falta de leyes que le atribuyeran ese poder a lo contencioso administrativo. No es hasta 1964, que mediante un decreto ley se hace la diferenciación de los contratos del Estado y los contratos particulares y le da la competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa para que dirima las controversias relacionadas con los contratos administrativos, y aunque este acontecimiento fuese importante, la contratación estatal carecía de normas reguladoras de los contratos, las formas de participación tampoco estaban reglamentadas y la clasificación de los contratos era insuficiente.

Surge entonces la Ley 19 de 1982, norma de principios y criterios fundamentales de la contratación pública, que le otorga al ejecutivo facultades extraordinarias para desarrollar la contratación estatal y por ende, éste crea el Decreto Ley 222 de 1983, con el cual se crea un vínculo más característico para la contratación estatal, estableciendo cuáles son los contratos de carácter público, dejando los demás como parte del derecho privado, estableció como modos de selección de contratistas la licitación

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 4 de 13

pública, licitación privada, concurso de méritos y la contratación directa. Sin embargo, las disposiciones plasmadas en el Decreto Ley fueron criticadas por lo inútiles y excesivos que terminaron siendo los controles establecidos para ciertos contratos, lo que generaban parálisis administrativa, afectando las necesidades de la comunidad (Rico, 2007).


Fue así, de manera necesaria, se dio la creación del Estatuto Contractual para la Contratación Administrativa, 10 años después, como una herramienta eficaz contra la corrupción y que permitía la participación ciudadana en los procesos de contratación estatal, puesto que se estaba evidenciando de manera creciente este fenómeno.

Pero adentrándonos en el tema, debemos fijarnos en la contratación directa, que tiene su fundamento en los principios de transparencia, igualdad, economía y selección objetiva.

El principio de transparencia acoge los demás principios, porque con él se busca garantizar la moralidad, que el contratante sea imparcial al momento de escoger al

contratista apegándose a las reglas descritas en las leyes, basándose en criterios objetivos y claros (Palacios, 2010) otorgando oportunidades iguales a los distintos oferentes que desean y cumplan los criterios para aplicar y realizando la publicación de sus actuaciones, esto con el fin de evitar que la contratación directa se convierta en un negocio donde se favorezcan a unos pocos, se presenten inhabilidades o incompatibilidades en el desarrollo del contrato que afecten y retrasen la actividad social a desarrollar.

Por ende, debe desarrollarse el principio de igualdad, que atiende en el sentido estricto en la contratación directa, a la igualdad en el trato a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos para la contratación, en la calificación de las ofertas según su calidad y experiencia y en la escogencia de la que sea más favorable para los fines de la administración, buscando que haya diversidad de oferentes, evitando el favorecimiento a ciertas personas naturales o jurídicas quitándole la oportunidad a oferentes que tengan mejores condiciones para el desarrollo del contrato a celebrar.


	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 5 de 13

Siguiendo con los principios, el de economía tiene la finalidad de asegurar el eficiente desarrollo de la actividad contractual para que se produzcan los máximos resultados en el menor tiempo posible y utilizando la menor cantidad de recursos públicos, manteniendo la selección objetiva del contratista con los procesos y etapas estrictamente necesarias, evitando gastos innecesarios. Además, en conexión con el principio de planeación, se busca que la actividad contractual se encuentre bien estructurada con el fin de satisfacer la necesidad de la comunidad mediante la contratación y que no sea una improvisación de la autoridad pública, sino que tenga estudios previos y planeación bien sustentada para el desarrollo de la actividad contractual, todo esto apuntando a asegurar:

i) la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo; ii) la verdadera y real planificación de las actividades de la Administración; iii) la eliminación de trámites innecesarios, demorados y engorrosos; iv) la optimización del tiempo y de los recursos de que dispone la Administración en todas a etapas del

contrato; v) la atención real y oportuna de las peticiones que formulen los contratistas; vi) la solución de las diferencias suscitadas en razón del contrato en la instancia administrativa, para evitar difíciles y costosos procesos judiciales (Consejo de Estado, 2007).

