

La reforma a la contratación pública

The reform to the government contracts

Jhoana Andrea Salomón Castro*

Resumen

La contratación pública ha sido reformada con el fin de darle más transparencia y eficiencia a la contratación no sólo de entidades sometidas al estatuto contractual, sino, introduce disposiciones generales a toda la contratación que se realice con recursos públicos, para esto, se modifican las modalidades de selección de los contratistas, las cuales se determinarán según el objeto mas no por la cuantía. Igualmente, se introduce el desarrollo al principio de selección objetiva, el debido proceso, y la gratuidad en el acceso a los procesos de selección, de esta manera, se intentan corregir las malas prácticas que se venían presentando, se busca generarle ahorros al mayor comprador de un país, el Estado, como de respetar los principios que sustentan la contratación publica con el fin de satisfacer las necesidades públicas.

Palabras clave:

Contrato estatal, licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, registro único de proponentes, sistema electrónico para la contratación pública, principio de selección objetiva, principio de pasa no pasa, principio de proporcionalidad.

* Abogada Universidad Externado de Colombia. Especialista en contratación estatal. Consultora y asesora en contratación pública. Correo: jhoanaandreasalomon@gmail.com

Resumen

The Government contracts has been reformed in order to give more transparency and efficiency to the recruitment not only of entities be under pressure to contractual statute, also introduces general provisions for contracting with public resources, for this, altering the procedures for selecting contractors, the which are determined by the object but not by the value, the development also introduces the principle of objective selection, due process and free access to the selection processes, in this way, is trying to correct the bad practices that were being presented, trying to generate savings to the most buyer of a country, state, and respect the principles of the government contracts in order to successfully indulge public needs.

Palabras clave:

Government contract, public bidding, merit contest, direct contract, proponents of single registration, electronic system for the government contracts, principle of the objective selection, principle of pass or not to pass, principle of proportionality.

“Si el autor de la *Divina Comedia* pudiera asistir a los eventos de la época contemporánea y condenar así las costumbres de nuestra sociedad, consagraría sin duda una atención particular al fenómeno de la contratación pública y reservaría un lugar privilegiado, en el fondo del Infierno, a las legiones de corruptores y corruptos que han transformado la actividad contractual en un instrumento pillaje de los recursos públicos, bien sea con fines de enriquecimiento personal o para engrosar las arcas de los partidos políticos a que pertenecen”¹.

Introducción

La contratación pública en Colombia ha tenido una evolución, cada vez más encaminada al cumplimiento de los postulados constitucionales establecidos en la Carta Magna de 1991. Con la aparición de la ley 80 de 1993, estatuto que si bien se creó como consecuencia de la globalización, la apertura económica, y que por consiguiente parecería mas del desarrollo de un Estado neoliberal que de un Estado social de derecho, mejoró el manejo que hasta el momento se tenía de la contratación.

Esta ley, aparece 10 años después de la vigencia del decreto ley 222 de 1983 posterior del también decreto ley 150 de 1976, primer estatuto de contratación de la nación y entidades descentralizadas. El decreto 222 era demasiado rígido lo que conllevaba a que no hubiera celeridad en la contratación y de esta manera se veía truncado su principal fin, la prestación efectiva de las necesidades públicas. El hecho de que algunos contratos debían ser revisados por el Consejo de Estado o los tribunales administrativos, o requieren el consenti-

miento previo de los ministros en cuanto a los contratos de establecimientos nacionales dependiendo de su cuantía, llevaba a suspender la prestación de los servicios a cargo del estado.

Igualmente, este decreto diferenciaba dentro de la contratación pública los contratos administrativos y los privados, lo que muchas veces llevó a la confusión de interpretación no solo del régimen a aplicar sino su jurisdicción.

Con la aparición de la ley 80, desaparecen estas restricciones, se suprimen tantos requisitos, con la intención de ser un estatuto universal para el sector público, creando un solo tipo de contrato, *El Contrato Estatal*, el cual, dependiendo de la naturaleza jurídica de la entidad, tendrá un régimen excepcional, pero al ser del Estado su jurisdicción siempre será la misma. A diferencia de la regulación anterior introduce los principios rectores que guiarán la ejecución del presupuesto público por medio de la contratación, principios que no solo se enuncian si no que son desarrollados a través de todo su articulado; de la misma forma, es una

¹ J.P. Bueb. “La lutte contre la corruption dans les marchés publics”, en la revue du marché unique européen. Citado por: BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Segunda edición. 2004. Universidad Externado de Colombia. P. 221.

ley que abre las puertas a la aplicación del derecho común a los contratos del Estado, dándole prevalencia a la autonomía de la voluntad propia de los contratos entre particulares.

