

# CONTRATACIÓN DIRECTA, EXCEPCIÓN ¿O REGLA EN COLOMBIA?



# Contratación directa, ¿excepción o regla en Colombia?

## Proyecto de investigación

09 / 16 / 2021

*Realizado Por:*

*Marlon Pabón*

*Componente Administración Pública-  
Coordinador*

*Camilo Mancera*

*Observatorio de Justicia Electoral –  
Coordinador*

*Angélica Contreras*

*Observatorio Justicia Electoral-Investigadora*

*Luisa Cajamarca*

*Observatorio Justicia Electoral-Investigadora*

*Alejandra Pamela San Martín Ríos y Valles*



# 1. Introducción

## 1.1. Importancia de analizar la contratación pública y en especial la contratación directa. Lucha por la transparencia.

Según las declaraciones del Contralor General, Carlos Felipe Córdoba, Colombia pierde aproximadamente, cincuenta (50) billones de pesos al año en corrupción, equivalente al 17% del Presupuesto General de la Nación, que para el año 2020 fue de \$303 billones de pesos (Noticias Uno, Portafolio 2018). Esto demuestra que el fenómeno de la corrupción no es solamente una percepción que tiene la ciudadanía en general, sino que representa un riesgo real para el país, pues las constantes irregularidades que giran alrededor de esta problemática han afectado el erario público desde hace años.

Dichas cifras son alarmantes desde la perspectiva en que se analicen. Evidencian que las múltiples medidas adoptadas para favorecer la transparencia y la vigilancia por los entes de control han sido insuficientes, una mala intención de quienes, desempeñando cargos públicos, utilizan prácticas corruptas para satisfacer intereses particulares, y especialmente, revelan la cantidad aproximada de dinero público que en lugar de ser invertido en beneficio de la ciudadanía, es desviado hacia particulares. Los más afectados con estas prácticas de corrupción son las poblaciones, que pierden frecuentemente la oportunidad de ver materializadas políticas públicas cuyo fin sería mejorar los niveles de vida en sus territorios.

El detrimento patrimonial causado por los hechos de corrupción impide que la sociedad reciba efectivamente lo que el gobierno destina o lo que tiene la capacidad de proporcionar, pues en el proceso, grandes sumas de dinero son desviadas antes de que se ejecuten proyectos que serían de gran utilidad y aprovechamiento para comunidades enteras, como ocurre con los contratos destinados a la construcción de escuelas, hospitales, vías o centros de recreación y la contratación de servicios de alimentación, tratamientos médicos, clasificación y uso del suelo, entre otros.

Es por ello que es importante tener presente que la corrupción no solo genera un beneficio indebido a particulares, sino que conlleva una afectación directa a los derechos humanos de las personas, entre ellos a los de la igualdad, la educación, la salud y la vida digna.

Si bien el fenómeno de la corrupción tiene múltiples formas, actores y contextos, los impactos que puede llegar a tener son devastadores para todos los países, y Colombia no es la excepción. Retomando el análisis que realizó la Corte Constitucional sobre este tema, se destacan las siguientes dimensiones con relación al impacto que genera la corrupción:

La  
transparencia  
favorece que  
se respeten  
condiciones  
que  
fortalezcan la  
moralidad  
administrativa  
y que se  
haga buen  
uso de los  
recursos  
públicos

- “Política: reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado, ya que genera el desprecio por los intereses de la comunidad y sus miembros, quienes se sienten ajenos, apáticos y desconcertados frente a las decisiones adoptadas por el poder político, lo que deslegitima las instituciones y sus actuaciones.
- Económica: afecta la inversión, aumenta los costos económicos, elimina la competencia y facilita los monopolios de hecho, entre otros efectos.
- Administración pública: produce la desviación de los recursos públicos a los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo que disminuye el gasto público para atender necesidades sociales prioritarias. De igual forma, incide negativamente en el correcto funcionamiento de las instituciones del Estado, es decir, afecta la prestación del servicio con base en los principios que orientan la función pública.” (Corte Constitucional, Sentencia C-944 de 2012).

El informe presentado por la CIDH (2019) sobre “Corrupción y Derechos Humanos”, señala dos elementos que son aplicables para esta investigación. El primero contempla que el fenómeno de la corrupción no se constituye únicamente por los actos que están tipificados -que en este caso son los delitos con los que se busca proteger a la administración pública-, sino también por las diferentes prácticas que tienen como propósito generar un abuso o desvío del poder público para beneficiar a un privado.

El segundo elemento se encuentra relacionado con los actores involucrados en la corrupción, los cuales pueden ser estatales por un lado (autoridades y funcionarios) y no estatales por el otro (proveedores del Estado, por ejemplo). Bajo este contexto, los contratistas, en calidad de agentes no estatales, adquieren gran relevancia en la búsqueda de favorecimientos personales que terminan en el abuso y desviación de poder por parte de los funcionarios públicos.<sup>1</sup>

En ese sentido, este estudio se enfoca en abordar distintos elementos o prácticas que, si bien formalmente cumplen con los mandatos legales, dejan al descubierto las vulnerabilidades del marco normativo frente a prácticas contrarias a la transparencia en los procesos de contratación, generando entornos que favorecen o generan riesgos de corrupción administrativa, a través de un uso excesivo o indiscriminado de la modalidad de contratación directa con sumas realmente cuantiosas.

Este fenómeno no solo guarda relación con el ejercicio de poder, las deficiencias en los controles a la contratación pública y la falta de mecanismos eficaces de

---

<sup>1</sup> En Colombia hay un tercer elemento que es importante tener en cuenta en el análisis de las diferentes variables que intervienen en la corrupción, y es la presencia de actores armados ilegales, que como se ha demostrado en diversas investigaciones, han participado activamente en la apropiación de los recursos públicos. Es importante anotar que este estudio no contempla este factor de afectación en la contratación por parte de la administración pública.

seguimiento a su ejecución, sino que como se evidencia en la presente investigación, también derivan de una normatividad dispersa, ambigua e innecesariamente compleja, que revierte la relación regla – excepción entre las modalidades competitivas y transparentes de contratación, respecto de aquellas que no lo son. En el presente análisis se observan diversas prácticas que, si bien pueden estar ajustadas al marco normativo, generan riesgos de corrupción, que no pueden ser obviados. Entre ellas destacan: optar por la modalidad de contratación directa frente a procesos que podrían ser adjudicados a través de otros mecanismos que generaran mayores garantías tanto al Estado como a la ciudadanía, la asignación recurrente de estos contratos a los mismos contratistas, la heterogeneidad en la documentación soporte a los procesos adelantados, y el abuso de la ampliación en la cuantía de los contratos.

Ahora bien, la contratación directa es una modalidad de selección que permite a las entidades públicas celebrar contratos sin necesidad de llevar a cabo una convocatoria pública, facilitando y agilizando así el proceso de adquisición de bienes o servicios. Uno de los problemas más graves en la contratación pública, consiste en que se ha venido normalizando el uso de excepciones incorporadas a la normatividad colombiana que permiten suscribir contratos de forma directa. Estos, por ley son excepciones a la regla de la competencia, sin embargo, en Colombia su uso es bastante frecuente, y abre múltiples puertas a las prácticas posiblemente corruptas o con mayores riesgos de corrupción.