Por último, el principio que hace parte de los anteriormente nombrados, pero que debe ser ejecutado con mayor asertividad en la contratación directa es la selección objetiva. Este principio precisa que la selección del contratista debe ser objetiva, concretándose cuando se escoge a la oferta más favorable sin que existan factores subjetivos de por medio, por ende, la oferta seleccionada deberá ser la que obtenga mayor calificación respecto a la experiencia, la organización, la calidad, el precio y la planeación entre todas las ofertas presentadas respecto a los criterios de selección establecidos para la contratación directa. De no ser así, se viciaría de nulidad el acto de adjudicación y el contrato celebrado por la inobservancia de este principio, dando paso a criterios subjetivos prohibidos en la ley. La importancia de este principio radica en que

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 6 de 13

la observancia del mismo se ve reflejada en las reglas establecidas para el contratista que deben ser claras, objetivas e imparciales, haciendo que los partícipes en el proceso tengan igualdad de condiciones a la hora de participar y ser calificados, y estas reglas no se pueden modificar porque son el fundamento para la valoración imparcial y objetivo de la selección del contratista, lo que de paso hace cumplimiento al principio de transparencia, igualdad, publicidad, economía.

La selección objetiva debe aplicarse con la rigurosidad que demanda la ley, porque a pesar de ser la excepción a la regla, la contratación directa para ser aplicada, la autoridad pública debe fijar las pautas, criterios y regla que serán las que regirán al momentos de evaluar las propuestas de los oferentes para así elegir la más favorable en bien del interés general (Consejo de Estado, 2007).

2.1 Decreto 855 de 1994


Tal y como lo demandó la Ley 80 de 1993, el ejecutivo dio creación al Decreto 855 de 1994 donde se reglamentó

parcialmente lo relacionado con la contratación directa, en el que se dio explicación de las causales en las cuales aplicaba la contratación directa como modalidad de selección de contratistas, pero no estableció un procedimiento claro para el desarrollo de la misma, creando un limbo jurídico de la contratación directa y estableciendo un procedimiento flexible, dando un amplio margen al contratante para la escogencia del contratista.

2.2 Decreto 2170 de 2002

Cabe resaltar que la creación de este decreto, se formuló respecto a las condiciones cambiantes y distintos factores negativos que a favor del decreto anterior se venían evidenciando por su flexibilidad. Este decreto fue más restrictivo respecto a la contratación directa, estableciendo un mínimo de condiciones a cumplirse para poder desarrollar la modalidad, limitando así la subjetividad de la selección de contratistas. Las condiciones fueron:

1. Objeto del contrato.
2. Características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos por la entidad.
3. Presupuesto oficial.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-028</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 7 de 13</p>

4. Factores de escogencia de la oferta y la ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos.
5. Criterios de desempate.
6. Requisitos o documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación.
7. Fecha y hora límite de presentación de las ofertas.
8. Término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato.
9. Plazo y forma de pago del contrato.

Además de lo anterior, estableció los diferentes criterios para desarrollar las diferentes causales para la aplicación de la contratación directa establecidas en la ley 80.

2.3 Ley 1150 de 2007

Con el fin de mejorar la eficacia y transparencia de la Ley 80 de 1993 en su aplicación, la ley 1150 estableció los criterios para la escogencia de los contratistas según su modalidad de selección, y respecto a la contratación directa, estableció los casos claros donde se da su aplicación excepcional y el propósito de la reforma, era que se incrementara el número de oferentes en los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios de común utilización:

a) Urgencia manifiesta: Causal que se aplica en los momentos que ocurran hechos que son excepcionales y no se encuentran previsibles por la administración pública, como lo son las calamidades, situaciones de fuerza mayor, desastres y en los estados de excepción, lo cual se desarrolla para dar continuidad a la prestación del servicio a contratar por los casos anteriormente citados.


b) Contratación de empréstitos: Se da ante la necesidad de buscar mecanismos de financiación, sea a mediano o largo plazo por las entidades, siguiendo unos criterios establecidos en la legislación.

c) Contratos interadministrativos (contratos entre entidades públicas), 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: Las actividades científicas y tecnológicas deben estar debidamente reconocidas y certificadas.

f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 8 de 13

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: Se aplica cuando sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor o, por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo, esto siendo debidamente certificado y documentado.