Como desarrollo del artículo 150 de la nueva Carta, que atribuyó al Congreso la competencia para votar el *estatuto general de contratación de la administración pública*, la ley 80 de 1993 concreta el esfuerzo de unificación de valores en principio antagónicos: intereses privados-intereses públicos; relaciones igualitarias-prerrogativas de poder público; rentabilidad-eficacia administrativa; productividad-equidad; contrato administrativo-contrato de derecho privado. En todos los casos se trata de nociones que hasta ese momento habían impuesto tratamientos distintos en el sistema jurídico de la administración pública colombiana, ampliamente influido por el derecho francés².

Si bien la ley 80 intentó acabar con el manejo corrupto de los recursos públicos, legalizando los principios, como el de responsabilidad, no logró su cometido, teniendo como base la amplitud de la norma, las malas prácticas de estas y la intención de muchas entidades de introducirse en los regímenes excepcionales o buscar por cualquier medio la contratación directa, con el fin de satisfacer un interés particular y no público.

Después de muchos intentos del legisla-

dor para reformar esta norma, el 16 de julio de 2007 aparece la ley 1150, que desarrolla el principio de transparencia y eficiencia en la contratación.

Esta ley no solo recoge postulados que jurisprudencialmente se venían dando frente al manejo de la contratación, sino también introduce grandes cambios. Un punto importante de partida a tener en cuenta es que esta ley tiene como objeto no sólo la modificación de la ley 80, sino dictar unas pautas generales para toda la contratación que se realice con recursos públicos. En consecuencia, las entidades que tienen regímenes excepcionales de contratación conforme a sus normas especiales, deben tener en cuenta esas reglas generales dispuestas en la ley 1150 de 2007, de esta manera, todas las entidades que en ejercicio de una función pública y que manejen recursos del mismo carácter, independientemente del régimen aplicable, deben atender los principios constitucionales de la función pública (art 209 C.N.), los principios de la gestión fiscal (art. 267 C.N.) y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del estatuto general de los contratos, conforme a los artículos 1º y 13º de la ley 1150, obligación ya determinada a través de la sentencia de la H. Corte Constitucional C-040 de 2000.

Sin embargo, la reforma mantiene ese carácter de norma marco que la ley 80 ostenta, por tanto la gran mayoría del articulado está sometido a reglamen-

² BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Segunda edición. 2004. Universidad Externado de Colombia. P. 19.

tación, lo que hace engorrosa la labor del intérprete. Al respecto, el secretario general de la Procuraduría, doctor Iván Darío Gómez Lee, explica:

[...] En términos generales se puede sostener que en Colombia las reglas contractuales, desde el Decreto Ley 150 de 1976, son un juego de fichas gigante, que en vez de contribuir a la estabilidad jurídica y a la democratización del derecho, conforman una maraña de normas que saben aplicar pocos especialistas.

Las piezas del rompecabezas en contratación son más de 1500 reglas originadas en las siguientes fuentes materiales: las 2 leyes, 80 de 1993 y 1150 de 2007 con 114 artículos. Todos los reglamentarios que el 066 de 2008 dejó vigentes, para un total de 30 decretos con cerca de 299 artículos. Las 48 jurisprudencias de constitucionalidad que profirió la Corte con ocasión de la ley 80 de 1993, a las que se sumarán las sentencias que proferirán en el primer año ante las 2 demandas admitidas contra la ley 1150. Así mismo, similar número de sentencias de nulidad del Consejo de Estado desde 1993. En este universo de fuentes, cada inciso, numeral y párrafo vigente, contiene como mínimo un supuesto normativo o regla –hecho y consecuencia jurídica–; al hacer el ejercicio de contabilizar las reglas vigentes, dispersas en 413 artículos, que como se vio, deben concordarse con las 82 fuentes normativas enunciadas, suman ese gran total de 1.500.

Armar este gran rompecabezas

constituye un alto riesgo para los ordenadores de gasto, funcionarios, asesores y contratistas. Si la actividad de creación de normas, no es técnica y sistemática, ni ofrece oportunidades de participación ciudadana, el estado carece de seguridad jurídica, es decir, al derecho se le resta certeza, efectividad y validez. Igualmente, la dispersión y proliferación normativa son un alto riesgo, que facilita la corrupción e incrementa las fallas del estado y las condenas en su contra. Para contrarrestar estos fenómenos varios especialistas queremos contribuir a realizar un estudio jurídico integral, para expedir un reglamento único de contratación. En espera de ello preparar los manuales contratación que han sido mencionados en algunos apartes del nuevo decreto, será un avance para minimizar la incertidumbre en este difícil y peligroso juego³.

Es así, como todo el universo normativo de la contratación se desenvuelve, y es por tal razón que cabe mencionar los aspectos importantes que enmarcan la reforma, que a través de la ley 1150, reglamentada parcialmente por el decreto 066 de enero 16 de 2008, ya derogado por el decreto 2474 del 7 de julio de 2008, se modificó la contratación pública.

