

La selección objetiva en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión

Asunción del Carmen Julio Bello¹

Resumen

Dentro de la modalidad de contratación directa, una de las causales de mayor usanza es la de “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” de la cual se desprenden tres (3) tipos de contratos a saber, prestación de servicios profesionales, apoyo a la gestión, y los de ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales, siendo objeto de la presente investigación las dos (2) primeras al cuestionarse ¿Cómo se concreta el principio de selección objetiva en el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como causal de contratación directa?, asunto que a través de una investigación cualitativa con enfoque hermenéutico jurídico permite el desarrollo de dos capítulos, iniciando con el análisis del principio de selección objetiva en este tipo contractual, para en un segundo momento establecer las formas de materialización del mismo, a través de una guía que permita su concreción. El abordaje del principio de selección por esta causal permitirá que los operadores contractuales tengan claridad sobre requisitos

¹ Asunción del Carmen Julio Bello, candidata a Magister en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín. asujulio1@gmail.com

*Asesor: Camilo Andrés Restrepo Montoya, Abogado, asesor, consultor y docente universitario. Magíster en Derecho Administrativo de UNAULA

previos a cumplir, condiciones y aspectos a valorar del oferente, e incluso identificar las mejores formas de escogencia, aspectos estos que se traducen en una selección objetiva del contratista y que se encontrarán en este abordaje académico.

Palabras clave

Apoyo a la gestión, contratación directa, contrato estatal, entidades públicas, prestación de servicios profesionales.

Abstract

Within the modality of direct contracting, one of the most common causes is that of "contracts for the provision of professional services and management support, or for the execution of artistic works that can only be entrusted to certain natural persons" of which Three (3) types of contracts emerge, namely, the provision of professional services, management support, and those for the execution of artistic works that can only be entrusted to certain natural persons, the first two (2) being the object of this investigation. when questioning How the principle of objective selection is specified in the contract for the provision of professional services and management support as a cause of direct contracting?, an issue that through qualitative research with a legal hermeneutical approach allows the development of two chapters, beginning with the analysis of the principle of objective selection in this type of contract, to in a second moment establish the forms of materialization of the same, through a guide that allows its concretion. The approach to the principle of selection for this reason will allow the contractual operators to be clear about the prerequisites to be met, conditions and aspects to be assessed by

the bidder, and even identify the best forms of selection, aspects that translate into an objective selection of the contractor. and that will be found in this academic approach.

Key words

Management support, direct contracting, state contract, public entities, provision of professional service.

Introducción

A través de la contratación estatal se concretan los fines del Estado y se genera desarrollo para el país, a través de la disposición legal de modalidades y tipologías contractuales, que dan a aplicación en el caso de la contratación directa a las causales que le son propias, como una forma de materializar los fines de la contratación pública contenidos en el artículo 3 de la Ley 80 (1993) también denominada Estatuto General de Contratación la Administración Pública (EGCAP), como una forma en si misma de apuntarle al desarrollo y la satisfacción de la finalidad del Estado.

La Ley 1150 (2007), ha presupuestado como una de las causales de Contratación Directa, la denominada “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” de la cual se desprenden los tipos contractuales denominados a) de prestación de servicios profesionales, b) de apoyo a la gestión, y c) para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

Asunto que permite al autor plantear como interés para los propósitos de la presente investigación, sólo los tipos contractuales de a) y b), por ser la forma más general en que se concibe la actividad de contratar las actividades afines con la administración o funcionamiento que no son desarrolladas por el personal vinculado como servidores públicos, como bien viene referenciado desde el artículo 32 de la Ley 80 (1993), norma que se constituye en el género de la causal de que trata el presente artículo y que ha sido desarrollada por variadas regulaciones normativas, entre ellas anteceden de un lado la Ley 150 de 1976, el Decreto-Ley 222 de 1983, y prosiguen los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012; muchos de ellos modificados, subrogados, derogados e incluso compilados en el Decreto 1082 de 2015, en la cual ya la especie objeto de estudio viene a ser delimitada y reglamentada en su aplicación.

La normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia, presuponen en el mundo actual, la necesidad de trazar un derrotero, una directriz, o una determinación de pasos que permitan concretar el principio de selección objetiva en uso de esta causal, ya que si bien existe claridad en cuanto a los casos en que se aplica esta causal y los documentos mínimos que deben ser generados por las entidades públicas, así como también la exigencia de acreditar por parte del futuro contratista idoneidad y experiencia relacionada. Se convierte en un reto para la entidad pública la actividad de fijar unos pasos mínimos, y contar con todos los documentos necesarios que evidencien la debida planeación, a fin de evitar incurrir en yerros que no permitan el uso correcto de la figura, y que deriven en sanciones o conflictos que incluso puedan derivar en soluciones de continuidad.

Es allí donde el investigador pretende evidenciar en un primer momento la trascendencia de la aplicación del principio de selección objetiva en esta causal específica de contratación, para

luego en trazar pautas que le permitan el adecuado uso de la figura, ofreciendo así un escrito que permita orientar la contratación que se derive de esta causal. Como una forma de complementar los diversos instrumentos, regulaciones, directrices y orientaciones de entidades como Colombia Compra Eficiente, si bien todos estos arrojan información con la que ha de entenderse la forma de aplicación de la causal, se evidencia que aún se carece de un instrumento orientador e integrador que permita a las entidades ajustar su proceder y conocer el detalle de pasos requeridos de planificación, documentación y gestión, que se encuentran hoy dispersos en la alta producción normativa y son necesarios para contratar bajo este tipo de causal de contratación directa.

El problema evidenciado por el investigador, se deriva de la revisión de los documentos publicados en la plataforma SECOP en sus versiones I y II, así como del procesamiento de la información recaudada en el proceso investigativo, de la cual se evidenció entre otros aspectos, que de los manuales de contratación existentes en las entidades poca o nula es la regulación en cuanto al trámite para contratar por esta modalidad de selección, que este tipo contractual, pese a su carácter excepcional, lidera todas las listas de contratación de las entidades públicas, por encima de la licitación pública que normativamente se consagra como la regla general, que no existen reglas comunes entre las entidades para celebrar estos contratos, que año con año se ve incrementado esta contratación en los presupuestos oficiales de las entidades, que no existe el cumplimiento de unos estándares de objetividad mínimos al contratar por esta causal. Así, al no existir un entendimiento de la trascendencia del cumplimiento de la selección objetiva en esta modalidad de contratación, se consideran cumplidos los requisitos de esta causal sólo publicando estudios previos, el certificado de disponibilidad presupuestal, la minuta del contrato, y otros documentos que en su aplicación desvirtúan la selección objetiva como principio.

Aunado a que Rosero (2019), ha indicado que el uso de esta causal ha conllevado a que las entidades del Estado empezaran a contratar directamente todos los objetos de prestación de servicios que implicaran un apoyo a su gestión, como por ejemplo “el servicio de seguridad, de aseo, de cafetería, entre otros, sin importar la cuantía de los contratos, generándose un abuso de la causal, llevando al extremo de convertir esta en la regla general para la selección de contratistas” (p. 206-207).

Lo anterior, conlleva a que este artículo de respuesta a la pregunta ¿Cómo se concreta el principio de selección objetiva en el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como causal de contratación directa?, desde una investigación cualitativa con un enfoque hermenéutico jurídico, que permite plantear como principal objetivo de investigación el “establecer las formas en que se concreta el principio de selección objetiva en el contrato de presentación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como causal de contratación directa”, a través de los objetivos específicos, que pretenden 1) analizar el principio de selección objetiva en el contrato de presentación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como causal de contratación directa, y 2) ofrecer pautas y guías que permitan hacer efectivo el principio de selección objetiva en dicha causal de contratación directa.