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: Esta causal se utiliza solamente cuando se necesite a una persona con conocimientos especializados para el desarrollo de una actividad concreta temporalmente, demostrando la idoneidad y experiencia para la contratación de sus servicios intelectuales.


i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles: Contratos de concesión con particulares.

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

A pesar de las diferentes medidas legales que se han tomado respecto a la contratación

directa, su utilización, según los entes de control, se ha generalizado en Colombia, contradiciendo lo que el legislativo planteó en la Ley 80, y se ha generado un uso indebido de la contratación directa para privilegiar tanto a personas naturales como jurídicas, lo cual viola el principio de selección objetiva y los demás principios ligados a esta modalidad de contratación cuando su uso debe tener una estricta ejecución según lo planteado en la ley.

Esta generalización ha conllevado a que se observe las debilidades que tiene la legislación sobre este aspecto que hace que su uso se preste para desarrollar el fenómeno de la corrupción, donde se presta el tráfico de influencias en beneficio de particulares, sin mencionar que se manifieste incompatibilidades e inhabilidades, violando el principio de transparencia y selección objetiva, puesto que no permite la libre competencia (principio de igualdad) y restringe la diversidad de ofertas donde se puede hallar mejores condiciones de calidad y precio (principio de economía), lo cual hace que los afectados sean los colombianos, porque los recursos destinados al bien


	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 9 de 13

común y al desarrollo social del país, se ven desviados afectando la finanzas de la Nación, retrasando el desarrollo del país y que se pierda la credibilidad que se había otorgado a los mandatarios para el buen manejo de Colombia y sus recursos públicos. Por ello, se requiere que los dirigentes hagan la implementación de estrategias que limiten la subjetividad en la aplicación de esta modalidad de selección, llevándola al estricto cumplimiento que la ley demanda y acciones que fortalezcan el control sobre la misma por parte de los entes de control, como lo hizo en su momento la Auditoría General de la República, apoyada por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación en su proyecto *Control al control de la contratación*, donde su objetivo fue garantizar que se diera cumplimiento a las disposiciones legales sobre el adecuado uso de los recursos y la selección objetiva de contratistas, suministrando a las contralorías del país un insumo importante, con base en la información por ellas reportada, respecto de los riesgos que se evidencian en la contratación de sus sujetos vigilados.

La corrupción no es solo un efecto negativo de la aplicación práctica del Estatuto Contractual, sino uno de los problemas más apremiantes a combatir porque afecta el desarrollo económico de la sociedad y más si es con el manejo de los recursos públicos, por ello, los entes de control, las mismas autoridades públicas, las personas naturales y jurídicas postulantes a contratación pública y los ciudadanos deben trabajar en conjunto y en concordancia con la Ley, para abolir todas aquellas causas que evitan el desarrollo del país y el detrimento de los recursos públicos, para buscar así cumplir los fines sociales del Estado.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Implementar proyectos a largo plazo de estrategias para desarrollar el espíritu normativo de la Ley 80 de 1993.
- Proponer proyectos para lograr un cambio cultural que promuevan el cumplimiento de los principios constitucionales, éticos y morales,

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-028</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 10 de 13</p>

dando predominio a la transparencia y selección objetiva en las actuaciones contractuales para la protección de los recursos públicos y su buen uso.