2. Modificación a los modelos de selección

Uno de los aspectos más importantes del que fue objeto la modificación de la ley

³ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Marco y procedimientos de la nueva contratación. Serie prevención No 4. Instituto de estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. P. 6.

80 de 1993, fueron las modalidades de selección, ya no se habla de licitación y contratación directa como únicos procesos de selección.

2.1 La licitación pública

Ya no se tendrá en cuenta el proceso de selección en razón a su cuantía, salvo unas excepciones, sino en razón al objeto a contratar, de esta manera encontramos que se continúa con la licitación pública como la modalidad general de contratar, que en palabras del doctor Gonzalo Suárez Beltrán, será:

La licitación pública continuará siendo el método general de selección. Sin embargo, por la introducción de la causal de selección abreviada atinente a la contratación de bienes de características técnicas uniformes y común utilización, así como el establecimiento del concurso de méritos como modalidad de selección autónoma, la licitación pública, en la práctica, se reserva para objetos de carácter complejo y de mayor valor⁴.

En consecuencia, la licitación será la norma general dentro de la excepción, ya que como se anotaba anteriormente, los procesos de selección se determinarán según el objeto; por tanto, el objeto que no encaje en ninguna de las modalidades y sea de mayor cuantía, será seleccionado por medio de licitación.

Este proceso de selección no se modificó de manera traumática, sigue vigente la aplicación del artículo 30 de la ley 80 de 1993, salvo su numeral 11; por consiguiente, el proceso de licitación se deberá hacer concordando lo regulado por el decreto 2474 y el artículo 30 de la ley 80. Como consecuencia, se continúa con la obligación de publicar hasta 3 avisos antes de la apertura de la licitación en diarios de amplia circulación; cabe mencionar para el efecto, que la publicidad es un requisito de validez en los procesos de selección y la falta de alguno de los requisitos descritos por la ley para esta viciará el proceso.

2.2 Selección abreviada

Una de las novedades es la modalidad de selección abreviada, la cual es un proceso mas simplificado en razón a la clase de objeto, bien, servicio, o la cuantía. En ese orden de ideas, el legislador determinó como causales taxativas de selección abreviada las siguientes:

- a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización [...]
- b) La contratación de menor cuantía [...]
- c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de

⁴ SUÁREZ Beltrán. Gonzalo. Reforma al estatuto general de contratación. Comentarios a la ley 1150 de 2007. P. 13.

salud. [...]

d) La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial [...]

e) La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995. [...]

f) Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas; [...]

g) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; [...]

h) Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio

económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;

i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional [...]⁵.

Igualmente, se introduce la mínima cuantía como causal de selección abreviada; en consecuencia, los contratos que se vayan a realizar correspondientes al 10% de la menor cuantía se deben realizar conforme al procedimiento determinado en el manual de contratación de la entidad, de igual forma se procederá en el caso de que la consultoría tenga un valor correspondiente a la cuantía mínima. Nótese como el artículo 46 del decreto 2474, y el artículo 2 de la ley 1150 de 2007, determinaron para el 10% de la menor cuantía un procedimiento especial, lo que quiere decir que no es igual contratar con base en el manual de contratación que hacerlo directamente, de ser así el legislador no se habría tomado el trabajo de darle una categoría diferente a estos contratos sino que los hubiera mencionado en las causales taxativas de contratación directa.

Es por tal razón, que es importante recalcar que todas las entidades tienen

⁵ Congreso de la República. Ley 1150 de julio 16 de 2007. "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos". En: <http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L1150007.HTM>, artículo 2.

la obligación de crear su manual de contratación y si lo tienen, acomodarlo a las nuevas reglas de la reforma por expreso mandato del decreto 2474 de 2008, el cual, en su artículo 89, decreta esta obligación para las entidades sometidas al estatuto general de la contratación pública, manual que regulará no solo el proceso de contratación de la mínima cuantía, sino también los servicios de salud conforme a la ley 10 de 1990 (artículo 47 decreto 2474) y la ejecución de programas para la protección de personas (artículos 51 y 52 del decreto 2474), caso último en el que se omitirá la publicación de información que pueda afectar a esta población, salvo que se trate de bienes de características técnicas uniformes, los cuales, se contratarán por su modalidad especial.

Frente a las demás causales de selección abreviada, cabe anotar la innovación en la forma de contratar los bienes y servicios de características técnicas uniformes, los cuales se contratan por subasta inversa, bolsa de productos y marco de precios. La primera, ya introducida por el decreto 2170 de 2002, llamada en este “conformación dinámica de la oferta”; la subasta inversa, consiste en que en *“un ambiente público y concurrencial, los oferentes pueden presentar un proyecto de oferta inicial que puede ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta la conformación de la oferta definitiva”*⁶,

en el decreto 2474, se estableció de dos formas: electrónica y presencial, la primera muy usada por países de la unión europea, y suramericanos como Brasil.