En tanto, se puede evidenciar como principal hallazgo que los instrumentos, procedimientos, métodos y formas que buscan efectivizar el principio de la selección objetiva, en el momento de usanza frente al tipo contractual bajo modalidad de contratación directa en la causal h, del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 (2017) han sido insuficientes, generando según el Consejo de Estado un uso indiscriminado de la misma.

Capítulo I:

El principio de selección objetiva en el contrato de presentación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como causal de contratación directa

En la actualidad la contratación estatal, esta transversalizada por un marco legal y normativo que regulan la actividad contractual del Estado y la que se remonta a la Ley 150 de 1976, norma que no contemplaba la selección objetiva, ni como principio ni como regla, aunque acunaba los denominados criterios de adjudicación de contrato, del mismo modo que el Decreto-Ley 222 de 1983 en donde se establecieron los denominados requisitos para la escogencia de contratistas, tales como el precio, plazo, calidad, antecedentes de la contratación; y la capacidad técnica, organizacional y de experiencia, requerida para garantizar en los procesos de contratación el principio de plenitud hermenéutica del derecho y el ordenamiento jurídico.

De allí que, la constitucionalización del Derecho Administrativo ha puesto en un lugar primordial la principialística contentiva del artículo 209 sobre la función administrativa y la gestión fiscal del artículo 267 superior, como parte de las actuaciones de la administración, siendo el principio de selección objetiva aquel que, presupone según Acero (2016) la observancia y cumplimiento de ciertos requisitos y validaciones procedimentales que garantizan la denominada selección de la mejor propuesta que satisfaga el objeto contractual y los fines de la administración y del Estado.

Esta selección objetiva como principio-deber ha de estar presente desde el inicio mismo del proceso de gestión contractual, al fijar reglas que sirvan de fundamento para la selección y escogencia del contratista, y aún sin la pluralidad de ofertas ello resulta posible y necesario, aunque en ocasiones no es fácil para los operadores el hacer efectivo este principio en la medida en que, cuando se habla de la concreción del mismo se plantean criterios tales como el precio,

organización, equipos, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, entre otros, los cuales, son considerados integralmente a través de una ponderación, permitiendo en últimas determinar la propuesta más favorable (Villamizar, Delgado y Bayona, 2019).

Si bien, la Constitución Política de Colombia (1991) marca un hito en la historia del país en la medida en que modernizó el derecho público, al tiempo que consagró un concepto de democracia participativa, que va más allá de la denominada representativa y entronizó como centro de la gestión pública y del actuar de los servidores públicos el cumplimiento de la principalística, dejando de lado las regulaciones casuísticas planteó u nueva visión de Estado, que se da origen a la Ley 80 de 1993 reconocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), como un compilado de reglas y principios tendientes a garantizar la selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad como principios orientadores de la actividad contractual, siendo la selección objetiva un concepto acunado como principio-deber, al concebirse como un deber en el artículo 29, y al mismo tiempo en artículos como el 24 y el 38 como principio.

Entender el postulado de selección objetiva como principio-deber puede tener una trascendencia mayor a la que “prima facie” pudiera parecer como un simple aspecto de semántica; mientras para algunos los principios son fuentes principales del sistema jurídico y normas de obligatorio cumplimiento, los deberes terminan siendo reglas de conducta, es decir, mandatos de hacer, permitir o prohibir, y siendo interpretados de esta manera se podrá con mayor precisión, atribuir consecuencias a su aplicación o inaplicación, pues termina siendo de carácter interpretativo más cerrado. En este sentido pudiera pensarse que los efectos pueden ser diferentes en cuanto a su no acatamiento.

Es de resaltar que el legislador hizo omisión de la expresión “*deber*” al subrogar el artículo 29 consagrado en la Ley 80 (1993), al momento de la expedición de la Ley 1150 (2007), pero en algunos apartados de esta reforma se sigue citando a la selección objetiva como deber; no obstante ello en criterio del investigador la selección objetiva es un principio en la medida en que debe realizarse una interpretación integradora con la Constitución Política, además del hecho que desde el artículo 24 de la Ley 80, con el que se inicia el desarrollo de los principios, se hace mención expresa de ésta como principio. Y otra razón importante para arribar a esta conclusión es que para verificar el cumplimiento de la selección objetiva no solamente se ciñe a reglas específicas de conducta, sino a postulados filosóficos más profundos que, aunque expresamente no se encuentren señalados, también necesariamente integran y contribuyen a definir si se incumplió o no con la selección objetiva, de tal suerte que no pudiera tomarse simplemente como una regla, por el carácter cerrado de ésta última.

En últimas, unas y otras terminan siendo normas constitutivas del sistema jurídico, y para muchos otros no existen diferencias conceptuales profundas, al punto que la jurisprudencia, doctrina, e incluso normativamente, se presenta y acepta la dualidad en la denominación.

En todo caso, la Ley 80 de 1993 en su artículo 29, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1150 (2007) sigue planteando que la selección del contratista debe ser objetiva, pero en este último referente normativo se le da una mayor trascendencia, enfatizando que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, deben atender a criterios que esta última norma se encarga de listar, dando en últimas una mayor preponderancia con la Ley 1150 (2007) en la propuesta y no en el oferente, y a centrar los factores de calificación en aspectos de la oferta y no del proponente, permitiéndose

así la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación.

Es objetiva entonces la selección en la cual la escogencia se haga 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, produciendo siempre obedecer a criterios de selección de la oferta más favorable en términos económicos y de calidad frente a la entidad, que le permitan garantizar los fines del Estado en virtud de la materialización de los presupuestos del artículo 209 superior, asunto que le implica estar al margen de cualquier consideración de factores de afecto o interés que subjetivasen la instancia contractual.

Para Rodríguez (2005), el tema de selección objetiva es entendido como “un principio de la contratación estatal consagrado en el artículo 29 del Estatuto, consistente en escoger el contratista que hace el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general cualquier clase de motivación subjetiva”. (p. 403).

Pero lo señalado resulta de una mayor complejidad en tratándose de contrataciones resultantes de la modalidad de contratación directa, que es el caso que nos ocupa, en la medida en que no al no existir pluralidad de oferentes no se produce comparación de ofertas ni se definen factores de calificación y en tal medida la objetividad debe ser medida con otros raseros, sin que ello pueda significar que dicha objetividad sea de menor trascendencia. Tratándose de contratación directa deben necesariamente aplicarse por las entidades criterios discrecionales, no entendidos como subjetivos, de acuerdo con valoraciones de necesidad, requerimientos del servicio y el fin del contrato.

En general todas las formas de contratación directa, con la regulación vigente, deben necesariamente entenderse como subordinadas al alcance de los principios de economía, transparencia y selección objetiva estipulados por el legislador en la Ley 80 de 1993 (art. 24) y Ley 1150 de 2007 (art. 2), por lo que el procedimiento de la causal denominada “prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión (...)” no debe ser ajena al alcance de tales principios, como se evidencia en Sentencia del Consejo de Estado (2018), Radicado 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222).