En esta modalidad directa hay una alta discrecionalidad del funcionario, ya que la selección no es el resultado de una competencia que permita comparar ofertas y garantizar el interés general en el uso de los recursos del Estado, sino que es únicamente el resultado de una aplicación de criterios que fija la entidad estatal para escoger al agente que va a satisfacer su necesidad. Esto abre la posibilidad de contratar a determinados agentes económicos para pagar favores, para obtener beneficios privados o como consecuencia de sobornos o amenazas. Si bien esta decisión está rodeada de muchas aristas, se trata de la decisión en sí de optar por cierto contratista, la que puede corromper el proceso de contratación.

Por el contrario, si bien ninguna modalidad de contratación está exenta, en sí misma, de generar riesgos o ser la vía para la ejecución de prácticas corruptas, se destaca la licitación pública como aquella que garantiza la mayor transparencia y, por ende, el principal sistema de selección de contratistas. Esto debido a que la licitación asegura una mayor concurrencia de oferentes con capacidad para ejecutar el contrato, incorpora la obligación de dar a conocer la convocatoria de contratación a través de medios electrónicos y los de publicación normal para asegurar la participación de una pluralidad de oferentes, y otorga la posibilidad a los proponentes de conocer pronunciamientos de la administración en desarrollo de la licitación y expresar observaciones.

En este sentido, cabe señalar la importancia que adquiere la transparencia en tanto principio rector de la gestión administrativa y contractual del Estado. Es así que, para disminuir posibles riesgos de corrupción, se requieren procesos de

compra transparentes, que den cuenta de un análisis objetivo de propuestas, de un proceso de adjudicación prudente y racional, y de la publicación oportuna de convocatoria y liquidación de los contratos a celebrar.

Bajo la tarea de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, las entidades públicas deben guiar su accionar por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Principios consignados en la normatividad colombiana cuyo fin consiste en regular los procesos de adquisición de bienes y servicios, como ocurre con la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

No obstante, el más claro esfuerzo legislativo para que los principios mencionados fueran aplicados en la contratación pública, con particular énfasis en lo referente a la transparencia, es la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se “introducen medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993”. El propósito de esta ley se dirige al logro de una contratación ágil y justa, así como una administración transparente, ordenada, objetiva y eficaz.

Lo anterior da cuenta de la introducción de la transparencia como un principio constitucional que proporciona, no sólo la ruta de cumplimiento general en la contratación estatal sino también el accionar de la función administrativa. Además, la transparencia resulta ser clave en el cumplimiento de los demás principios consagrados en la normatividad vigente, hecho que la eleva a un principio pilar de todo el sistema normativo y que asimismo, permite a la ciudadanía ejercer adecuadamente actividades de veeduría y control social para llevar a cabo una verdadera intervención participativa.

Por consiguiente, la transparencia favorece que en la contratación pública se respeten condiciones que fortalezcan la moralidad administrativa, que se haga buen uso de los recursos públicos, se disminuya la desviación de poder en las contrataciones irregulares y que se garantice la igualdad de condiciones para las partes intervinientes del contrato.

Para contrarrestar prácticas corruptas y garantizar medidas de transparencia al momento de suscribir contratos, se considera necesario detectar, como primer paso, los principales problemas. Identificar contratos con grandes cuantías adjudicados por entidades territoriales mediante contratación directa, así como comportamientos atípicos, como el hecho de contratar de forma recurrente a ciertos proveedores, montos significativamente altos, adiciones inquietantes, entre otros, serán el eje central del análisis.

## 1.2. Antecedentes de investigaciones relacionadas con la transparencia y los riesgos de corrupción

Como parte del ejercicio de control social del ejercicio del poder público, la lucha por la transparencia y contra la corrupción se ha consolidado como una constante en las investigaciones de la MOE. A partir de la experiencia adquirida, se ha advertido la necesidad de profundizar en el análisis de la contratación pública a fin de analizar el fenómeno de la corrupción política y electoral, desde sus distintas aristas.

El seguimiento a investigaciones y condenas relacionadas con hechos de corrupción en la Administración Pública, le ha permitido a la organización contar con un panorama amplio sobre la efectividad de los entes de control y las actuaciones de las entidades territoriales, en las cuales los recursos públicos se encuentran en riesgo. Asimismo, la elaboración del “Índice de Riesgos de Corrupción en la Contratación Estatal por Factores Electorales -IRCE-”, cuyo fin consiste en seguir brindando elementos que ayuden a comprender la relación entre financiación de campañas políticas y comportamientos atípicos en la contratación pública, puede constituirse como una herramienta para la geofocalización de estrategias que contribuyan a la investigación y sanción.

Adicionalmente, con ocasión de la pandemia por Covid-19, la MOE adelantó un monitoreo a la contratación pública celebrada para atender esta situación excepcional. Fue así que se elaboraron dos informes, uno al interior de la MOE nacional titulado “Caracterización de la Información - Seguimiento a la Contratación Pública Celebrada en el marco de la Pandemia por Covid-19”, y otro por parte de la regional Antioquia “Caracterización de la Información - Seguimiento a la Contratación Pública Celebrada en el marco de la Pandemia por Covid-19 en Medellín”. En estas dos investigaciones se incluyeron los contratos publicados y celebrados a través de las tres plataformas que conforman el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP: SECOP I, SECOP II y Tienda Virtual del Estado Colombiano.

## **2. Objetivos de la investigación**

A partir de la concepción de corrupción presentada y sus impactos, la MOE busca en este trabajo investigativo, realizar un análisis que permita determinar si se han presentado excesos en el uso de la contratación directa en el territorio nacional y cómo esta podría no solo estar relacionada con el fenómeno de la corrupción, sino favorecer la generación de escenarios donde esta se puede presentar con mayor facilidad. Así, el objetivo general consiste en analizar la contratación directa celebrada en el país con las mayores cuantías a partir de la información disponible en la plataforma SECOP I, para identificar comportamientos irregulares, a partir de la evaluación de diferentes sectores.

En este sentido, se plantearon los siguientes objetivos específicos: (i) analizar la contratación directa con mayores cuantías en todo el país, (ii) categorizar la contratación adjudicada por sectores temáticos, (iii) examinar el comportamiento

de contratistas a quienes entidades estatales han adjudicado contratos de forma directa, y (iv) determinar si hay territorios, administraciones o entidades que destinan grandes cantidades de recursos públicos a través de contratación directa.

## 2.1 Estructura del documento

Este documento está conformado por cuatro apartados, el primero de ellos aborda las decisiones metodológicas que fueron tomadas para seleccionar la muestra a analizar y efectuar el análisis de los contratos celebrados. En el segundo se incluyen los mecanismos, legales y operativos que han dado pauta a un uso amplio de la contratación directa como modalidad para la atención de los distintos servicios públicos y actividades a cargo del Estado. El tercero contiene los hallazgos del estudio y el cuarto finaliza con algunas recomendaciones. La caracterización y revisión contractual de acuerdo con la categorización por sectores se incluyen como anexos al presente documento.