“...un consenso ha emergido a nivel internacional en el sentido que si son usadas adecuadamente, las subastas electrónicas inversas (ERAS) generan ahorros sustanciales para los gobiernos, sin debilitar y por el contrario reforzar, los objetivos de economía, eficiencia [sic] transparencia, igualdad, y trato justo para todos los proveedores en la contratación pública, así como la integridad, justicia y confianza pública en el proceso contractual...”⁷.

Por otro lado, la segunda modalidad ya aplicada en Colombia para la adquisición de productos de origen y destinación agropecuarios, manejado por la bolsa nacional agropecuaria, se hará a través de comisionistas de bolsa. Y por último, están los acuerdos marco, forma de selección aún no regulada y por tanto no aplicable actualmente. Un ejemplo de su utilización, se puede evidenciar en Chile, país que contrata a través de www.chilecompra.cl. Estas tres formas de contratar, también son aplicables a la adquisición de bienes de seguridad nacional enumerados en el artículo 51 del decreto 2474, que tengan características técnicas uniformes y de común utilización, en caso contrario se contratarán bajo el procedimiento regulado para la menor cuantía.

⁶ SUÁREZ Beltrán. Gonzalo. Op Cit. 17.

⁷ UNCITRAL. WP.35 Add.1. Citado y traducido por: ibídem.

Dependerá de cada entidad determinar qué bienes o servicios son de características técnicas uniformes, teniendo en cuenta como tales los susceptibles de describir en una ficha técnica, sean de común utilización y tengan características técnicas uniformes, tal y como lo describe la norma, dejando de lado el diseño industrial de éste cuando no le cambie o mejore su uso; de lo contrario, será otro tipo de objeto seleccionado por otro tipo de modelo. Igualmente, frente a los bienes que tienen regulado su precio, las entidades evaluarán la conveniencia o no de hacer por subasta o por medio de bolsa la compra de estos.

De igual manera, cabe anotar que la subasta será el procedimiento general, y la adquisición de bienes por medio de esta podrá hacerse por ítems, o lotes, dependiendo de la necesidad; sin embargo cuando se compre por ítem debe tenerse en cuenta lo dispendioso que puede llegar a ser el subastar uno por uno.

Cabe anotar, que el único factor a calificar en este tipo de proceso será el precio, es por esto, que dependerá de la entidad determinar muy bien los requisitos habilitantes para que no se sacrifique la calidad de los bienes o servicios, por tal razón, no es aplicable la ley 816 de 2003, en lo correspondiente a trato preferente a la industria nacional en los procesos de selección, tal y como se estipuló en el numeral 3º del párrafo 2º, artículo 2, ley 1150 de 2007.

Por último, es importante aducir que nada se dice frente a que un proceso de

selección de bienes de características técnicas uniformes y común utilización se declare desierto, por tanto, ante la ausencia de pronunciamiento del decreto, cuando se declare desierto el proceso se tendrá que iniciar de nuevo el proceso de selección con todos sus requisitos.

En cuanto a la selección abreviada de menor cuantía, que, se establece teniendo como base el presupuesto anual conforme a lo regulado por la ley 1150, aplicable también cuando la licitación se declaró desierta, frente a lo cual, si persiste la necesidad de contratar, dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria de desierta se podrá iniciar el procedimiento determinado para la menor cuantía, el legislador autoriza para que en este caso se modifiquen los elementos que dieron lugar a la declaratoria, siempre y cuando no se cambie el objeto de contratación. Este proceso es una licitación pero con términos más reducidos.

Tanto en esta modalidad de selección como en la licitación, serán evaluables la calidad y el precio. En consecuencia, las entidades evaluarán estimando la relación costo - beneficio de los bienes ofrecidos o la ponderación de la calidad y precio, conforme al artículo 12, numeral 3, del decreto 2474 de 2008.

Igualmente, es importante anotar que frente a las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta en donde el Estado tenga más del 50% de participación, será aplicable el estatuto general de

contratación y su proceso será el de menor cuantía, salvo que estas estén en competencia con particulares, se encuentren en un mercado regulado o monopolístico. En consecuencia, no se comparte la opinión que estas tengan un régimen especial en el que sólo aplicarán principios fiscales, disciplinarios y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Al contrario, les es aplicables la ley 80, salvo las anteriores excepciones, por tanto, habrá que ver en cada caso concreto si es aplicable o no.

Por último, para la enajenación de bienes del Estado no se ha expedido su decreto reglamentario, salvo el decreto 1170 de 2008, que regula parcialmente esta modalidad únicamente para bienes del FRISCO.

2.3 El concurso de méritos

Esta modalidad está determinada para los contratos que tengan como objeto una consultoría, la cual es entendida por la doctrina como:

Los contratos de consultoría están referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión; diagnósticos; asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventoría, asesorías, gerencia de obra o de proyectos; dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (eventos todos en los que, se reitera, el interventor deberá impartir sus órdenes o sugerencias

por escrito, enmarcándolas dentro de los términos del respectivo contrato); lo mismo que los concursos para la selección de consultores de diseños, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos⁸.