El legislador por medio de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; el Decreto 1082 de 2015, y demás normas reglamentarias, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencias como: 50001-23-31-000-2006-00531-01 (2306-2014) de 2011. No. 11001032600020110003900 (41719) de 2013, entre las más relevantes, se ha encargado de delimitar y señalar la forma de aplicación de la causal de contratación directa correspondiente al contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión; pese a ello sigue siendo creciente el uso de esta causal, además de advertirse fallas recurrentes en la aplicación de este tipo de contrataciones.

Este asunto hace necesario disponer de un acercamiento a qué son los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, para ello, se retomarán las tesis de Rosero (2019), en las que se indican que de conformidad con la Ley 80 de 1993, se establece en su artículo 32, numeral 3, que estos contratos se celebran con personas naturales para suplir la necesidad de personal con conocimientos especializados o que sea requerido para el desarrollo de las actividades operativas de las entidades, siempre y cuando estas sean relacionadas con la gestión y funcionamiento de la entidad.

De conformidad con el anterior presupuesto, la celebración de este tipo de contratos con personas jurídicas estaba en un estado de “vacío jurídico”, que vino a ser llenado por el Consejo de Estado en la Sentencia 24715 de 2007, cuando indica que es totalmente factible que este tipo de contratos se celebren con personas naturales o jurídicas.

El anterior pronunciamiento, requirió que por medio del Decreto 066 (2008), en su artículo 81, se dejara entrever que de la causal de prestación se servicios profesionales y de apoyo a la gestión se derivaban tipos contractuales diferentes, primeramente el contrato de prestación de servicios profesionales, el cual según Rosero (2019) “exigía que el objeto contractual fuese de naturaleza contractual”(p.206), y los de apoyo a la gestión requerían “el desarrollo de actividades operativas (...) bajo la condición de que no se dispusiera de personal de planta suficiente para la ejecución de las actividades objeto a contratar” (p.206).

El decreto antes mencionado llevo a que el Gobierno Nacional, por medio de Decreto 2474 de 2008, lo derogará y dispusiera de un solo tipo contractual denominado “prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión” y estableció como requisitos que el contrato a celebrarse exigiera de conocimientos de carácter profesional y que la actividad sea vinculada al apoyo de la gestión de la entidad contratante. Asunto que conllevó a que jurisdiccionalmente se estableciera que,

Los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión -aquellos donde prevalece la actividad intelectual- se pueden realizar directamente. Cosa distinta acontece con los demás contratos de prestación de servicio que no tengan como base la realización de tareas intelectuales (Consejo de Estado, Sentencia 37044, 2011).

Todo lo anterior, conllevó a que por medio de Ley 734 (2012), se unificará en un solo texto normativo lo concerniente a la prestación de servicios de apoyo a la gestión, y reglar que los contratos de prestación de servicios profesionales y los contratos de apoyo a la gestión son independientes, y se derivan de la mencionada causal de contratación directa, siempre y cuando para ambos el objeto a contratar no pueda ser cumplido con personal de planta, o que aun existiendo no sea suficiente para satisfacer las necesidades de la entidad. Y que para el contrato de apoyo a la gestión se tenga una relación directa con el funcionamiento de la entidad contratante.

En la actualidad es el tipo contractual de mayor uso del Estado según reporte del DAFP, que pudo establecer que en vigencia 2022, las entidades del orden nacional y territorial suscribieron más de novecientos once mil (911.000) contratos de prestación de servicios. (DAFP, Circular Externa 100-008, 2022).

Es así como la Corte Constitucional habla sobre el uso indiscriminado de esta causal de contratación directa, y a juicio del Consejo de Estado, esta práctica se ha extendido, lo cual implica, una violación a la Constitución Política (art.53) por parte del mismo Estado, que por mandato es el primer llamado a ser el referente ético en su cumplimiento (Sentencia T-723, 2016).

Precisamente por el carácter excepcional de esta causal debe resultar especialmente exigente y rigurosa, y demandar el mayor cuidado en su estructuración y selección, debido a que el contratar de manera directa no puede significar en forma alguna desconocer el principio de selección objetiva, por lo que no puede ser utilizada esta causal para evadir otras modalidades de selección que impliquen convocatoria pública.

Es esta objetividad es la que se desdibuja al momento en el que se analiza la forma en que se contrata por parte de las Entidades del Estado en uso de esta causal, cuando se toman los datos del incremento que año con año se produce para este tipo contractual, las frecuentes demandas y condenas al Estado por subyacer relaciones laborales encubiertas, el desbalance en número entre personas vinculadas al Estado por esta forma contractual versus el personal de planta, entre otros aspectos.

Todos los aspectos advertidos son en últimas la inaplicación del principio de selección, pues el contratar siguiendo la planeación debida, vincular sólo al personal estrictamente necesario para el apoyo externo de la entidad, para labores que no son desarrolladas por personal de planta, aplicando criterios de racionalización del gasto, y verificando a detalle las condiciones de idoneidad y experiencia del futuro contratista, se advierte una total objetividad de la contratación, y terminaría generando disminución significativa en el número de contratos pues solo aquellos realmente necesarios y ajustados a los lineamientos objetivos en su selección pudieran ser los celebrados, haciendo efectivo así el carácter excepcional de que goza la contratación directa.

Si bien pudiera pensarse que la normativa existente es bastante general y no demanda mayor rigurosidad en la confección de un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, la principalística impone que el actuar de la entidad debe estar impregnada del seguimiento de estos principios, por lo que la falta de una reglamentación excesivamente detallada, no puede ser óbice para que los mismos se vean cumplidos.

No interiorizar el espíritu normativo y los lineamientos emitidos desde las altas cortes, conllevará a una contratación subjetiva, que se encuentra por fuera del marco legal, pues no se puede olvidar que de la causal objeto de estudio, se deriva un contrato estatal que da

cumplimiento a los fines del Estado, y que quien sirva de contratista a la luz de la Ley 80 (1993), es un colaborador en la consecución de estos.

Actualmente, todas las voces de quejas, inconformismo, sentimientos de frustración, reclamos por irregularidades y abusos ha llevado a que se den instructivos muy específicos desde el gobierno nacional justificados precisamente en la transparencia y selección objetiva que requiere todo proceso contractual, el fortalecimiento de la racionalización, la probidad, la eficiencia y eficacia en el gasto público.

Asunto, que amplifica la preocupación del gobierno nacional en formalizar cada vez más este tipo de contratos y evitar que se desvíe su aplicación hacia otro tipo de vinculaciones, apunta a celebrar contratos cada vez más ajustados a las necesidades concretas, reales y con el lleno de los requisitos mínimos que le son propios, y para ello, esta causal debe acatar el principio de selección objetiva, que resulta cada vez más trascendente en la medida en que permite la escogencia del ofrecimiento más favorable que materialice los fines del Estado, evitando los cuestionamientos siempre presentes en estas contrataciones, en la medida en que se realicen contratos de este tipo con el mayor apego al cumplimiento de los criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales de selección objetiva.

Por ello es necesario identificar aspectos estructurales y establecer instrumentos comunes, y mecanismos eficaces y eficientes que permitan la materialización objetiva del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, como se procede a pormenorizar más adelante en este artículo. Ya que como es indicado por Melo (2019) este principio es apreciado por el Consejo de Estado “como uno de los más importantes pilares de la etapa precontractual, para la escogencia del contratista por parte de las entidades públicas; principio cuya finalidad es dotar de pulcritud y claridad a las actuaciones de la administración

(...)” (Pág.95). Y, doctrinariamente no se han venido a consolidar documentos que permitan documentar la materialización de este principio en este tipo contractual, limitándose los tratadistas a reiterar lo que la normativa y las altas cortes han señalado ya sobre el particular, con algunas precisiones en cada caso valiosas pero que no aterrizan en los parámetros para hacer efectivo dicho principio.