- Realizar una reglamentación más completa acerca de la contratación directa, planteando de manera más taxativa su procedimiento y que se dé su aplicación acorde a los casos excepcionales establecidos por la ley, para evitar que se convierta en la regla general para la contratación estatal.
- Capacitar a los entes contratantes para realizar el buen uso de la modalidad de la contratación directa para no incurrir en el fenómeno de la corrupción y evitarle gastos públicos innecesarios al Estado y la comunidad.


7. REFERENCIAS

Auditoría General de la República (2011).
Proyecto Control al control de la

Contratación: Riesgos, desaciertos y posibilidades, Auditor general, Iván Darío Gómez Lee. Bogotá. Recuperado el 2 de febrero de 2016 de:http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/OEE/AGRP11-Contro_al_control_de_la_contratacion.pdf

Balcázar M. A.B. (2012). *La supervisión de los contratos estatales en las entidades autónomas del nivel Nacional de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia. Recuperado el 2 de febrero de 2016 de:<http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3820/53140408-2012.pdf?sequence=1>

Cabarcas, G.; Gorbaneff, Y. (2009). *Equilibrio económico y la Contratación Pública en Colombia*. Revista de Derecho, 67-91. Recuperado el 4 de febrero de 2016 en :<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85112614003>

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 11 de 13

Consejo de Estado, Fallo 15324 de 2007,
*Consejero Ponente: Mauricio Fajardo
Gómez.*

Consejo de Estado, Fallo 19349 de 2011,
*Consejero Ponente: Mauricio Fajardo
Gómez.*

Corte Constitucional, Sentencia C- 645/00,
*Magistrado Ponente: Alejandro
Martínez Caballero.*

Corte Constitucional, Sentencia C- 949/01,
*Magistrada Ponente: Clara Inés
Vargas Hernández.*

Decreto 222 de 1983, *por el cual se expiden
normas sobre contratos de la Nación
y sus entidades descentralizadas.*

Decreto 855 de 1994, *por el cual se
reglamenta parcialmente la ley 80 de
1993 en materia de contratación
directa.*


Gómez P. D.P. (2014). *Corrupción y
colusión: asuntos del sector
empresarial en Colombia.*

Prolegómenos. Derechos y Valores,
XVII, 43-56. Recuperado el 4 de
febrero de 2016 en:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87631486004>

Herrera M. D.; González S. E. (2014). *El
Principio de Transparencia en la
Contratación Estatal.* Bogotá,
Colombia. Recuperado el 3 de febrero
de 2016 en:
<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12282/1/PRINCIPIO%20ODE%20TRANSPARENCIA%20EN%20LA%20CONTRATACION%20ESTATAL.pdf>

Hoyos G. J.F.; Betancur H. G.L.; Garcés V.
P.A.; Vélez R. J.P.; Beltrán B. J.C.;
Orozco M. R. (2015). *La contratación
estatal, una visión desde el Derecho
Privado hacia lo Público.* Medellín,
Colombia: Dike.

Presidencia de la República de Colombia
(2012). *Manual de Contratación.*
Bogotá. Recuperado el de febrero de
2016 de:

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 12 de 13

<http://wsp.presidencia.gov.co/dapre/Documentos/Contratos/Manual-Contratacion-DAPRE-M-BS-01-v7.pdf>

Diplomado en Contratación Estatal Cohorte II.

Procuraduría General de la Nación, Circular conjunta 014 del 1 de julio de 2011,
Procurador General: Alejandro Ordóñez Maldonado.

Ramírez M. J.M.; Martínez C. E.E. (2006).
La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo.
Reflexión Política, 148-162.
Recuperado el 4 de febrero de 2016 en
:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11001512>

Rico P. L.A. (2007). *Teoría general y práctica de la Contratación Estatal.*
Sexta Edición. Bogotá, Colombia:
Leyer.

Currículum Vitae

Julieth Patricia Almanza Araque:

Egresada Facultad de Derecho IUE,

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 13 de 13