Igualmente, la ley 80 de 1993, en su artículo 32, define este tipo de contrato, el cual con la reforma tendrá un proceso de selección especial que será el concurso de méritos, caso en el que lo que se evaluará será la capacidad intelectual del proponente, su experiencia específica y su equipo de trabajo, por encima del precio que en este caso no será evaluable.

Hay dos tipos de concurso determinados en el decreto 2474 de 2008, uno es el concurso abierto, que será para concursos de arquitectura y, en el caso de que el tipo de propuesta sea técnica simplificada, propuesta donde la entidad ya tiene una metodología para la realización de la consultoría y por tanto no requiere que se la propongan, la selección se podrá hacer por concurso abierto o con precalificación, a decisión de la entidad.

En el caso de que la entidad requiera de la propuesta técnica detallada, la que corresponde a que se proponga la metodología por parte del oferente, la convocatoria siempre se hará por concurso con precalificación.

En uno u otro caso, si el concurso es con precalificación, la entidad deberá

⁸ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Quinta edición. Iyer. P. 365-366.

elaborar el documento donde se invite a los posibles oferentes a demostrar su interés en participar, documento que determinará los requisitos mínimos que debe tener el oferente para hacer parte de la lista corta o multiusos según el caso, tal y como se determina en el decreto 2474:

Artículo 62. Definición de los procedimientos de precalificación.

La precalificación consiste en la conformación de una lista limitada de oferentes para uno o varios procesos de concurso de méritos. La precalificación que se haga para un sólo proceso de concurso de méritos se denominará lista corta. La que se realice para varios concursos de méritos determinados o determinables se denominará lista multiusos. Para proceder a precalificar e integrar la correspondiente lista limitada de oferentes, la entidad aplicará el procedimiento que se señala en el presente decreto para la lista corta y para la lista multiusos.

El procedimiento de precalificación es anterior e independiente de los procesos de concurso de méritos para los que se aplique⁹.

Se resalta que en el caso de propuesta técnica detallada solo es procedente la lista corta.

El decreto 2474 es demasiado reglado, por lo que las entidades al realizar este tipo de concursos deben tener en cuenta lo determinado en esta norma, teniendo

como base no solo los principios legales sino los constitucionales. En consecuencia, los requisitos mínimos habilitantes y proporcionales para acceder a la lista corta o multiusos deben atenerse a estos principios, y posteriormente los requisitos que deben tener los pliegos de condiciones en general y las normas específicas establecidas para el concurso de méritos.

Cabe mencionar frente al pliego de condiciones, que conforme al artículo 66 del decreto 2474 de 2008, este se publica una vez se da apertura al concurso de méritos, apertura que en el concurso con precalificación se realiza una vez conformada la lista corta o multiusos, para evitar que los posibles oferentes desconozcan los requisitos del pliego, se hace necesario que una vez se publique el documento de convocatoria de expresiones de interés, con este, se publiquen los proyectos de pliegos. De esta manera, quien desee participar no sólo conocerá los requisitos para conformar la lista corta, sino, que si hace parte de ella, qué requisitos deberá contener su propuesta. Teniendo en cuenta que el proyecto de pliego debe publicarse como mínimo 10 días antes de la apertura del proceso, en el caso de la propuesta técnica detallada y, mínimo 5 días en el caso de la propuesta técnica simplificada, se deduce que el decreto dispone los términos mínimos, por tanto, nada prohíbe el hecho de publicarlo con anterioridad, para que, al abrir la

⁹ Presidencia de la República. Decreto 2474 de julio 7 de 2008. "Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones". En <http://web.presidencia.gov.co/decretoslinea/2008/julio/07/dec247407072008.pdf>.

convocatoria para conformar la lista corta o multiusos, los posibles oferentes puedan conocer no solo los requisitos habilitantes para acceder a la lista sino también los requisitos de evaluación en el pliego para saber si cumplen o no con todos, y de esta manera cumplir con una selección objetiva y transparente.

Aunado a lo anterior, se debe entender que el acto por medio del cual se convoca la manifestación de interés para conformar la lista corta o multiusos, hace las veces de acto de convocatoria, por tanto junto a este se publica el proyecto de pliego.

Por último, es importante resaltar que bajo la vigencia del decreto 066 de 2008, cualquier contrato de consultoría sin importar la cuantía debía seleccionarse por concurso de méritos. El decreto 2474 modifica esta obligación, determinando para la mínima cuantía el proceso que la entidad asigne conforme a su manual de contratación. Sin embargo, se evidencia en algunas entidades que en vigencia del decreto derogado contrataron estas directamente, lo que los hace incurrir en una contratación indebida por la falta del cumplimiento de los requisitos legales esenciales, violando el principio de legalidad y selección objetiva.