En conclusión, si la selección objetiva es vista como una regla no requeriría de un desarrollo normativo diferente a su propio contenido, por el contrario, si es tomada como principio da un lugar a un mandato de optimización que debe ser analizado desde la constitución, la ley y la jurisprudencia. En tanto, si se aplica esta figura al caso en concreto de la contratación directa por la causal de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, se estaría hablando de un verdadero principio, que ha requerido de un amplio desarrollo para lograr su materialización, y que presupone el planteamiento de requisitos objetivos, reglas claras y justas, que den cuenta de la transparencia, conveniencia y oportunidad del proceso contractual, asunto que permite al investigar dar paso el siguiente capítulo.

Capítulo II:

Materialización del principio de selección objetiva en el contrato de presentación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como causal de contratación directa.

Teniendo claro que el principio de selección objetiva debe estar presente en todas las contrataciones del Estado, incluida la contratación directa que acude a la causal de prestación de

servicios profesionales y de apoyo a la gestión, como resultado de un proceso de convocatoria pública, que debe contar con unos criterios, pasos y requisitos que evidencien el cumplimiento de principios y reglas. Este capítulo desarrolla en ese orden de ideas el objetivo de entregar orientaciones que ofrezcan pautas para hacer efectivo el principio de selección objetiva en el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, el cual es abordado en dos (2) temas de forma secuencial que identifican y arrojan claridad sobre aspectos estructurales de la modalidad de selección y su aplicación en la práctica, concibiéndose como un instrumento de consulta para el debido actuar del operador contractual.

1. De la objetividad de la selección desde la etapa de planeación

Pudiera pensarse que la contratación es objetiva sólo al lograr contar con la mejor oferta, pero en el caso del contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la norma viabiliza no requerir de varias ofertas para la selección; de allí que esa sola oferta seleccionada, para poder evidenciar objetividad, debe estar cimentada en un trámite previo debidamente planificado. En la medida en que se conocen y se cumplen estos trámites, se podrá finalmente concluir que la contratación es objetiva. Se entrelaza entonces la planeación con el principio de selección objetiva en esta causal por lo inmediato de la selección y porque no generar estos requisitos previos ó generar otros por fuera de lo que normativamente se disponen, pudiera viciar la selección del futuro contratista.

1.1. De los permisos y autorizaciones previas para contratar

El ordenador del gasto no requiere de permisos y autorizaciones previas para contratar por la causal de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión,

independientemente del tipo de entidad pública. Sin embargo, persiste un debate en lo que corresponde a la contratación por parte de municipios y gobernaciones, que en ocasiones genera la exigencia por parte de órganos de control de hacer entrega para este tipo de contratos de la correspondiente autorización otorgada por el Concejo o Asamblea Departamental para contratar, lo que llevaría a generar documentación por exceso que se encuentra por fuera de la órbita legal, y que desde esta instancia inicial rompe con la estructura adecuada del proceso, por lo que resulta necesario realizar las siguientes precisiones.

La Constitución Política de Colombia (1991; art. 313, núm, 3), atribuye a los concejos municipales la reglamentación de las facultades para los alcaldes, quienes a su vez deben solicitar las mismas en ciertos tipos contractuales. Conviene entonces precisar si la causal de contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión hace parte de dicho requerimiento previo.

Con el advenimiento de la Ley 1551 (2012), se precisa una estrecha relación de las tipologías contractuales, al conceder potestad decisoria a los concejos municipales para contratar sólo en los siguientes casos:

- 1) Contratación de empréstito; 2) Contratos que comprometan vigencias futuras; 3) Enajenación y compraventa de bienes inmuebles; 4) Enajenación de activos, acciones y cuotas partes; 5) Concesiones; y 6) Las demás que determine la ley (art. 18).

De forma taxativa se establecen cuáles son los contratos sobre los que a nivel municipal procede la autorización del Alcalde para contratar, y en lo que respecta al núm. 6 “las demás que determine la ley”, no puede interpretarse como las demás que estime a su arbitrio el Concejo Municipal; trata entonces de otras que se encuentren definidas en una ley específica. Tal es el

caso de la autorización concedida por el Concejo Municipal a los alcaldes municipales para la contratación del seguro de vida.

Como ejemplo de este tipo normativo abierto se tiene que la Ley 617 (2000) dispone que: los alcaldes tendrán derecho durante el período para el cual han sido elegidos a un seguro de vida, y para tal efecto, el Concejo autorizará al alcalde para que contrate con una compañía de seguros legalmente autorizada el seguro previsto (Art. 87).

Nótese entonces como el legislador, en ejercicio de su atribución de configuración normativa, ha establecido en la Ley 1551 (2012), un razonable límite a la función enunciada por el constituyente, al enunciar taxativamente cinco (5) potestades de autorización para contratar a los concejos, ha dejado abierta una posibilidad de que el propio legislador establezca nuevos eventos de autorización que se deba dar del Concejo al Alcalde para contratar, descartando que la exigencia dada a estos cuerpos colegiados sea efectivamente predicable de todo contrato, asunto que refrenda que la función constitucional no es para todo contrato sino para los que defina la ley.

En este escenario resulta claro que los cinco (5) tipos contractuales fijados en la Ley 1551 de 2012, sumados a aquellos casos específicamente reglamentados en otras normas, que también contemplen expresas autorizaciones por parte de los concejos municipales, son los que puede autorizar la corporación a un Alcalde municipal.

Por lo anterior, no puede adicionarse como exigencia previa para la causal de contratación objeto de estudio la facultad del Concejo Municipal para la celebración de estos contratos, por el simple hecho de no hacer parte del listado taxativo de rango legal y porque dentro de las condiciones previstas en la Ley 1551 de 2012 (art. 18, núm. 6, par. 4) otra disposición del mismo grado pudiera incluir esta exigencia. Posibles autorizaciones previas a

nivel municipal no son exigidas como forma adicional de concretar el principio de selección objetiva en esta contratación.

Los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales cuentan entonces con una autorización general para celebrar contratos estatales proveída por la Ley 80 de 1993 (art. 11, núm. 3, lit. b).

Algo similar ocurre en el nivel territorial departamental, para el cual si bien no existe norma específica que reseñe los casos en los que una autorización de la Asamblea Departamental sea requerida, como si lo hay para el nivel municipal y distrital, y el (art. 300, núm. 9) constitucional viene a señalar que corresponde a este cuerpo colegiado por medio de ordenanza autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos, el Consejo de Estado, de manera integradora viene a cerrar la discusión de años, al precisar que:

en principio y por regla general, los gobernadores no requieren de una autorización particular por parte de las asambleas departamentales para poder celebrar cada uno de los contratos que vinculen a la administración departamental. El artículo 300, numeral 9, de la Constitución Política exige una autorización excepcional, restringida a los contratos que el legislador someta expresamente a dicho requisito (Sentencia 67250, 2022).

1.2. Del Acto de justificación previo

El legislador prevé en la Ley 1150 (2007), el deber de la entidad pública de “justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar” (art. 2).