## 3. Metodología

El análisis se realizó respecto de la contratación contenida en la plataforma SECOP I, celebrada durante los años 2019, 2020 y 2021, este último con fecha de corte del 8 de abril. En el marco de la alianza con la Secretaría de Transparencia de la Vicepresidencia de la República, se descargaron los datos del Portal Anticorrupción de Colombia –PACO- (<https://portal.paco.gov.co/>), pues cuentan con un proceso de depuración que contribuye a mejorar un poco la calidad de la información que contienen estos archivos.

La base de datos de 2019 contiene 1.137.622 contratos, adjudicados por la suma aproximada de 231 billones de pesos (\$231.195.764.296.056), la base del año 2020 contiene 930.902 contratos por la cuantía de 64 billones de pesos (\$64.145.051.030.745) y durante el 2021 se han firmado 287.451 contratos por la suma de 11 billones de pesos (\$11.929.017.516.252).

Como paso seguido, fue necesario aplicar una serie de filtros para consolidar la muestra de contratos a analizar. Se tomó la totalidad de contratos celebrados mediante Contratación Directa, luego de llevar a cabo una revisión normativa sobre esta modalidad de selección y con estos insumos, se eliminaron las causales de: convenios interadministrativos, arrendamiento o adquisición de inmuebles, contratación de empréstitos y contratos de encargo fiduciario que celebren entidades territoriales. Adicionalmente se eliminaron los procesos cuyo objeto a contratar consistiera en servicios financieros y de seguros.

Así, se logró reducir el conjunto de datos. El archivo de 2019 pasó a tener 583.215 contratos por la suma de 22 billones de pesos (\$22.588.199.339.944), la base de datos del año 2020 quedó conformada por 431.989 contratos adjudicados por la cuantía de 8 billones de pesos (\$8.105.519.818.269) y la base del año 2021 quedó



compuesta por 146.855 contratos celebrados por la suma de 2 billones de pesos (\$2.884.964.250.837).

Con el fin de reducir aún más la cantidad de contratos y consolidar una muestra representativa para el análisis, se calculó el promedio y la desviación estándar de los datos, tomando como referencia el valor total de los contratos adjudicados, es decir, la sumatoria del valor inicial del contrato y las adiciones presupuestales. Obtener la desviación estándar de estos procesos permite determinar qué tan dispersos se encuentran los datos con respecto a la media y con esto, seleccionar la muestra de contratos para adelantar los procesos de revisión.

No obstante, para el año 2019 se observó un comportamiento distinto de los datos en comparación con los años 2020 y 2021. En Bogotá D.C. se había adjudicado una cantidad bastante alta de contratos por una cuantía también elevada, lo que generaba una acumulación considerable de datos en esta ciudad y una tendencia diferenciada respecto de los demás territorios. Por esta razón, fue necesario aplicar dos cálculos de desviación estándar, uno para la totalidad de los datos excluyendo a Bogotá D.C. y otro cálculo exclusivamente para esta ciudad.

De esta forma, se tomaron 2 desviaciones estándar para el año 2019 (sin incluir a Bogotá D.C.) correspondiente a los contratos que fueron adjudicados por más de 2 mil millones de pesos (\$2.067.531.405), para un total de 233 contratos priorizados. Para el cálculo de Bogotá D.C. 2019 se tomaron 18 desviaciones estándar, seleccionando así los procesos firmados por una cuantía superior a los 15 mil millones de pesos (\$15.109.080.027) con un total de 78 contratos. Con relación al año 2020, se tomaron 10 desviaciones estándar para priorizar los procesos contractuales suscritos por más de 1.928 millones de pesos (\$1.928.199.266) que reunían 314 contratos. Por último, para lo corrido del año 2021, se tomaron 6 desviaciones que incluían los contratos adjudicados por un monto superior a los 768 millones de pesos (\$768.155.428), seleccionando así 210 contratos.

Estos cálculos permitieron reducir el universo a 835 contratos para conformar la muestra con la cual se basaría el estudio. Posteriormente se procedió a realizar una revisión individual de esta nueva base de datos con el propósito de consignar observaciones, bien sea de tendencias, posibles irregularidades, aspectos que llaman la atención y que por lo tanto requieren revisión, entre otros. Esta revisión detallada y las anotaciones hicieron posible categorizar los contratos seleccionados en 7 sectores temáticos: (i) Educación, (ii) Estrategias de Comunicación, (iii) Apoyo a Funcionamiento de Entidades Territoriales, (iv) Programas Asistenciales, (v) Ciencia y Tecnología, (vi) Obras y (vii) Salud.

El paso a seguir consistió en efectuar otra revisión, pero esta vez de cada sector para corregir los datos que fueron digitados erróneamente por las entidades estatales que adjudicaron estos contratos. Se rectificó y corrigió el nombre y NIT de la entidad contratante, la razón social y número de identificación, tanto del

contratista como del representante legal, el valor inicial del contrato, el valor de las adiciones que tuvieron lugar y el monto total del contrato, y por último la causal de contratación directa.

Mientras las bases de datos pasaban por los procesos de depuración y limpieza para contar con datos correctos, se eliminaron los contratos que presentaban las siguientes condiciones: (i) como causal se había diligenciado Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, pero en el documento del contrato se evidenciaba que se trataba en realidad de un Convenio Interadministrativo, (ii) el valor del proceso contractual, cuando se revisaba el documento del contrato, era inferior al resultado arrojado por el cálculo de la desviación estándar para el año en que el contrato fue firmado.

Como resultado de este proceso de revisión, se eliminaron 384 contratos. Este hecho llama la atención, pues la muestra se redujo notoriamente debido a que los contratos en mención presentaban errores de digitación, en el valor del proceso contractual o en la causal de contratación directa, lo que deja en evidencia el problema persistente de no contar con datos confiables, obstaculizando así el desarrollo de ejercicios de monitoreo y análisis. En este punto se ubica entonces un reto importante para las entidades estatales y organismos administradores de la información contractual, relacionado con el mejoramiento continuo de la calidad de la información, actividad que en estricto sentido contribuye a la transparencia.

Por consiguiente, la muestra del estudio finalmente quedó conformada por 452 contratos celebrados por la suma de \$2.039.278.896.007, de los cuales el sector Educación contiene 248 contratos (55%), Salud 36 contratos (8%), Ciencia y Tecnología 29 (6,4%), Obras 48 (10,6%), Apoyo a Funcionamiento de Entidades Territoriales 51 (11,3%), Programas Asistenciales 24 (5,3%) y Estrategias de Comunicación 15 (3,3%).

