

**ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 80 EN LA CONTRATACION
ESTATAL**

Ing. LYDA ROCIO PEÑARANDA

Ing. JORGE ALVEIRO GUALDRON

GERENCIA E INTERVENTORIA DE OBRAS CIVILES

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

Bucaramanga, Septiembre de 2009

**ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 80 EN LA CONTRATACION
ESTATAL**

Ing. LYDA ROCIO PEÑARANDA

Ing. JORGE ALVEIRO GUALDRON

**PRESENTADO A:
ING. RAFAEL ORTIZ**

GERENCIA E INTERVENTORIA DE OBRAS CIVILES

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

Bucaramanga, Septiembre de 2009

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	5
INTRODUCCION.....	7
OBJETIVOS.....	8
OBJETIVO GENERAL.....	8
OBJETIVOS ESPECIFICOS	8
1. MARCO CONCEPTUAL	9
2. HISTORIA DE LA CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA	9
2.1 ANTES DE 1976	9
2.2 DE 1976 A 1983.....	11
2.3 DECRETO 222 DE 1983.....	11
3. LEY 80 DE 1993 – CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA	13
3.1 TITULO I: De las disposiciones generales	13
3.2 TITULO II: De los principios de la contratación estatal	14
3.3 TITULO III: Del contrato estatal	17
3.4 TITULO IV: De la nulidad de los contratos	18
3.5 TITULO V: De la responsabilidad contractual	19
3.6 TITULO VI: De la liquidación de los contratos	19
3.7 TITULO VII: Del control de la gestión contractual	19
3.8 TITULO VIII: De la solución de las controversias contractuales.....	20
3.9 TITULO IX: De las disposiciones varias	20
4. CRÍTICAS Y DEFICIENCIAS DE LEY 80 DE 1993	20
4.1 EFICIENCIA Y TRASPARENCIA	20
4.2 IGUALDAD	24
4.3 PROCESOS DE SELECCIÓN.....	25
4.4 ACTUALIZACION CON REFERENTES INTERNACIONALES	25
4.5 PROBLEMAS DEL ESTATUTO DE CONTRATACION	26
5. LA LEY 1150 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS.....	28
6. ANALISIS Y OBSERVACIONES	34
6.1 Modalidades de selección.....	34
6.2 Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)	35

6.3 Riesgos en los contratos estatales	35
6.4 Criterios que se deben tener en cuenta en los pliegos de condiciones.....	36
6.5 Registro Único de Proponentes (RUP).....	36
6.6 Garantías.....	36
6.7 Adjudicación mediante audiencia publica.....	37
6.8 Liquidación de contratos	37
6.9 Mipymes	37
6.10Inhabilidades a personas naturales y a las sociedades a la cual pertenezca	38
6.11Pago de Seguridad Social y Parafiscales.....	38
6.12Prorroga de plazo a las concesiones.....	38
CONCLUSIONES.....	39
RECOMENDACIONES	41
BIBLIOGRAFIA.....	42

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 80 EN LA CONTRATACION ESTATAL

AUTORES: LYDA ROCIO PEÑARANDA
JORGE ALVEIRO GUALDRON

FACULTAD: INGENIERIA CIVIL

DIRECTOR: RAFAEL ORTIZ

RESUMEN

La contratación administrativa en Colombia ha sido regulada en todos los tiempos, adquiriendo importancia especial a partir de 1976, las normas han intentado adecuar la contratación a los avances y desarrollos tecnológicos y administrativos de cada época y a su vez responder a las necesidades en materia de control político y social de las inversiones del estado colombiano, en aras de luchar contra la corrupción.

Unos de los mayores avances normativos fue la ley 80 de 1993, en el cual quisieran plantear de forma concreta las herramientas necesarias para la adecuada gestión contractual pública, basando sus objetivos en la eficiencia y la transparencia, circunstancias estas que debido a la tramitología del proceso de adjudicación, hacia menos transparente y menos eficiente el proceso.

Todo esto favoreció el desarrollo de la corrupción y fomentaba el mayor costo de los proyectos de inversión del estado. Por esta razón tanto el gobierno como los ciudadanos y contratistas presentaron en varias oportunidades entre el 2002 y el 2005, proyectos de ley orientados a introducir medidas de agilidad y simplicidad en los procesos contractuales, así como mayor garantía de rectitud en el manejo de los recursos públicos involucrados, con el fin de eliminar los espacios que pudieran ser utilizados para aprovechar indebidamente el patrimonio público.

Como resultado aparece la Ley 1150 de 2007, que ha sido el mayor aporte al control eficiente, eficaz, transparente en el manejo de la contratación estatal como de la inversión de los recursos públicos, ayudando no solo al gobierno en quien depositamos la administración del Estado, sino también generando confianza ante nosotros los ciudadanos y veedores en la actividad económica más importante del Estado, del cual podemos ser parte como contratistas.