La contratación directa, entendida como el procedimiento a través del cual la administración escoge al titular del contrato, sin que medie un proceso de selección reglado, se

rige por los principios rectores de la contratación estatal contenidos en el EGCAP (1993), de transparencia (art. 24), economía (art. 25), responsabilidad (art. 26), a los principios constitucionales de la función administrativa (art. 209), la gestión fiscal (art. 267), como también al principio de planeación desarrollado jurisprudencialmente.

De lo anterior, se desprende el denominado principio de motivación de las decisiones contractuales, que obliga a la entidad a justificar la escogencia del contratista para asegurar que la selección sea objetiva (Consejo de Estado, Sentencia 37044, 2011).

Es así como en razón a lo especialísimo de esta modalidad de contratación, el legislador ha dispuesto una instancia previa de justificación, señalando sobre el particular que se requiere de acto administrativo debidamente motivado, que debe contener como mínimo la siguiente información:

- 1) El señalamiento de la causal que se invoca; 2) La determinación del objeto a contratar;
 - 3) El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista; y 4) La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.
- (Decreto 2474, 2008; art. 77)

Pero al mismo tiempo se dispone normativamente en el Decreto 1082 (2015) en su artículo 2.2.1.2.1.4.1, como excepciones a este acto, las siguientes: a) contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; b) para la contratación de empréstitos; c) los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio Hacienda y Crédito Público con el Banco República, que por su puesto no es aplicable al nivel municipal.

Aunque podría adicionarse a las excepciones el caso de la contratación que se derive de una urgencia manifiesta, dado que allí el acto administrativo que la decreta, hará las veces de este acto.

Las excepciones al acto de justificación se centran en razones de reserva, de premura en la contratación por circunstancias extraordinarias y existencia de otros documentos que pueden sustituir en últimas esta justificación.

La causal de contratación directa contenida en la Ley 1150 de 2007 (art. 2, núm. 4, lit. h), es de carácter “*intuitio personae*”, lo cual permite a la entidad contratar al profesional o personal de apoyo que considere puede darle los resultados que requiere la administración y que en virtud de la confianza, discrecionalidad, conocimiento de las calidades como futuro contratista, no se haga necesario adicionar el acto de justificación de su contratación, en la medida en que la motivación y necesidad de esta se ve irradiada en los estudios previos, análisis del sector y otros documentos generados por ente territorial en la etapa precontractual.

1.3. Diferencias entre la prestación de servicios profesionales y el apoyo a la gestión.

Mediante la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado (2013), precisa que esta causal tiene un carácter restrictivo y se impide su aplicación por fuera de sus contenidos normativos sistemáticamente articulados con el ordenamiento jurídico predicable de la contratación pública. Este desarrollo legal y jurisprudencial permite concluir que esta contratación es aplicable de un lado en aquellos eventos que,

tengan por objeto la prestación de servicios profesionales, y del otro en todos aquellos casos en que los requerimientos de la entidad estatal tengan por objeto otras prestaciones

de servicios de apoyo a la gestión que deban desarrollarse con personal no profesionalizado. (Sentencia 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719))

La vinculación de orden profesional obedece a criterios objetivos, que si bien se desarrollan en el marco de una contratación directa, la gestión previa de la entidad debe evidenciar la objetividad en su contratación, la cual necesariamente debe estar relacionada con la gestión administrativa o funcionamiento de la entidad requirente, bien sea en acompañamiento, apoyo o soporte, en aras de proporcionar, aportar, apuntalar o reforzar el cumplimiento de fines del Estado; a su vez esta demanda un saber intelectual cualificado, identificable e intangible que implique un esfuerzo que comprometa conocimientos y que pueda desarrollarse bajo los subtipos de profesionales o especializados.

La sola condición de profesional o especialista no puede constituirse en un criterio objetivo de contratación de prestación de servicios profesionales, sino se entrelaza con el objeto y necesidad que la entidad haya evidenciado desde los estudios y documentos previos, en los que se debió haber hecho descripciones precisas en torno las calidades profesionales requeridas, así como del nivel académico que se estima puede suplir la necesidad evidenciada y la experiencia que considerada como necesaria para el debido cumplimiento del futuro contrato.

Por su parte, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión corresponden al despliegue físico, mecánico o físico y por ende no requieren de personal profesional; el caso típico de estos últimos corresponde a las labores del personal de apoyo en archivo, organización de expedientes, servicios operativos, logísticos, entre otros, que permiten operativizar la administración.

Confundir los términos y contratar por la denominación incorrecta cercena la objetividad en la contratación, pues dependiendo de cada perfil se solicitará la documentación relacionada para acreditar idoneidad y experiencia.

1.3.1. ¿Las personas jurídicas pueden celebrar contratos por esta causal de apoyo a la gestión?

Si bien en principio se consideraba que estas contrataciones, para los efectos de la vinculación por servicios profesionales, solo podía realizarse con personas naturales, por la redacción misma de artículos de la Ley 80 (1993) en las que sólo se hace mención de persona natural, por vía jurisprudencial se ha venido reiterando que el contrato de prestación de servicios puede celebrarse tanto con personas naturales como jurídicas, como lo es el caso de la Sentencia del Consejo de Estado (2005), que señala que,

es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas. (Sentencia 11001-03-06-000-2005-01693-00 (1693)).

Formalizada a través del Decreto 1082 (2015), se dispone que,

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. (art. 2.2.1.2.1.4.9) Negrilla y subrayado fuera del texto.

Ahora bien, por las mismas condiciones particulares del contrato de prestación de servicios de apoyo logístico, que corresponden a actividades operativas, logísticas y asistenciales, la relación debe ser más inmediata, personal, operativa y directa por lo que resultaría una clara contratación celebrar este subtipo contractual con una persona jurídica.

1.4. Diferencias previas para entender el uso de la causal

La causal de contratación directa de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, hace necesaria su diferenciación para entender en qué casos hablar de los servicios profesionales, y en cuales de apoyo a la gestión; como también diferenciarla de otras causales o modalidades de contratación. Para Dávila Vinueza (2016),

la falta de entendimiento de este contrato y de conocimiento de otras tipologías contractuales ha llevado a que se utilice esta modalidad para abarcar otros contratos diferentes. Así ocurre con el transporte que tiene a su alrededor toda una normatividad. Empero, las entidades lo celebran bajo la figura del contrato de prestación de servicios solo adicionado por el vocablo transporte y, en general, con varios otros (págs. 859-860).

De ahí la importancia, del cumplimiento cabal de la carga de legalidad (núm. 12.4) para no dar al traste con la necesidad que se pretende satisfacer con la celebración del contrato. Siendo una causal de contratación directa, por lo que resulta casi que inmediata la suscripción del contrato, deberá tenerse especial cuidado de no acudir a ella para eludir un proceso de selección reglado, como pudiera ocurrir con la consultoría, de la que si bien tiene características comunes con la prestación de servicios profesionales, también resulta muy acentuada su diferenciación, y

que necesariamente deberá ser contratada a través de un concurso de méritos, salvo que el valor no supere el determinado para la mínima cuantía de la entidad, en cuyo caso deberá ser contratada por la modalidad de mínima cuantía.

El apoyo a la gestión no puede concebirse como un factor común a cualquier servicio de la entidad que permita su contratación directa, sino que deberá entenderse en los términos que reglamentariamente y jurisprudencialmente ya han sido precisados.

De tal suerte, la claridad de la necesidad y lo que se pretende de la contratación es fundamental al momento de diseñar el estudio previo, pues es lo que permitirá finalmente definir que esa necesidad puede ser suplida a través de la causal en estudio.