2.4 Contratación directa

Las causales de contratación directa determinadas en la ley 1150, son:

- a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) Contratos interadministrativos [...];
- d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;
- f) Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;
- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
- i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles¹⁰.

Frente a este tipo de contratación, es importante mencionar que no tiene la calificación de convocatoria pública; sin embargo, es obligación de las entidades el publicar un acto de justificación, que motivará las razones por las cuales realiza la contratación directa, el objeto a contratar, el cual debe encajar en algunas de las causales taxativas de esta

¹⁰ Congreso de la República. Ley 1150 de julio 16 de 2007. Op. Cit. Artículo 2. numeral 4.

modalidad de selección; igualmente el presupuesto y la designación de donde se podrán ver los estudios previos, salvo la urgencia manifiesta, requisito último, porque el hecho de ser contratación directa no quiere decir que no deba cumplirse con el principio de planeación contractual.

Frente a los literales a, b, d, e, f, g, e i., no cabe nada más que mencionar, que frente al primero, la urgencia manifiesta, ya regulada por la ley 80, se someterá a los artículos 42 y 43 de esta norma, y una vez se declare se debe realizar el Contrato, el que a su vez se debe remitir a revisión de la contraloría dentro de las 24 horas siguientes. El segundo, la contratación de empréstitos, determinada conforme al artículo 41 párrafo 2 del estatuto contractual. En el tercero, son bienes del sector defensa y del DAS, no determinados para la selección abreviada y por estar sometidos a reserva no se publicarán, bienes señalados en el decreto 2474, artículo 79. El cuarto, objetos señalados en el artículo 2 decreto ley 591 de 1991 que corresponden a la actividad científica y tecnológica. El quinto, contrato de encargo fiduciario de entidades en proceso de acuerdo de reestructuración, es una novedad, no reglamentada aún. El sexto, al no existir pluralidad de oferentes, se determinará según los elementos objetivos dados por el artículo 81 del decreto 2474; y el último, la adquisición o arrendamiento de inmuebles, se someterá a lo dispuesto por el artículo 83 decreto 2474.

Frente a la causal de contratos interadministrativos, la reforma trae la

novedad de condicionar al objeto de la entidad ejecutora la contratación de los bienes y servicios que se requieran, es decir si dentro del objeto de la entidad ejecutora del contrato interadministrativo esta el realizar las actividades a contratar o hay alguna relación con estas, se podrá realizar la contratación directa por esta modalidad, en caso contrario no será posible.

Consecutivamente, la norma determina una regla especial para las universidades públicas, las cuales no solo deberán tener dentro de su objeto una relación con las actividades a contratar, sino que no podrán contratar por vía del contrato interadministrativo obras, suministros, encargos fiduciarios ni fiducia pública. En caso que desee ser contratista de estos servicios deberá participar en las convocatorias públicas en competencia con los particulares, sin embargo en principio sus objetos no les permitirían participar en tales convocatorias.

Para todos los contratos interadministrativos el régimen de ejecución será el de las ejecutoras; sin embargo no se deben olvidar los principios que rigen la función pública, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Se resalta frente a las universidades públicas, que a pesar su autonomía universitaria, deben acogerse a los anteriores requerimientos por mandato del artículo 13 de la reforma; de la misma manera, si se hace necesario subcontratar por la ejecutora, el subcontratista no podrá haber participado en la planeación y los estudios o diseños previos del contrato,

con el fin de evitar un conflicto de interés.

Igualmente, la reforma acertadamente acabó con el manejo que se le estaba dando a las cooperativas y a las asociaciones de entidades territoriales, las cuales ya no podrán contratar directamente con las entidades públicas, únicamente en igualdad de condiciones con los particulares podrán participar en las convocatorias públicas, por expreso mandato del artículo 10 de la ley 1150.

De la misma forma, se determina frente a la contratación con organismos internacionales, sólo se podrá someter el contrato al régimen de estas entidades siempre y cuando su aporte de recursos sea mayor del 50%, en caso contrario estos contratos se someterán al estatuto general de los contratos públicos. Se prohíben los contratos para la administración de recursos propios de las entidades, esto con el fin de evitar la realización de los procesos de selección, por expreso mandato del artículo 20 de la reforma.

Los dos anteriores se regularon de esta manera debido al mal manejo que las entidades le dieron tanto a los contratos con cooperativas y asociaciones de entidades territoriales y los organismos internacionales, que se hacían con el fin de evitar abrir convocatorias públicas y así contratar directamente y beneficiar de esta manera a unos pocos en particular.

Frente a este punto también cabe mencionar la contratación que se hace con entidades sin ánimo de lucro, contratos que se rigen por el decreto 777 y 1403

de 1992, caso en el cual, se deberá tener en cuenta que el objeto a contratar no podrá ser de aquellos que genere utilidad, verbigracia: una obra o suministro; el fin de estos contratos debe ser una actividad de interés público, se debe realizar con una entidad de reconocida idoneidad, y esta condicionado a que el interés público objeto del contrato esté plasmado en el plan de desarrollo.