En la presente monografía se realiza una revisión de la evolución de la normatividad en materia de contratación estatal y se analizan y comentan las principales modificaciones introducidas a la ley 80 de 1993 por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

PALABRAS CLAVES: contratación estatal, contratos, derecho administrativo.

GENERAL SUMMARY OF WORK OF DEGREE

TITLE: STATE RECRUITMENT LAW 80 MODIFICATION ANALISES

AUTHORS: LYDA ROCIO PEÑARANDA
JORGE ALVEIRO GUALDRON

FACULTY: CIVIL ENGINEERING

DIRECTOR: RAFAEL ORTIZ

SUMMARY

Administrative recruitment in Colombia has been always regulated, acquiring special importance since 1976, this law has attempted to adequate the recruitment to technological and administrative advances and developments on each time and at the same time to respond to needs about political and social control and also to Colombian state investments in order to fight against corruption.

One of the most important law advances was law 80, 1993, which wanted to set on a clear way the necessary tools to an adequate public contract management, having as base the objectives on efficiency and transparency, given this circumstances because of the adjudication processing, to a less clear and efficient process.

The prior to favor the corruption development and promote a bigger cost in state investment projects, because of this reason, the government, the citizens and the builder presented on many opportunities between 2002 and 2005 law projects oriented to set measures of agility and simplicity on contract processes and bigger warrantee to be honest on public resources management involved with the objective to eliminate the spaces that can be used to take inappropriate advantage of the public heritage.

As a result appears law 1150, 2007, which has been the greatest support to an effective and efficient control on state handling, helping the government, who manage the state, but generating too, confidence to us, the citizens and suppliers on economic attitude more important on the state, out of we can be part of as builders.

In the present monograph a revision on the law evolution with state recruitment as matter is done also, the analyses and comments about the main modifications to law 1150, 2007 and its regulatory decrees.

KEY WORDS: state recruitment, recruiting, administrative law.

INTRODUCCION

Para los profesionales de la ingeniería y de la arquitectura, así como para las ramas afines, es de gran importancia conocer el estatuto contractual contenido en la ley 80 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 1150 de 2007, al igual que sus decretos reglamentarios, para poder ejercer sus derechos dentro de los procesos de selección y exigir el cumplimiento de la normatividad sobre la materia.

Igualmente es importante efectuar una valoración crítica sobre la legislación existente con el fin de efectuar recomendaciones que garanticen a la ingeniera nacional su participación en los procesos de selección.

Teniendo en cuenta que el campo de la ingeniería y la arquitectura, esta ligada con los programas de gobierno en infraestructura, es importante identificar los problemas y los vacíos que han presentado las leyes que sobre el tema de contratación estatal se refieren así como sus decretos reglamentarios, ya que son estos los que nos dan pautas para la exigencia y cumplimiento de los derechos que a causa de esta circunstancia se ven afectados directamente.

Los mecanismos de contratación estatal son de gran importancia en el país como en las actividades económicas, ya que son estos los que permiten realizar una buena gestión sobre los recursos del estado y a su vez permitir que los particulares intervengan en la realización de la inversión económica que hace el gobierno para llevar a cabo su programa, siendo este ultimo como veedor de la legalidad y transparencia del manejo de los recursos públicos.

Debido a la problemática de corrupción que se ha venido presentando en el país, el legislador ha querido buscar mecanismos cada vez mas efectivos utilizando la implementación de avances tecnológicos para evitar que las leyes sean vulneradas, y que la contratación sea utilizada para beneficiar a unos pocos, desde un comienzo ya seleccionados.

Motivos estos por los que nos sentimos en la necesidad de exponer en esta monografía todos aquellos vacíos y vicios que han presentado las correspondientes reglamentaciones que sobre el tema se han promulgado, con el fin de plantear varias soluciones a la problemática que no deja brindar a los particulares una confianza sobre eficacia y transparencia de la contratación del estado.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Identificar y analizar las implicaciones que sobre la contratación pública tienen las modificaciones introducidas en la ley 80 de 1993 por la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Establecer las deficiencias de la ley 80 de 1993.
- Identificar las modificaciones de la ley 80 a partir de la ley 1150.
- Analizar las consecuencias de las modificaciones sobre la ingeniería nacional.
- Recomendar medidas para facilitar la adecuada participación de la ingeniería nacional en procesos de contratación.

ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 80 EN LA CONTRATACION ESTATAL

1. MARCO CONCEPTUAL

La contratación administrativa en Colombia ha sido objeto de regulación en todos los tiempos, adquiriendo especial importancia la desarrollada a partir de 1976, con modificaciones posteriores que han intentado por una parte adecuar la contratación a los avances y desarrollos tecnológicos y administrativos de cada época y por otra parte, responder a las necesidades en materia de control político y social de las inversiones del estado colombiano, puntualmente en aras de luchar contra la corrupción siendo uno de los más graves males de nuestra democracia.

El presente documento se refiere de manera particular a las modificaciones incluidas en el estatuto de contratación por la ley 1150 de 2007, cuyo propósito es agilizar el proceso de contratación mediante actualizaciones tecnológicas de los sistemas y fortalecer el estatuto en lo referente a la lucha contra la corrupción mencionada anteriormente, haciendo énfasis en la transparencia y la eficiencia de la ley 80 de 1993.

2. HISTORIA DE LA CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA

2.1 ANTES DE 1976

Desde tiempos inmemoriales el Estado Colombiano ha normatizado la contratación pública con el fin de establecer principios que propendan por la transparencia de los procesos y su eficacia, así en el “Código Fiscal Nacional (L. 110 de 1.912, arts. 9, 13 y 2) se dispuso la obligatoriedad de la licitación pública para el arrendamiento y venta de bienes nacionales, y para la adquisición de cosas indeterminadas de cierto género”. En la ley 61 de 1.921, art. 8, se dispuso igualmente la licitación pública “en los contratos que celebre el gobierno sobre adquisición de toda clase de materiales para los diversos ramos como los de transporte y los manuales, que no pueden hacerse por administración”.

Luego, la ley 106 de 1.931, art. 1, exigió tal licitación para los contratos de conducción de correos nacionales. Después el Decreto Extraordinario 2880 de 1.959 reglamentó el procedimiento de dichas licitaciones. Más tarde, la ley 4 de 1.964, art. 4, exigió la cláusula de caducidad para los contratos de obras públicas, mandato que repitió la ley 36 de 1.966. Posteriormente, el Decreto Extraordinario 2370 de 1.968 exigió la licitación para todas las adquisiciones mayores de \$ 50.000.00 que hiciera el Instituto Nacional de Provisiones.

Por su parte, la cláusula de caducidad administrativa se consagró por primera vez en el art. 4 de la ley 53 de 1.909 para los contratos de obra, disposición que repitió el Código Fiscal Nacional de 1.912, art. 41, para todo contrato nacional “que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios”, señalando como causas obligatorias la muerte del contratista y la quiebra del mismo. Tales normas fueron incluidas en el

Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1.941, art. 254) para los contratos de obras, los de prestación de servicios y los de explotación de bienes del Estado.

Después, en el D. E. 3130 de 1.968 se admitieron las cláusulas exorbitantes del derecho común en los contratos que celebre la Administración, entre ellas la de caducidad; como se observa, fueron los contratos de obra pública en los que se gestó la figura del contrato administrativo.

Esos contratos de obra pública merecieron la particular atención del legislador, cuando mediante la ley 4 de 1.964 los reglamentó, estableciendo para ellos en el art. 2 una clasificación según su objeto (para la ejecución de planos, proyectos e interventoría, para construcción, mejoras y conservación, a precio alzado o a precios unitarios, y para los mismos fines, por administración delegada), categorías que en buena parte recogió el Decreto Extraordinario 150 de 1.976. Además, en esa ley 4 se exigió para ellos el registro de Proponentes, con su clasificación y calificación, según lo dispuso el Decreto Reglamentario 1518 de 1.965. E igualmente, en tal ley se dispuso que dichos contratos admitían los reajustes o revisiones periódicas del precio alzado o de los unitarios, con empleo de formulas matemáticas (art. 11); así mismo, autorizó el arbitramento, la ley 2 de 1.938, art. 13.

Esta labor de estructuración del contrato administrativo de obra pública se continuó con la ley 36 de 1.966, en la que:

- se consagró el principio de que “ninguna obra podrá comenzarse sin que el contrato respectivo esté perfeccionado” (art. 1), que luego se amplió al de que “ningún contrato puede ejecutarse sino está perfeccionado”.
- igualmente en esa ley se dispuso el principio de que “en todo contrato deberán precisarse el objeto, la cuantía o valor y el plazo para la ejecución completa de la obra”.
- autorizó la suscripción de contratos “adicionales” por reajuste de precios o cambio de especificaciones (art. 4).
- se consagró también la responsabilidad civil de los interventores (art. 11).
- se autorizaron los contratos de obra mediante “concesión” (art. 6).
- se regló el “perfeccionamiento” de esos contratos, mediante el registro presupuestal, la reserva de fondos, la revisión del Consejo de Estado, la publicación del contrato y el otorgamiento de garantías (art. 7 y 8).
- se declaró como “motivos de utilidad pública” para la expropiación de terrenos particulares y para imposición de servidumbres, la construcción, mejoras, ensanches y conservación de obras públicas (art. 9), con las reglas dadas por la ley 83 de 1.935 y 1 de 1.943.