1.5.Montos en la contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión

Comúnmente se puede estimar que el valor asignado por honorarios no tiene límites, aunque el Decreto 1737 (1998) establece la prohibición de remuneración en los contratos “encaminados a la prestación de servicios en forma continua para asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total establecida para el jefe de la entidad” (art. 4).

Asunto, reiterado con el Decreto 2785 (2011), adicionado en el entendido que, de manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y para fiscales a

cargo del empleador. En estos eventos el representante legal de la entidad deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: i) Justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado; ii) Indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato; y iii) Determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener. (art. 1)

Y a renglón seguido se dispone en el párrafo 4, que “Se entiende por servicios altamente calificados aquellos requeridos en situaciones de alto nivel de especialidad, complejidad y detalle”.

Así las cosas, por prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión existe un límite de honorarios, y los valores asignados por estos conceptos deben ser razonados y proporcionados atendiendo las actividades a desarrollar por parte del futuro contratista.

La razón de ser de esta limitante se encuentra precisamente en la naturaleza de este tipo de contratos, que corresponden a labores de apoyo a la administración, de manera temporal, para atender asuntos de la administración teniendo de presente que no se cuenta con personal en la planta, o el que existe es insuficiente o los conocimientos que se requieren deben ser especializados. Por ello, carecería de sentido que se requiera de una persona para asumir actividades de las cuales el personal es insuficiente, existiendo un personal de planta inferior para la cantidad de tareas en esa área, y termine pagándose sumas que superen las del ordenador del gasto, siendo que el que se encuentra en planta realizando tareas similares recibe una suma ínfima. El límite entonces resulta altamente razonado y proporcionado. Estos aspectos de falta de coherencia y proporcionalidad la fijación de valores por honorarios se constituye en factores de subjetividad en la contratación, por fijar finalmente sumas de acuerdo con los intereses particulares del funcionario de turno.

De este punto, y teniendo en cuenta revisiones realizadas en el Sistema de Compra Pública (SECOP), se visualiza el enorme desfase que se produce en cuanto a los valores por honorarios pactados en muchos de estos contratos.

No puede perderse de vista que, si bien hay un componente intuitu persona asociado al contrato, no puede ello significar en forma alguna que el pago resulte caprichoso y sometido a la subjetividad del momento y de la persona contratista, pues al momento de definir el contrato y establecer sus honorarios debe aterrizar en la tarea que va a desplegar, actividades específicas y formas de realizarlo, sin tener aun definido la persona que realizará dichas actividades.

Todo proceso de contratación aún de forma directa, debe responder a un presupuesto oficial que debe ser justificado, para el caso de la causal de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, esté debe estar en función de unos honorarios proyectados por la entidad según criterios razonables.

La selección objetiva entonces apuntará a celebrar contratos sobre montos que estén debidamente autorizados y permitidos, recomendándose a las entidades fijar escalas que puedan ser modificadas anualmente en función de los incrementos en la asignación del ordenador del gasto incluidos sus factores prestacionales, de tal suerte que se evite que la discrecionalidad genere en algunos casos tasaciones subjetivas.

1.6. Estructura de los estudios previos

En este documento esencial para el proceso de selección, se debe identificar con absoluta claridad que la necesidad evidenciada sólo puede ser suplida a través de un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y que el objeto a contractual no puede ser contratado mediante otra modalidad de selección, y debe este documento responder al

alcance y objetivos reales que se pretende contratar. Así mismo, evitar incluir en el un objeto que venga a suplir o a sustituir actividades de planta de la entidad, pues tal situación haría inviable la contratación por esta causal, en la medida en que personal de la planta ya se encuentra en ejercicio de esta actividad. De allí la importancia de que al momento de elaborar los estudios previos se cuente con el manual de funciones de la entidad para efectos de las verificaciones correspondientes y que el estudio que se realice de este manual se encuentre suficientemente documentado en el estudio previo.

Dentro del estudio previo se debe justificar adecuadamente el plazo razonable de ejecución del contrato, el cual debe responder al término estrictamente indispensable. Análisis este que deberá ser realizado en cada caso en particular.

Como requisito imprescindible e indispensable para contratar por esta modalidad de selección, y de lo cual también debe dejarse evidencia en el estudio previo, está la necesidad de contar con un profesional que pueda suplir la carencia que en este sentido tiene la entidad o en su defecto, contar con una persona del nivel técnico, logístico o asistencial que supla igualmente la necesidad de apoyo administrativo o de gestión en un área específica de la administración pública.

Estas carencias, a la luz de la Ley 80 de 1993, (art. 32, núm. 3), y posteriormente el Decreto 1737 de 1998, modificado por el Decreto 2209 de 1998, se pueden producir por tres circunstancias específicas, que resultan ser:

1. Cuando no exista personal en la planta que pueda desempeñar tales actividades.
2. Cuando el personal de planta resulta insuficiente
3. Cuando se requiera de conocimientos especializados, que en últimas viene siendo igualmente una extensión de la no existencia de personal en planta; pues de existir en la planta

personal especializado para asumir una labor específica la administración no tendría la necesidad de contratar de manera externa un profesional especializado.

Y se puede estar adicionando una cuarta circunstancia, según lo previsto en la Ley 1474 de 2011 (art. 83), cuando se señala que, para la supervisión de los contratos estatales, que constituye una labor exclusivamente de la planta de la entidad, ésta podrá contratar personal de apoyo, por medio de la figura de contrato de prestación de servicios. En otras palabras, y recurriendo Rosero y Rojas (2017), en este último caso existe personal de planta para las labores de supervisión de contratos, no se requiere de conocimientos especializados ni técnicos pues la supervisión solo de manera excepcional tiene asociado estos componentes, por virtud de lo dispuesto en la misma ley, pero se permite contratar personal de apoyo para estas labores, a fin de poder desarrollar de mejor manera estas labores de supervisión.

Cuando se dan los presupuestos señalados, la administración adelantaría una contratación directa, que, por el hecho de ser directa, no exime a la entidad a seguir los principios de la selección objetiva, así como de considerarlo, y pese a encuadrar la necesidad dentro de esta tipología contractual, poder determinar la conveniencia de adelantar un proceso público, o incluso de solicitar varias ofertas, pues el recibir una sola oferta es sólo una opción dada por la norma.

Los anteriores aspectos deben estar suficientemente contenidos y explicados en el estudio previo, documento en el cual debe condensarse el alcance del contrato, tiempo máximo de contratación, valor del presupuesto oficial, además del deber de registrar obligaciones claras del futuro contratista, pues dependiendo de esta claridad es que se podrá hacer verificación de cumplimiento en los futuros informes que éste presente ya en ejecución del contrato. Se desvirtúa una contratación por esta causal si dentro del estudio previo se hace inclusión de

actividades de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, lo mismo que asignar un horario de labores.

Es en este documento donde finalmente se vendría a advertir si la entidad requiere realmente un contratista de apoyo o una persona de planta para las labores misionales requeridas, y en este último caso deberán adelantarse los trámites administrativos y presupuestales que correspondan.

Finalmente, el estudio previo debe registrar un valor de presupuesto oficial y una forma de pago; sobre el particular no se puede pasar por alto que pese a ser una contratación directa, está dentro de las opciones el ofertar un valor menor al presupuestado, las condiciones finales del contrato podrían ajustarse de acuerdo con las concertaciones de las partes, el contratista necesariamente debió realizar previamente un ofrecimiento válido a la entidad, el cual debió ser objeto de estudio por la administración, para concluir que es un ofrecimiento que satisface los intereses de la entidad.