**Tabla 1. Cantidad y valor de contratos por sector temático**

No.	Sector	Contratos	Valor contratos
1	Educación	248	\$942.187.068.142
2	Salud	36	\$347.962.371.783
3	Ciencia y tecnología	29	\$216.766.216.770
4	Obras	48	\$194.717.821.014

5	Apoyo a funcionamiento de entidades	51	\$193.957.100.843
6	Programas asistenciales	24	\$93.112.484.468
7	Estrategias de comunicación	15	\$48.341.781.100
	Total	451	\$2.037.044.844.120

Fuente: SECOP I. Elaboración: MOE

#### **4. La contratación directa. Factores que convierten la excepción en la regla.**

##### **4.1. Reglas generales de la contratación del Estado**

Con independencia de la modalidad empleada al realizar contrataciones, las entidades públicas deben tener en cuenta los principios que rigen la contratación estatal (transparencia, planeación, economía, responsabilidad, selección objetiva, proporcionalidad, publicidad, debido proceso, supremacía de lo sustancial sobre lo formal) que buscan garantizar, entre otras, la publicidad y contradicción de la información y las actuaciones del proceso; la libre concurrencia e igualdad de oportunidades para participar en los mismos, sin establecer exigencias, criterios o requerimientos adicionales a los legalmente establecidos; la identificación y priorización de las necesidades públicas a satisfacer; la adecuada actuación de los servidores públicos e intervinientes; y la posibilidad de conocer y controvertir las decisiones de la administración.

Así mismo, los principios de la función pública, contenidos en el artículo 209 constitucional (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones) también son aplicables a la actividad contractual.

A fin de documentar el cumplimiento de los principios referidos, un primer requisito fundamental que debe preceder todo proceso contractual<sup>2</sup> lo constituyen la elaboración y publicación de los análisis, estudios y documentos previos, pues son el soporte del proceso de planeación realizado para identificar una necesidad, priorizarla y ordenar el gasto. Lo anterior, en virtud de que los mismos deben contener entre otros elementos: la necesidad a satisfacer; las características específicas del objeto a contratar; la modalidad de selección del contratista y su justificación; el valor estimado; los criterios de selección de la

---

<sup>2</sup> Aunque es importante precisar que en términos de lo dispuesto en los artículos 2.2.1.2.1.4.3. y 2.2.1.2.1.4.6. del Decreto 1082 de 2015, no es obligatorio publicar los estudios y documentos previos en el caso de los contratos de empréstitos, los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República y los contratos relacionados con el Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección, que requieren reserva para la adquisición de bienes o servicios.

oferta más favorable; el análisis de riesgos y la forma de mitigarlos; y las garantías que son necesarias.

Establecido lo anterior, un segundo elemento que se debe no solo justificar, sino documentar, son las razones por las que un contrato se adjudicó a determinado contratista, así como su idoneidad y capacidad para desarrollar el objeto del mismo. Ello con el propósito de garantizar tanto la utilización de criterios objetivos de selección, como que aquel cuente con los elementos técnicos necesarios para cumplir con el objeto del contrato.

Finalmente, a fin de garantizar que la necesidad pública que fue materia de contratación sea efectivamente satisfecha, resulta indispensable que se realicen las acciones de seguimiento y verificación del cumplimiento del contrato. Con este propósito, las acciones adelantadas por la instancia a cargo de estas actividades también deben documentarse y publicitarse. Todo lo anterior, a fin de garantizar tanto la transparencia en el ejercicio de la función pública, como el control social correspondiente.

#### **4.2. La contratación directa como modalidad excepcional.**

A partir de lo anterior, y tomando en consideración que la licitación pública es la modalidad de contratación que garantiza la mayor transparencia, competencia y control, constitucional y legalmente se ha previsto esta como la regla general para ser utilizada en la contratación que adelantan las distintas entidades públicas. Sin embargo, el mismo legislador ha dispuesto de una serie de excepciones a la regla, partiendo del entendimiento de que existen circunstancias que dificultan realizar una selección por medio de concurso.

Al respecto, uno de los problemas más graves en la contratación pública, consiste precisamente en que se ha normalizado el uso cada vez mayor de tales excepciones, a través de la contratación directa. Ello, a pesar de los riesgos a la corrupción que genera, a partir de la falta de transparencia y discrecionalidad en la asignación de los recursos públicos.

Si bien la ley prevé 9 causales para acudir a la contratación directa<sup>3</sup>, para efectos del presente estudio resulta relevante el análisis de 4 de ellas: 1) cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; 2) prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; 3) urgencia manifiesta; y 4) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

Ello, pues no obstante se trata de causales legales, tal como se observará en este apartado, su utilización ha permitido un abuso en el uso de la modalidad de

---

<sup>3</sup> 1) Cuando no Exista Pluralidad de Oferentes en el Mercado; 2) Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión; 3) Contratación de Empréstitos; 4) Contratos Interadministrativos; 5) Urgencia Manifiesta; 6) Contratos para el Desarrollo de Actividades Científicas y Tecnológicas; 7) Arrendamiento o Adquisición de Inmuebles; 8) Contratos de Encargo Fiduciario que Celebren Entidades Territoriales, y 9) Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa y en el DAS.

contratación directa y la opacidad en la selección de contratistas. Asimismo, en ocasiones pueden convertirse en un mecanismo para solventar problemáticas relativas a falta de planeación.

#### **4.2.1. Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado**

De conformidad con el artículo 80 del Decreto 1510 de 2013, así como el artículo 2.2.1.2.1.4.8. del Decreto 1082 de 2015, se considera que no existe pluralidad de oferentes en el mercado cuando hay solamente una persona -natural o jurídica- que puede proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional.

Si bien esta causal es la más obvia, pues ante una ausencia de oferentes, un concurso resulta imposible, estas circunstancias deben justificarse y documentarse con suficiencia en el estudio previo que soporta el proceso de contratación.

#### **4.2.2. Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.**

El artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015 estipula que los contratos de prestación de servicios profesionales se celebran “con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.”

Derivado de lo anterior, las entidades territoriales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa, dando la posibilidad de no realizar concursos, incluso de no contar con ofertas previas, siempre que se cuente con las pruebas de que los contratistas tienen la suficiente capacidad y experiencia para asumir las tareas requeridas y cumplir los objetivos plasmados en los contratos, para lo cual se debe dejar constancia escrita de todo el proceso contractual.

De esta forma, para poder acudir a esta modalidad de contratación, las entidades territoriales deben justificar que no pueden cumplir con los propósitos y finalidades, a través de sus propios mecanismos y medio ordinarios. O, que la complejidad de las actividades administrativas o del funcionamiento de la entidad pública, son de características tan especiales, con una alta complejidad, que reclaman conocimientos especializados ya que no se pueden obtener por los medios y mecanismos normales que la ley concede a las entidades territoriales.

Lo anterior, en resumen, apunta a que los entes tienen la posibilidad de contratar servicios de apoyo logístico o administrativo, cuando por sí solos, o debido a su incapacidad o ausencia humana o técnica, les impide alcanzar los objetivos descritos en los contratos. Esta es la razón y la decisión de las entidades, para

optar por esta modalidad de contratación directa y por prestación de servicios. Incluso, el artículo 73 del Decreto 1510 de 2013 estipula que no es necesario publicar el acto administrativo que justifica la contratación directa como modalidad de selección utilizada.