Por último, dentro de la contratación directa encontramos los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, que en principio, bajo el decreto 066 de 2008 se entendió como si fueran dos figuras, una, el contrato de prestación de servicios profesionales, y otra el contrato de apoyo a la gestión, el cual, no requeriría que el contratista fuera profesional; con la aparición del decreto 2474 de 2008 derogatorio del 066, se determina como un único contrato la prestación de servicios, el cual, tiene dos requerimientos, el primero, que sean servicios profesionales y el segundo, que sean de apoyo a la gestión, puesto que si son servicios para proyectos de inversión estaríamos hablando de una consultoría, por esto, es bien importante el carácter de apoyo a la gestión que no es mas que ante la carencia de personal en la planta para cierta actividad profesional que se requiera para el manejo administrativo de la entidad, se contrate por medio de esta causal de contratación directa.

Los requisitos para contratar la prestación de servicios profesionales serán que se posea título profesional y que la persona ostente de ejercicio

profesional acorde con el objeto a contratar, una experiencia acorde a lo que va a realizar.

Cabe mencionar que la reforma trae de novedoso el hecho de que no sólo se contratarán por esta causal personas naturales, sino también jurídicas, tema muy discutido antes de la reforma.

De la lectura del literal h, numeral 4º del artículo 2º de la nueva ley, se encuentra que la coma (,) introducida, se convierte en el hito que dirime la discusión, de tal manera que es indiscutible que la prestación de servicios y de apoyo a la gestión se podrá realizar con personas tanto naturales como jurídicas. En cambio, la contratación para la ejecución de trabajos artísticos se podrá realizar únicamente con personas naturales¹¹.

Para finalizar, la prestación de servicios no profesionales se hará por selección abreviada, si es un servicio de características técnicas uniformes o dependiendo la cuantía se hará por licitación o selección de menor cuantía.

3. Otros aspectos relevantes de la reforma

3.1 El sistema electrónico para la contratación pública- SECOP

La reforma busca modernizar y otorgar las herramientas necesarias para manejar la contratación pública de manera electrónica, la desmaterialización de la

contratación pública; este sistema, tiene dos fases: la fase informativa y la fase transaccional.

La fase informativa consiste en la obligación de publicar las actuaciones, actos administrativos, documentos, contratos y demás actos derivados de la contratación pública; actos que de no ser publicados no serán válidos, dicho de otro modo, la publicación en el SECOP es un presupuesto de validez de las decisiones de la contratación de las entidades, de la misma forma se notificarán y tramitarán estos actos por medio de este sistema.

Esta publicidad servirá tanto para los proponentes y contratistas del Estado, con el fin de que se informen de las convocatorias públicas abiertas y de las decisiones derivadas de estas, como para los organismos de control, en especial el control ciudadano.

Es obligación publicar los documentos referentes a las convocatorias públicas, es decir las licitaciones, la selección abreviada y los concursos de méritos conforme al artículo 8 decreto 2474 de 2008. Igualmente, las entidades sometidas a regímenes especiales deben publicar sus actos en el SECOP, por ser esta una norma que regula la contratación con recursos públicos en general, y también, la contratación directa, caso en el que se publicará el acto de justificación, el contrato, las modificaciones a este y la liquidación.

¹¹ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Op cit. P. 43-44.

Es deber de las entidades publicar estos actos dentro de los 3 días siguientes a su expedición, y deben mantenerlos en el sistema durante la vigencia del contrato y 2 años más, que es el término de caducidad de la acción contractual.

Igualmente, la fase informativa busca integrar el SECOP, el SICE, la Cámara de Comercio y los diversos sistemas relacionados con la contratación, con el fin de que las entidades puedan corroborar o buscar la información necesaria dentro del mismo sistema.

La fase transaccional busca realizar la contratación por medios electrónicos, de esa manera, se podrán hacer los negocios de manera virtual, la entrega de propuestas, las subastas, la firma del contrato y todo lo concerniente a la etapa negocial; de esta forma, el SECOP deberá ofrecer todas las herramientas electrónicas y de seguridad para hacer confiables los acuerdos de voluntades.

3.2 El registro único de proponentes

La reforma determinó la obligatoriedad de inscripción en el RUP, para todos los proponentes sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, de lo cual, se colige que las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en nuestro país no tienen este deber, por tanto, quedará en manos de las entidades la verificación de la información conforme se determine en el decreto reglamentario no expedido aún.

Igualmente, el artículo 6 de la ley 1150

le da el carácter de universal, salvo las determinadas excepciones taxativas en la norma.