1.7. Recomendaciones en la etapa de planificación del contrato

- 1) Prever antes de contratar que el objeto del contrato y valor se encuentre incluido en el plan de adquisiciones de la entidad, el cual debe estar publicado al SECOP.
- 2) Si los recursos corresponden a recursos de inversión, la ficha BPIN debe responder al mismo objeto y alcance que luego se concreta en el estudio previo.
- 3) Si los recursos son de regalías deberá documentarse y anexarse al expediente contractual los actos de aprobación e incorporación de recursos.
- 4) Elaborar adecuadamente el análisis del sector en cada caso, siguiendo las orientaciones de las guías de Colombia Compra Eficiente.

2. De la objetividad de la selección desde la etapa de selección del oferente

Al tener definido el tipo de contrato dentro de la causal objeto del presente artículo, se debe proceder finalmente a la selección del oferente, para lo cual se deberá tener en cuenta, lo siguiente:

2.1. Extender invitación

Resulta conveniente, extender invitación formal a esa persona persona natural o jurídica que se estima desde la entidad convocante puede satisfacer la necesidad planteada en el estudio previo. Si bien resulta una contratación conocida también como a dedo, y ser intuitu personae, no existe manera de justificar el conocimiento que tuvo el futuro contratista del trámite que se adelantaba previo a su contratación si no es mediante una comunicación que se le extendiera. Ello es de la esencia de cualquier trámite contractual objetivo, pues de lo contrario no quedaría evidencia de la manera en que se percató éste de la existencia de la necesidad.

Conviene igualmente tener claro que el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 del 2015 dispone que para el uso de esta causal no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. Lo anterior no puede entenderse, como lo han entendido muchas entidades, que se tiene restringido solicitar ofertas a varias personas. La existencia de una sola oferta es una opción, pero no es regla, y es por ello que la entidad debe valorar en cada caso si varias personas le pudieran eventualmente ofrecer el servicio profesional o de apoyo a la gestión y solicitar de ellas oferta y escoger ahí sí al mejor proponente. Si la entidad opta por no requerir varias ofertas, se deberá dejar constancia escrita por parte del ordenador del gasto.

Sea una o varias las invitaciones que se extiendan, deberá dejarse la evidencia documental en el expediente del proceso, con la debida constancia del recibido.

2.2. Recepción de la oferta.

Es importante que pese a ser una contratación directa, se genere la relación previa de interlocución entre la entidad y el oferente, presentando éste último como consecuencia de la invitación que se le extendiera, un documento en que se evidencie la aceptación de ese ofrecimiento y el valor por honorarios que propone, el cual no puede estar por encima del previsto por la entidad desde los estudios previos, pues de lo contrario no quedaría evidencia del ofrecimiento económico realizado, que es el soporte para la tasación del futuro valor contractual.

2.3. Revisión de la hoja de vida y sus soportes

Hacer revisión juiciosa de la oferta presentada y de la hoja de vida entregada (Entregada en el formato de la Función Pública con el anexo de declaración de bienes) y sus soportes de idoneidad y experiencia relacionada con el área de que se trate, como lo dispone el Decreto 1082 de 2015 (art. 2.2.1.2.1.4.9) es un requisito indispensable para este tipo de contrataciones, el cual debe estar suficientemente acreditado y soportado en el expediente contractual.

Doctrinariamente se ha venido estableciendo a lo largo de los últimos años, que la idoneidad se encuentra referida a los estudios y formación profesional acreditados por el contratista, en tanto que la experiencia corresponde al ejercicio de la actividad de forma que pueda ser acreditada y que guarde relación con el contrato que se pretende celebrar. A modo de ejemplo, la sola condición de abogado no le permite a un profesional de ésta área ser contratista en un contrato para la asesoría y acompañamiento en procesos de jurisdicción coactivo si no

logra acreditar experiencia específica en éste campo específico. Y es que el derecho cuenta con un amplio espectro que debe ser detallado al momento de identificar la experiencia específica requerida desde los estudios y documentos previos.

Y si bien el Decreto 1082 de 2015 (art. 2.2.1.2.1.4.9), dispone que la idoneidad y experiencia debe ser un requisito para los contratos tanto profesionales como los de apoyo a la gestión, es forzoso llegar al consenso que, en el último de los presupuestos, no podría acreditarse la condición de idoneidad por corresponder a labores de tipo asistencial. Y es que, por la naturaleza misma de este tipo de vinculación, que corresponderían a actividades de apoyo logístico, operativo o material, no se demanda ni puede predicarse el conocimiento y estudios previos en un área específica.

Conviene igualmente tener claro a partir de qué momento puede predicarse la existencia de la condición de profesional para una persona. Asunto que conlleva a referenciar lo previsto en el Decreto 019 (2012), el cual ha presupuestado,

para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior. Se exceptúa de esta regla las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional, se computará a partir de la inscripción o registro profesional (art. 229).

De lo anterior se puede concluir que no es el grado, obtención de matrícula profesional o licencia en los casos de profesiones que lo requieran, el factor determinante para poder iniciar el computo de tiempo para la experiencia profesional. Será ésta contabilizada a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior, siendo la única excepción las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad en salud, tales como

medicina, entre otras. Ahora bien, la entidad dentro de las condiciones y exigencias del proceso podrá de manera discrecional exigir tarjeta profesional, años de experiencia mínimos y otras especificaciones que a su juicio permitan asegurar la idónea ejecución contractual.

Esta condición de idoneidad y experiencia, debe estar debidamente documentada dentro de los documentos del proceso como requisito sine quanon de una selección objetiva, resultando de la esencia de esta causal, y la condición que evidencia de mejor manera el cumplimiento de una selección objetiva, pues permite establecer un requisito habilitante de participación y finalmente de selección adecuada del contratista.

Por último, las personas jurídicas al momento de su contratación directa por la causal objeto de estudio, imponen para la entidad estatal un especial cuidado en la verificación de la condición de la idoneidad, que en dicho caso estará definida por el objeto social de la respectiva persona jurídica, contenido en su certificado de existencia y representación legal; y a la revisión y acreditación del personal que prestará el servicio con sus respectivas hojas de vida.

Como viene a señalarse en Sentencia de Unificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo (2013), refiere que,

algo evidente de todo contrato de prestación de servicios, independientemente de su modalidad, es su intangibilidad, como consecuencia de una actividad inteligente del ser humano ejecutor del contrato o, tratándose de personas jurídicas, de quienes prestan el servicio en nombre y representación de estas (Sentencia 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719), 2013).

Con la información entregada por el oferente referente a su idoneidad y experiencia, y luego de valorada la misma, se debe elaborar un certificado. No es recomendable realizar una certificación de plantilla que simplemente generalice que la persona cuenta con idoneidad y

experiencia sin especificar por qué reúne estas condiciones; y, en este documento deberían relacionarse aquellos documentos que motivan al suscriptor de la misma a estimar que dicha persona cuenta con las condiciones requeridas para el contrato que se pretende.

Recomendaciones relativas a la suscripción del contrato y publicidad

Como aspectos no menos importantes son el suscribir contrato como requisitos de perfeccionamiento, para lo cual se sugiere adoptar al momento de celebrar el contrato la minuta modelo tipo adoptada por Colombia Compra Eficiente, ya habiendo agotado todos los requisitos anteriores, incluyendo la designación del supervisor del contrato.