Al respecto, según se desprende de la presente investigación, las entidades territoriales acuden a esta causal argumentando que buscan fortalecer su gestión administrativa y/o su funcionamiento, al no contar en su planta con personal suficiente. No obstante, de un análisis de los objetos contratados, es posible identificar que en un amplio porcentaje de los casos se presentaron dos prácticas: por una parte, que el objeto del contrato no lo eran las personas y los servicios específicos que prestaban, sino la entrega de productos (por ejemplo, campañas publicitarias, o apoyo jurídico o logístico para recaudo tributario), y por otra, que a través de este tipo de contratos lo que realmente se llevaba a cabo era una subcontratación o “outsourcing” de determinadas funciones de la entidad.

Las prácticas referidas resultan preocupantes, puesto que abren la puerta a que prácticamente cualquier contratación por parte de una entidad se pueda llevar a cabo a través de una modalidad excepcional como lo es la contratación directa, pues la mayoría de las actividades que derivan de la contratación estatal son desarrolladas por personas, por lo que bajo ese argumento, todas ellas podrían ampararse en esta causal.

Asimismo, si bien es cierto que ante la insuficiencia de personal es legalmente permitido acudir a la subcontratación de personal, incluso en algunos casos y bajo determinadas condiciones<sup>4</sup>, a la terciarización de los servicios, tal situación no valida, en sí misma, que esto se lleve a cabo a través de una modalidad que no garantice las condiciones de competencia y transparencia para cumplir con las finalidades de la contratación estatal.

En este sentido, si bien ante la amplitud y ambigüedad de la causal, es posible el uso legal de esta causal, acudir a ella de forma indiscriminada puede constituir un abuso de la contratación directa, que como se ha señalado, debiera ser excepcional, y por tanto solo ser utilizada en los supuestos específicos previstos en ley, mas no con una interpretación tan amplia en la que cualquier contrato pudiera caer en el mismo.

Aunado a lo expuesto, una segunda problemática observada en la aplicación de esta causal se encuentra en que constituye la base para la utilización de esta modalidad de contratación en distintos ámbitos o entes sujetos a un régimen especial. Al respecto, según se desprende de los contratos materia de la presente investigación, si bien dicho régimen conlleva la aplicación de reglas diferenciadas, en su implementación no es posible verificar, por una parte, la falta de capacidad o insuficiencia de personal que motiva la contratación, y por otra, si los contratistas cumplen con los requisitos para prestar el respectivo servicio público (sea de salud o de educación). De esta forma, si bien los respectivos regímenes

---

<sup>4</sup> A modo de ejemplo, ver lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-171 de 2012.

especiales se establecieron para atender necesidades específicas y diferenciales, se han convertido en una puerta a la discrecionalidad en la selección de contratistas y la adjudicación de contratos.

#### **4.2.3. Urgencia manifiesta**

En términos de lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia 772 de 1998, la urgencia manifiesta es una situación que puede decretar cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa a través de acto motivado, pues:

*“Ella se configura cuando se acredite que la continuidad del servicio exija el suministro de bienes o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, o que se presenten situaciones relacionadas con estados de excepción, o que se busque conjurar situaciones relacionadas con hechos de calamidad o de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas o en general, que se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procesos de selección o concursos.” S772<sup>5</sup>*

Al respecto, los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993 establecen los casos en los que se configura la urgencia manifiesta<sup>6</sup>, así como un mecanismo de control específico para los contratos celebrados bajo esta causal. Por su parte, los Decretos 1510 de 2013 y 399 de 2021 señalan que en estos casos, el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta hará las veces de acto administrativo de justificación, y en este caso la Entidad Estatal no estaría obligada a elaborar estudios y documentos previos.

Con relación a esta causal, el Consejo de Estado<sup>7</sup> señaló que la declaratoria de emergencia debe fundarse en principios como la necesidad, es decir que “debe existir una situación real que amenace el interés público ya sea por un hecho consumado, presente o futuro y que hace necesaria la adopción de medidas inmediatas y eficaces para enfrentarla”; el principio de economía que señala que la vía expedita para mitigar la amenaza o el peligro que afecta el bien colectivo es la contratación directa, y el principio de legalidad que supone que la declaratoria de urgencia “procede por las situaciones contenidas expresamente en la norma, sin que puedan exponerse razones distintas para soportarla”.

---

<sup>5</sup> <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/listados/tematica2.jsp?subtema=25356>

<sup>6</sup> Existe urgencia manifiesta cuando: (i) La continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; (ii) Se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; (iii) Se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas; y (iv) En general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.

<sup>7</sup> Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección A-Consejo Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04055-01(41768) del 16 de julio de 2015.

Dicho lo anterior, es importante señalar que, si bien las entidades Estatales tienen mayores flexibilidades para mitigar o remediar los riesgos que se causen o se puedan causar con ocasión a una calamidad pública o hechos que puedan afectar la prestación de un servicio, es decir que amparados en la urgencia manifiesta pueden emprender acciones preventivas y curativas, esta situación debe ser cierta, objetiva y obedecer a causas imprevisibles y sobrevinientes. En todo caso, ante esta flexibilidad deben permanecer unas reglas de transparencia y publicidad para que las autoridades de control y la ciudadanía pueda conocer los hechos que dieron lugar a dicha contratación, el estado de avance, el uso de los recursos destinados para mitigar estos hechos.

No obstante, de la investigación realizada se advierten deficiencias tanto en la justificación técnica de las medidas a contratar y su relación con la atención o mitigación de la circunstancia excepcional que ocasionó la declaratoria de urgencia manifiesta, como en el cumplimiento de los requisitos de idoneidad y capacidad del contratista seleccionado.

Lo anterior adquiere particular relevancia, considerando que si bien la urgencia manifiesta únicamente puede ser declarada en circunstancias excepcionales de riesgo o daño a la población, ello mismo genera la necesidad de garantizar que las medidas adoptadas para su atención sean adecuadas, y que el contratista al que estas se encomienden cuenta con las calidades necesarias para llevarlas a cabo.

#### **4.2.4. Contratos para el Desarrollo de Actividades Científicas y Tecnológicas**

Por último, el artículo 2 del Decreto 591 de 1991 estipula las actividades específicas en materia de ciencia y tecnología que dan lugar a la actualización de esta causal de contratación directa. Asimismo, en su artículo 3 prevé que los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas que celebre la Nación y sus entidades descentralizadas cuentan con un régimen especial, y se rigen por normas de derecho privado y por normas especiales adicionales previstas en el Decreto en cuestión.