El registro único de proponentes, contiene la información referente a los requisitos habilitantes de los proponentes; por tanto, serán los proponentes que en virtud al principio de buena fe se clasifiquen y califiquen conforme a la información que soporta su inscripción, la cual, se verificará por las cámaras de comercio, en consecuencia, las entidades al solicitar los requisitos habilitantes únicamente solicitaran el RUP y no documentos que lo sustenten, puesto que este tendrá el valor de plena prueba.

Lastimosamente, la norma con la intención de darle valor de plena prueba al RUP, en principio le prohíbe a las entidades la solicitud de documentos que lo soporten, sin embargo, parece que duda al introducir posteriormente la posibilidad de requerirlos en casos en que el objeto a contratar lo requiera.

Se sancionará la mala fe en cuanto se intente inscribir por parte del proponente información falsa, caso en el que se inhabilitara por 5 años y, si reincide su inhabilitación se hará permanente.

Las entidades, tienen la obligatoriedad mensual de informar a las cámaras de comercio los contratos celebrados, la cuantía, el cumplimiento las sanciones de los contratos ejecutados y los que estén en ejecución.

Se determina que cualquier persona podrá impugnar el registro de otra,

previo pago de una caución, impugnación que resolverá la cámara de comercio respectiva, luego de agotar esta vía, la única acción que podrá interponer, será la nulidad simple en única instancia.

Las entidades también podrán impugnar el RUP, cuando encuentren que la información de este entregada en una propuesta no corresponde a la realidad, caso en el cual, podrá suspender el proceso licitatorio por 30 días, los cuales, vencidos sin respuesta de la cámara, se reanudarán los términos y se continuará con el proceso cumpliendo con el principio de buena fe.

4. Conclusiones

Si bien, estos son los aspectos principales de la reforma, cabe mencionar grosso modo el desarrollo e implementación de varios principios que regularán el desarrollo de la contratación, de esta manera, podemos señalar el *principio de gratuidad* de la contratación, por medio del cual se estipula que no se podrá cobrar por los pliegos de condiciones ni por participar en ninguna convocatoria; el *principio de planeación*, el cual pretende que se elaboren estudios previos para cualquier tipo de modalidad de selección, que determinarán no solo el objeto y sus aspectos técnicos, sino también el porqué de los requerimientos en los pliegos sustentándolos no solo de manera jurídica sino técnica; de la misma forma, la determinación de los riesgos previsibles en todos los procesos de selección, los cuales, deberán ser

concertados con los proponentes, y para efectos de licitación pública serán discutidos en una audiencia; el *principio de objetividad o selección objetiva*, en el cual se estipulan los principios de *pasa no pasa* y de *proporcionalidad*, el primero, referente a los requerimientos referentes al proponente, los cuales, se consagran en el RUP dándoles el carácter de habilitantes, requisitos a los que no se les dará ninguna calificación sino simplemente la determinación de si pasa o no, dando la oportunidad de subsanar la información entregada, para luego proceder a evaluar la propuesta, estableciendo para cada proceso de selección lo que será objeto de evaluación, el segundo, determina que los requisitos tanto habilitantes como de evaluación deberán ser proporcionales al objeto a contratar.

Igualmente, se regula el debido proceso para las actuaciones en la contratación, en especial para las referentes a la imposición de multas y hacer efectiva la cláusula penal. De esta manera la entidad deberá dentro de su manual de contratación determinar el proceso respetando la defensa y contradicción de las partes; también se modifica el régimen de garantías; sin embargo, se está a la espera del decreto reglamentario.

La intención de la reforma fue darle más transparencia y eficiencia a la contratación no sólo de las entidades sometidas a la ley 80 de 1993, sino que también establece requerimientos generales a toda la contratación con recursos públicos, reforma que intenta

modernizar la contratación, ahorrarle dinero al Estado en la selección de contratistas, intentando escoger según el objeto contractual la mejor propuesta sin sacrificar la calidad por el precio como se venía haciendo anteriormente, todo esto enmarcado en los principios constitucionales, legales de la ley 80 y los desarrollados por la ley 1150 de 2007.

Si bien ha sido traumático el cambio para algunas entidades, se espera que la aplicación de la reforma y sus decretos reglamentarios traigan como resultado los fines esperados por el legislador para mejorar la contratación del Estado Colombiano.

Bibliografía

- BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Segunda edición. 2004. Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República. Ley 1150 de julio 16 de 2007. “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. En: <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L1150007.HTM>.
- GÓMEZ LEE, Iván Darío. Marco y procedimientos de la nueva contratación. Serie prevención No 4. Instituto de estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación.
- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Quinta edición. Iyer. P. 365-366.
- SUÁREZ Beltrán. Gonzalo. Reforma al estatuto general de contratación. Comentarios a la ley 1150 de 2007.
- Presidencia de la República. Decreto 2474 de julio 7 de 2008. “Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.” En <http://web.presidencia.gov.co/decretoslinea/2008/julio/07/dec247407072008.pdf>.