Momento en el cual se debe registrar en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público (SIGEP), administrado por el DAFP, la información de hoja de vida, previa habilitación por parte de la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces. Y del mismo modo realizar la publicación en el SECOP como mínimo el contrato, acto de justificación y los estudios previos, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato.

Los anteriores aspectos, denotan la culminación de un proceso planeado y planificado, como expresión última de la objetividad que tuvo la administración en la gestión del proceso contractual, que debe obedecer no solo a los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales, sino a aquellos que sean identificados y presupuestados por cada una de las entidades en sus manuales de contratación y de procedimientos, que, de manera específica, permita materializar este tipo de contratación.

Conclusiones

La causal de contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión hoy es indebidamente utilizada por algunas entidades públicas, generando exceso en las contrataciones que se realizan a través de ella y el espacio propicio para plantear modificaciones y reglamentaciones a la figura con medidas que han empezado a implementarse. Todo lo anterior sólo con el propósito de lograr contratos por esta causal cada vez más ceñidos a las particularidades que le son propias y finalmente a una contratación realmente objetiva. Pero para lograr esto es necesario tener claros conceptos y derroteros como los analizados en el presente trabajo, que al ser debidamente conocidos y aplicados le permitirán al operador contractual celebrar contratos que respondan a las necesidades reales, concretas y particulares, logrando el cumplimiento de la función pública.

Con independencia de los cambios que pretendan ser introducidos en el país con ocasión a la causal objeto de la presente investigación, el principio de selección objetiva debe permanecer inmutable, por lo que los lineamientos dados en la presente investigación permanecerán vigentes, pues no están sujetos a regulaciones adicionales que puedan ser introducidas, sino a la concepción misma de la causal y a aspectos que resultan estructurales.

Es así que tener claridad sobre la forma de contratación, los requisitos previos a cumplir, las condiciones y aspectos a valorar del oferente, e incluso la forma de escogencia del mismo, son en últimas los aspectos que se traducen en una selección objetiva y que ofrecen herramientas para una correcta actuación administrativa.

Los interrogantes que formulan los órganos de control, y la ciudadanía en general se centran en la manera el oferente o proponente llegó a tener conocimiento de las condiciones del proceso, cómo se formuló propuesta a la entidad, como se verificó la idoneidad y experiencia del Contratista, si se concertó de manera previa el componente económico del futuro contrato y si se encuentran asociados a la contratación eventuales riesgos de corrupción. Estos aspectos responden a la necesidad de una contratación objetiva, y los mismos fueron desarrollados en el presente trabajo, ofreciendo respuestas, orientaciones y guías que amplían el conocimiento del operador contractual y con los cuales se da cumplimiento a los objetivos general y específicos planteados.

Por último, se puede concluir que la inobservancia del deber de selección objetiva, generará las sanciones disciplinarias y eventualmente penales, sin contar con investigaciones de la Contraloría si hay afectación del Erario. Es por lo anterior que el cumplimiento de unos estándares mínimos, así como contar con información precisa como los que se han dejado en el presente trabajo de investigación, permitirá evidenciar el cumplimiento efectivo del principio de selección objetiva.

Referencias

Acero Chacón, A.R. (2016). *Principio de selección objetiva y único oferente en la contratación estatal. Universidad militar “nueva granada”*. Especialización en derecho administrativo.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14677/1/AceroChaconAndresRicardo2016.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. 07 de julio de 2021.

Benavides, J.L. (2010). *El contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1976). *Ley 150 de 1976*. D.O. No. 34.492.

Congreso de la República de Colombia. (1983). *Ley 80 de 1993*. D.O. No. 41.094.

Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 617 de 2000*. D.O. No. 44.188.

Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150 de 2007*. D.O. No. 46.691.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1474 de 2011*. D.O. No. 48.128.

Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 1551 de 2012*. D.O. No. 48.483.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2011). *Sentencia 37044, 2011*, C.P. Enrique Gil Botero, 7 de marzo de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2011). *Sentencia 17767, 2011*, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, 31 de enero de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (2011). *Sentencia Radicado 50001-23-31-000-2006-00531-01 (2306-2014)*. C.P. Enrique Gil Botero, 7 de marzo de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018). *Sentencia Radicado 11001-03-26-000-2014-00035-00 (50222)*, C.P., Marta Nubia Velásquez Rico, 24 de mayo de 2018.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2022). *Sentencia Radicado 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-2019)*, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, 17 de febrero de 2022.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (2023). *Sentencia Radicado 11001-03-24-000-2022-00393-00 (69.231)*, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, 22 de febrero de 2023.

Consejo de Estado. (2013). *Sentencia Radicado 11001032600020110003900 (41719)*. M. P. Jaime Orlando Santofimio, 2 de diciembre de 2013.

Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo. (2013). *Sentencia Radicado No. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719)*, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2 de diciembre de 2013.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2005). *Sentencia Radicado 11001-03-06-000-2005-01693-00 (1693)*, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, 23 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-723*, M.P. Aquiles Arrieta Gómez: 16 de diciembre 2016

Corte Suprema de Justicia. (2022). *Sentencia 67250 de 2022*, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, 13 de julio de 2022.

Dávila Vinuesa, L.G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis.

Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP. (2022). *Circular Conjunta No. 100-005 2022, Lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad - vigencia 2023*, 29 de diciembre de 2022.

Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP. (2022). *Circular Externa 100-008 de 2022. Diligenciamiento obligatorio formulario reporte contratos prestación de servicios personas naturales y jurídicas-vigencia 2022*, 12 de septiembre de 2022.

Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP. (2023). *Circular Conjunta No. 01 del 2023, Lineamientos para la celebración de contratos de prestación de servicios previstos en el artículo 2, numeral 4, literal h, de la ley 1150 de 2007 - Vigencia 2023, 5 de enero de 2023.*

Matallana Camacho, E. (2021). *La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas.*

<https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/86ec976d-aa6a-456c-b193-a12912cabfbc>

Miranda Medina, M.J. (2015). *La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla.* Tesis: Universidad Santo Tomas.

Presidencia de la República de Colombia. (1983). *Decreto-Ley 222 de 1983.* D.O. No. 36189

Presidencia de la República de Colombia. (1998). *Decreto 1737 de 1998.*

Presidencia de la República de Colombia. (2008). *Decreto 2474 de 2008.*

Presidencia de la República de Colombia. (2011). *Decreto 2785 de 2011.*

Presidencia de la República de Colombia. (2012). *Decreto 019 de 2012.*

Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1082 de 2015.* D.O. No. 49.523.

Presidencia de la Republica de Colombia. (2022). *Directiva Presidencial 08 de 2022, Directrices de austeridad hacia un gasto público eficiente, 17 de septiembre de 2022.*

Rodriguez, L. (2005). *Derecho administrativo general y colombiano.* Editorial Temis.

Rodriguez Tamayo, M.F. (2022). *Los contratos en Colombia.* Tirant lo blanch.

Rosero Melo, B.C. (2019). *Contratación Estatal: Manual teórico práctico.* Ediciones U

Rosero Melo, B.C. & Rojas López, M.D. (2017). *Contratación estatal: Interventoría y supervisión.* Ediciones U

Suarez Beltrán, B. (2009). *La nueva contratación pública en Colombia*.

Villamizar Gómez, I; Delgado Neira, J.L. y Bayona, C.F. (2019). *Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la Contratación Estatal*. Ius Praxis. pp.133-150.

https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux_praxis/article/download/7041/6211