### **4.3. Reflexión final**

A pesar de que existen diferentes causales que habilitan a las entidades del Estado a contratar de forma directa, la Corte Constitucional ha sido enfática que en todos los casos deben respetarse los principios de transparencia en la administración pública <sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, ver la Sentencia C-163/20, MP Gloria Ortiz, consultable en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-163-20.htm>



*De manera general, la Corte ha concluido que las normas que establecen excepciones a la licitación o concurso públicos son compatibles con la Constitución, siempre y cuando se demuestre que sirven al interés general y que responden a condiciones de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines del Estado vinculados a la actividad contractual. Para ello, ha destacado que (i) no existe un mandato constitucional de adoptar un modelo contractual específico, por lo que es una materia que pertenece al margen de configuración normativa del Congreso; y (ii) en toda circunstancia, sin importar la modalidad de contratación escogida, deben satisfacerse los principios constitucionales de la función administrativa, los cuales concurren en la selección objetiva del contratista y el cumplimiento de los fines estatales representados en el contrato.*

Sin embargo, tal como se ha señalado en este apartado, en la implementación de las distintas causales que dan lugar a la contratación directa, se presentan problemáticas ya sea de ambigüedad normativa, o de omisión o deficiencia de información, que no solo no permiten un control social efectivo respecto del cumplimiento de los principios constitucionales de la función administrativa, sino que incluso incrementan los riesgos de corrupción en las contrataciones, al ampliar el margen de discrecionalidad con el que cuentan las entidades territoriales que llevan a cabo la contratación.

## **5. Hallazgos generales**

### **5.1. Complejidad del marco normativo**

El marco normativo alrededor de la contratación hace que adelantar procesos contractuales en Colombia requiera de un conocimiento supremamente especializado y técnico por la complejidad que deriva de las numerosas y dispersas normas que regulan los distintos tipos de contratación. Es notorio cómo las reglas se van modificando constantemente, además de ir generando reglamentaciones con cada vez más excepciones. Esto conlleva al menos tres efectos perjudiciales para la contratación pública:

- Se incrementa la probabilidad de que las entidades contratantes incurran en errores o fallas en la celebración de contratos debido a la dificultad en la determinación de la modalidad y el procedimiento de contratación correspondiente a cada situación.
- Se establezcan formatos pre establecidos de contratos que cuentan con una justificación normativa que no corresponde a la situación fáctica real de cada uno de los procesos contractuales, defraudando el proceso de contratación.
- Al generarse confusión, contradicciones y dificultades en la comprensión de la normatividad se incentiva la discrecionalidad de las entidades

contratantes a utilizar la modalidad de contratación que más les interese y no la que genere mayores garantías de transparencia.

- Se desincentiva la participación de nuevos competidores, por la dificultad de conocer las reglas aplicables a los distintos procesos de contratación estatal.
- Se dificulta en gran medida el control ciudadano o la veeduría a los procesos contractuales, limitándolo solo a personas que tienen un conocimiento profundo de todo el marco normativo de la contratación.

## **5.2. Bases de datos con inconsistencias, errores y vacíos que dificultan el control ciudadano.**

Como la MOE lo ha planteado en estudios previos, se encuentra un serio problema en la manera en que se dispone de la información para el control ciudadano y de los entes de control a la contratación, ya que se requiere de grandes recursos para poder lograr un control amplio, eficiente y suficiente. Ello, pues si bien la información cuantitativa y de identificación de los distintos elementos de los contratos se cargan a una base de datos que debiera facilitar el análisis, contienen múltiples errores de captura (incluso en los montos de los contratos y las adiciones a los mismos, así como en los datos de los contratistas), que generan que previo a cualquier análisis, la información tenga que contrastarse con la documentación adjunta soporte.

## **5.3. Respaldo de normatividad. Vacíos jurídicos que justifican que la contratación directa sea regla y no excepción.**

Aunque en la mayoría de los casos en todos los sectores, se cuenta con el respaldo de la normatividad para celebrar mediante las distintas causales antes señaladas, la contratación directa, la constitución colombiana también es clara en indicar que esta modalidad de contratación se debe hacer de manera excepcional. Se puede correr el riesgo de que la contratación directa sea el reflejo de una posible selección parcial de contratistas, en la que hay recursos públicos en medio, y riesgos asociados también al favorecimiento reiterativo de algunos proveedores.

Cabe recordar que la licitación pública es la regla general de contratación, la modalidad que garantiza mayor transparencia en la selección de contratistas, en la publicidad de la información y en la inversión de recursos públicos. Bajo esta modalidad, la entidad contratante lleva a cabo un proceso de revisión de propuestas con el fin de elegir la oferta más favorable, situación que no ocurre con la contratación directa bajo la cual se agilizan procesos eligiendo en muchos casos de forma discrecional al proveedor que ejecutará el contrato.

Gran parte de los contratos revisados evidencian que la normatividad ha creado un sinnúmero de excepciones para la realización de la contratación directa, cuestión que es bien aprovechada por los entes territoriales quienes deciden usar esta modalidad como regla y no por excepción. Si bien, se ha insistido en que están

justificadas por normatividad colombiana, es parte de la reflexión de este proyecto, el insistir en que se debe prevalecer lo estipulado en la constitución.

#### **5.4. Requisitos de idoneidad y capacidad del contratista.**

Se identificó la falta de documentación soporte del contratista, que permita identificar la experiencia, situación legal y demás registros del mismo. Se podían encontrar contratos que estipulaban características que justifican esta idoneidad en que los contratistas debían tener experiencia, conocimiento, entre otras cosas, semejante en el pasado, lo cual muchas veces se veía reflejada en que la entidad territorial había contratado en años anteriores al mismo contratista. Esto limita las posibilidades de ejercer una competencia justa desde el sector público. Lo anterior adquiere una relevancia particular, considerando que se está ante procesos en los que la modalidad adelantada fue la contratación directa, misma que no garantiza la competencia en la selección del contratista.

#### **5.5. Heterogeneidad y en ocasiones, insuficiencia, de documentación anexa**

De la revisión de los distintos contratos llaman la atención, por una parte, la heterogeneidad en la documentación que se carga en la plataforma SECOP I, como soporte de los distintos procesos. Por otra, la insuficiencia de información, en muchos de los casos, respecto de distintos elementos relacionados con los procesos adelantados.

Por lo que hace a las diferencias en la documentación anexa, de la revisión realizada se desprende que mientras algunos contratos contienen una amplia gama de información y documentación (que incluyen no solo un amplio número de documentos precontractuales, sino también distintos documentos que dan cuenta de la ejecución del contrato y el seguimiento brindado al mismo), otros contienen información limitada e insuficiente (al incluir únicamente el contrato celebrado). Si bien en general los contratos se encuentran en distintos puntos entre un extremo y el otro, es de destacarse alguna de la información específica que se omite adjuntar en los mismos, y su relevancia para la protección y defensa tanto de los intereses del Estado, como de los usuarios de los servicios públicos prestados por el Estado:

- **Estudios previos a la contratación.** Los análisis, estudios y documentos previos son requisitos de orden legal que deben preceder todo proceso contractual, pues son indispensables en tanto son el soporte del proceso de planeación realizado para identificar una necesidad, priorizarla y ordenar el gasto. De esta forma, su formalización no puede ser vista como un mero requisito precontractual, sino como un conjunto de actividades destinada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Pues los estudios previos deben ocuparse de puntualizar las condiciones del contrato, tales como plazo, obligaciones principales y accesorias, mecanismos de solución de conflictos, perfil del supervisor o interventor

del contrato o de la instancia que ejercerá el control y seguimiento, entre otras.

A pesar de lo anterior, del análisis de los contratos analizados se desprende que un número importante de los procesos que ameritaban la elaboración de estudios previos<sup>9</sup>, no cuentan con los mismos en la plataforma SECOP I.

- **Documentación relacionada con la idoneidad del contratista.** Tal como se indicó previamente, uno de los elementos que con mayor frecuencia se encuentra ausente en los contratos analizados es la documentación soporte relativa al contratista seleccionado, que permita identificar la experiencia, situación legal y demás registros del mismo.

Lo anterior adquiere una relevancia particular, considerando que se está ante procesos en los que la modalidad adelantada fue la contratación directa, misma que no garantiza la competencia en la selección del contratista.

- **Documentación de seguimiento a la ejecución contractual.** Aunado a lo expuesto, las problemáticas de heterogeneidad e insuficiencia en la información adjuntada a los procesos de contratación no se limita a la etapa precontractual (o de planeación y selección del contratista), sino que trasciende a la etapa postcontractual.

Así, siguiendo la misma lógica expuesta, fue reiterado el hallazgo de que los contratos analizados no contienen documentación alguna relacionada con las actividades de seguimiento y verificación de cumplimiento del contrato.

Según se desprende de los datos expuestos, la falta de información contractual que se observa en los procesos analizados genera preocupación, en cuanto abre espacios de opacidad que favorecen o incrementan el riesgo de corrupción en la contratación pública. Al respecto, la heterogeneidad y en ocasiones insuficiencia de la información que se carga al sistema hace que no se le pueda dar un seguimiento adecuado, pues no permite identificar y diferenciar cuándo se está ante una simple omisión de carga de documentos, y cuándo se obviaron acciones o etapas que pueden incluso generar un riesgo mayor.

## **5.6. Contratos que pudieron haber sido adjudicados mediante otras modalidades diferentes a la contratación directa.**

---

<sup>9</sup> Pues como se ha señalado, si la causal de contratación directa es la urgencia manifiesta, la Entidad Estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.

Cabe recordar que la licitación pública es la regla general de contratación, la modalidad que garantiza mayor transparencia en la selección de contratistas, en la publicidad de la información y en la inversión de recursos públicos. Bajo esta modalidad, la entidad contratante lleva a cabo un proceso de revisión de propuestas con el fin de elegir la oferta más favorable, situación que no ocurre con la contratación directa bajo la cual se agilizan procesos eligiendo en muchos casos de forma discrecional al proveedor que ejecutará el contrato.

No obstante, en algunos casos se celebran contratos a través de la modalidad de contratación directa sin que se evidencie una necesidad, lo cual se traduce en un bajo nivel de competencia. En algunos casos, por ejemplo, en el sector de comunicación se identificaron contratos celebrados mediante dos causales de contratación directa: cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado y prestación de servicios y de apoyo a la gestión. No obstante, al revisar el objeto contractual se aprecia que son actividades que no requieren de una actuación inmediata que implique la urgencia para flexibilizar la modalidad de selección o debido que el desarrollo de las funciones, temas publicitarios y de comunicaciones, no requieren capacidades tan especializadas para concluir que no hay pluralidad de oferentes.

Si bien como se ha señalado, el sector salud cuenta con innumerables excepciones legales que expresamente posibilitan el acudir a la contratación directa, se trata de procesos contractuales con montos elevados cuya en ejecución no se justifica el no acudir a una modalidad de selección que garantice competencia y transparencia en la contratación, a fin de garantizar tanto la mejor prestación de un servicio público de tal envergadura, como las mejores condiciones de gasto para el Estado colombiano. En cambio, tanto la propia normatividad como los criterios adoptados por distintas instancias jurisdiccionales permiten que legalmente se acuda a la Contratación Directa, la cual incrementa la discrecionalidad en la escogencia del contratista o proveedor que ejecutará el contrato.

### **5.7. Recursos gastados vs. cambios inesperados**

Se evidencian contratos que fueron celebrados para la realización de unas actividades que de manera evidente fueron afectadas en su ejecución por situaciones coyunturales, como la pandemia generada por el Covid 19 sin que en la plataforma se vean reflejados los cambios que necesariamente tuvieron que darse en el cumplimiento del mismo, ni actualizaciones al proceso contractual.

Esto refleja de manera clara la falta de diligencia por parte de las entidades contratantes en lo que es la publicación de información relevante del contrato para hacer efectiva la publicidad, transparencia y veeduría ciudadana en el marco de la contratación.

### **5.8. Regímenes especiales**

El establecimiento de un régimen especial para la contratación del servicio de educación, habilitándole para que se pueda adelantar contratación directa en determinadas condiciones o circunstancias, tiene varios efectos que afectan la transparencia en la contratación, tales como:

- o Las entidades contratantes se limitan a plantear las disposiciones normativas especiales que justifican la modalidad contractual directa en la documentación que se carga a la plataforma del SECOP, sin que se cargue como tal la documentación requerida para que se aplique la excepcionalidad planteada en el marco normativo, como lo puede ser el estudio de insuficiencia y limitaciones.
- o No se evidencia en la información incluida en la plataforma la documentación que respalde la idoneidad del contratista y el cumplimiento de los requisitos legales que se han dispuesto para la adjudicación de estos contratos.
- o El régimen especial se convierte en una medida que si bien facilita la adjudicación de contratos para el cumplimiento del servicio de educación, riñe directamente con la transparencia en los procesos de contratación, al eliminar la necesidad de procesos de concurso o licitación.
- o Se va en detrimento de la excepcionalidad en la prestación del servicio de educación a través de la tercerización al generar un desincentivo para la superación de la insuficiencia en la capacidad de la prestación del servicio educativo, ya que la contratación directa se convierte en una medida temporal, que se aplica de forma recurrente, y de esta forma suple de manera efectiva las necesidades de la entidad territorial frente a la educación pero para nada contribuye en una solución estable y duradera a la insuficiencia del ente territorial.
- o Se termina utilizando por conveniencia un régimen de contratación especial que se genera y justifica en la atención de una necesidad en determinado territorio, desfigurando por completo la intención de la norma.
- o Se termina dando un abuso a la figura de la contratación de la prestación de servicios para que se puedan enmarcar los regímenes especiales al marco general de contratación.

De igual forma, el régimen especial aplicable a las Empresas Sociales del Estado (ESE) en el sector salud prevé que en materia contractual, aquellas “se regirá[n] por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”. Si bien el Consejo de Estado ha establecido que los administradores de las ESE deben ajustar su actividad contractual a “los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal, con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad, así no estuvieran vertidos en

mandatos legales”, la ausencia de reglas o criterios específicos para garantizar que las ESE efectivamente ajusten su actividad contractual a los principios universales que rigen la contratación estatal, han abierto espacios muy amplios de discrecionalidad, no solo en cuanto a la modalidad de contratación a la que recurren las ESE, sino incluso, a la justificación de tal decisión. Lo anterior tiene asimismo efectos similares a los expuestos, que afectan la transparencia en la contratación.

Lo expuesto evidencia la necesidad de adoptar medidas que brinden claridad, tanto a los contratantes como a los contratistas, de las reglas y procedimientos que se deben cumplir para efectos de la contratación de servicios de salud. Tal información no solo debe existir, sino debe ser clara y accesible, tanto para garantizar su conocimiento y consecuente cumplimiento por parte de los intervinientes en los procesos de contratación, como para posibilitar un control social efectivo por parte de la ciudadanía.

### **5.9. Régimen especial para régimen excepcional**

Si bien a través de la ley y decretos reglamentarios se establece un régimen especial de contratación en el sector de educación en el que se habilita la contratación directa como excepción para la regla general de contratación por concurso, posteriormente se elabora un régimen especial y excepcional, a la excepción hecha previamente, para que sea aplicada a la población indígena. Esta última termina habilitando, en todos los tipos de contratación del servicio de educación, la modalidad de contratación directa.

### **5.10 Contratación reiterativa**

Se resaltan los casos en los que de manera reiterada se utiliza contratación directa para adjudicar a un mismo contratista múltiples procesos contractuales entre el 2019 y 2021, periodo objeto de estudio, que además coinciden con algunos de los contratos más cuantiosos de dos de los sectores analizados.

### **5.11. Contratación desproporcionada e injustificada en una determinada entidad territorial**

Se evidencia un comportamiento atípico en la contratación de algunos municipios, en los cuales de manera reiterada y en un corto lapso de tiempo se adjudican numerosos contratos, sin explicarse por qué se requiere tal grado de contratación directa y que al contrastarse con municipios de similares características se encuentra que la contratación no llega siquiera a una tercera parte de lo ocurrido en estas entidades territoriales.

### **5.12. Cuantiosa y numerosa contratación en un solo municipio para implementación de un programa que se aplica en todos los municipios del país**

Se destaca el que para dar cumplimiento a un programa de Estado que tiene por finalidad brindar la atención necesaria para el desarrollo integral de la primera infancia y que se implementa en todo el territorio nacional, solo un municipio de todo el país adelantó contrataciones directas por montos altos para la ejecución del programa. No solo a través de un contrato, sino que a través de 20 contrataciones directas correspondientes a más de \$80.000.000.000 en tan solo tres años. Comportamiento absolutamente atípico y único frente a todo el universo objeto de estudio.

### **5.13. Justificación técnica en la urgencia manifiesta por calamidad pública**

Si bien las entidades Estatales tienen mayores flexibilidades para mitigar o remediar los riesgos que se causen o se puedan causar con ocasión a una calamidad pública o hechos que puedan afectar la prestación de un servicio, es decir que amparados en la urgencia manifiesta pueden emprender acciones preventivas y curativas, esta situación debe ser cierta, objetiva y obedecer a causas imprevisibles y sobrevinientes. En todo caso, ante esta flexibilidad deben permanecer unas reglas de transparencia y publicidad para que las autoridades de control y la ciudadanía pueda conocer los hechos que dieron lugar a dicha contratación, el estado de avance, el uso de los recursos destinados para mitigar estos hechos.

**Sobre la justificación técnica.** En la mayoría de los documentos que las entidades contratantes adjuntan en el SECOP, no se evidencia la justificación técnica que permita identificar las obras, bienes o servicios necesarios para conjurar o mitigar la crisis. En otros casos, la información es genérica, se menciona en otros documentos que no se adjunta o únicamente esta información reposa en los contratos a manera de cláusulas. La importancia de esto radica en determinar la relación directa entre el objeto contractual y la pertinencia de estos para superar la crisis. Adicionalmente, esta información permite determinar si lo que se contrata se puede hacer mediante otro mecanismo de selección del contratista.

## **6. RECOMENDACIONES**

**1. En cuanto a la complejidad del marco normativo,** se recomienda a la Secretaría de Transparencia la elaboración de materiales pedagógicos que le permitan tanto a la ciudadanía como los entes contratistas a los eventuales competidores comprender los requisitos indispensables para las diferentes etapas de la contratación, según el tipo de sector, a fin de favorecer la claridad en las reglas aplicables a los mismos, y así fortalecer el control social.

**2. Con relación a la calidad de la información,** se recomienda, en primer lugar, a las entidades del Estado, llevar a cabo un proceso juicioso de registro en el portal SECOP de sus procesos de contratación. Se requiere que al diligenciar esta información de forma unificada y completa, que los valores de los contratos



contengan la totalidad de sus dígitos, que adelanten las actualizaciones necesarias para conocer los cambios efectuados en los contratos y sus etapas, que proporcionen los datos requeridos en los formularios de registro, entre ellos el número de identificación del contratista que en muchas ocasiones se encuentra en blanco, que carguen en esta plataforma la documentación anexa exigida para cada modalidad de selección. Con estas solicitudes garantizadas, se contribuye significativamente al cumplimiento del principio de transparencia en la contratación estatal al tener mayor acceso a la información y contar con datos más confiables, además se facilita el trabajo de veeduría y control social que adelantan diferentes entidades, organizaciones de la sociedad civil y academia.

En segundo lugar, se recomienda a Colombia Compra Eficiente unificar criterios o campos, de manera que se escriba de la misma forma o bajo el mismo formato información relevante para ser analizada; se hablaría, por ejemplo, del nombre de la entidad contratante, el número de identificación del contratista y su representante legal, el valor de los contratos, entre otros.

**3. En cuanto al contenido y fin de los contratos analizados,** se insta a las autoridades competentes adelantar procesos de revisión, control o regulación en lo relacionado con los procesos contractuales que recurren a la contratación directa bajo diferentes causales, que en la práctica, poco se acercan a la justificación que utilizan para seleccionar discrecionalmente a quienes reciben cantidades realmente altas de recursos públicos.

**4. Para el caso de la contratación directa por urgencia manifiesta.** Aunque no es obligatorio, se sugiere que el Plan de Acción Específico sea un documento que deban cargar las autoridades en el SECOP. El PAE tiene como propósito evitar la reproducción de las condiciones de riesgo en las zonas afectadas y también busca la reconstrucción y rehabilitación de las áreas afectadas, en el que se incluyen responsabilidades y actividades de cumplimiento. Esta información permitirá verificar si las acciones ahí contempladas, de acuerdo con el principio de planeación, pueden evitar la reproducción de algunos de los riesgos. También, puede ser empleado para contrastar lo que se cumplió o incumplió y que pudo generar una nueva declaratoria de urgencia.

Asimismo, derivado de que la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, según sea el caso, tienen un plazo de dos meses para pronunciarse sobre los hechos y circunstancias que determinaron la referida declaración de urgencia manifiesta, se recomienda que para fortalecer los ejercicios de control ciudadano esta información sea cargada en la página del SECOP o que se fortalezcan los mecanismos con los que cuentan los órganos de control para garantizar la publicidad de la información.