Mediante el Decreto 1779 de 1.960 se había adoptado un modelo de contrato de obra pública a celebrar entre el gobierno Nacional y entidades oficiales, en el cual se autorizaban los cambios de especificaciones, los reajustes de precios, las expropiaciones e imposiciones de servidumbres (si fracasaban los arreglos amigables); la ejecución previo perfeccionamiento; la prohibición de ceder el contrato, los anticipos de fondos; la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales; la caducidad administrativa “por falta de fondos o por cualquiera otra causa que a su juicio haga necesaria tal determinación”, relacionada con el incumplimiento del contratista; el derecho a la supervigilancia del cumplimiento del contrato; la liquidación del mismo, etc.

De otra parte, reglas sobre “contratos interadministrativos”, o celebrados entre entidades públicas, aparecen en el Decreto Extraordinario 550 de 1.960, art. 6. Normas sobre contratos de suministros se encuentran en el Decreto Legislativo 351 de 1.955 y en el Decreto Extraordinario 2880 de 1.959, estatuto éste que ya contemplaba la existencia de las Juntas de Licitaciones y la garantía de seriedad de las propuestas.

Sobre los procedimientos de tales contratos se ocupa el Decreto Extraordinario 2370 de 1.968. Sobre el contrato de prestación de servicios se encuentran normas en la Constitución Nacional, art. 120-13, en la ley 24 de 1.959, en la ley 1 de 1.963 y su reglamentario 792 de 1.963, en el D.E. 406 de 1.959.

Todas estas normas fueron asimiladas, ampliadas, regladas y sistematizadas por vez primera en un único estatuto que fue el D.E. 150 de 1.976.¹

2.2 DE 1976 A 1983

Mediante ley 19 de 1982 se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al presidente de la república para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el decreto 150 de 1976, de la cual es importante resaltar que se definió que son contratos administrativos “además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente ley que se otorgan, los de obras públicas, los de prestación de servicios, los de concesión de servicios públicos, los de explotación de bienes del estado, y los de suministros”, señalando que se denominan de obras publicas “los contratos que se celebren para la ejecución de obras”, y que podrá contemplarse la caducidad.

Igualmente estableció que “en el desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades” y que “los contratos de obras se ejecutaran estricta sujeción a las cláusulas del contrato, al proyecto que le sirve de base y a las instrucciones de la entidad contratante dadas para el mejor cumplimiento del contrato. Durante el desarrollo de las obras y hasta que tenga lugar la recepción definitiva, el contratista es responsable de las fallas que en la construcción se advierta sin perjuicio de la responsabilidad al que se refiere el art. 2060 del código civil”.

2.3 DECRETO 222 DE 1983

Con fundamento en las facultades antes mencionadas el gobierno nacional expidió el decreto 222 de 1983 aplicable a los contratos que celebre la nación (ministerios y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos y las superintendencias por conducto de los ministerios a los cuales se hallen adscritas.

¹ Gustavo Humberto Rodríguez, Contratos Administrativos y de derecho privado de la Administración, Ediciones Librería del Profesional, 1.983, pg. VII a X)

- A las empresas industriales y comerciales del estado y a las sociedades de economía mixtas en las que el estado posea más del 90% de su capital social le son aplicables las normas sobre contratos de empréstitos y de obras públicas.
- Las normas que en el estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales se aplicaran también a departamentos y municipios.
- Clasifico dentro de los contratos administrativos el contrato de obra pública señalando que en consecuencia se rige por los principio de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban.
- Estableció la licitación o concurso de meritos como forma de selección, clasificando la primera en pública o privada, según que la invitación a contratarse se haga públicamente a un número indeterminado de personas o en forma directa a los posibles contratistas. Por el concurso de meritos se adjudican los contratos de consultoría de cuantía igual o superior a cinco (5) millones de pesos.
- Estableció que no se podrá licitar, adjudicar o celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que no se hallaren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro de proponentes, en los casos especiales que dispongan los respectivos reglamentos.
- Se dispuso que los contratos estarán sujetos al respectivo registro presupuestal, así como, debía constituirse garantías las cuales debían ser aprobadas por la entidad y publicarse el contratos y pagar los impuestos de timbre correspondientes.
- Señaló de manera expresa la prohibición de fraccionar los contratos cualquiera que fuera su cuantía, indicando que existe fraccionamiento “cuando se suscriben 2 o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses”, salvo que exista un único proveedor de bienes o servicios.
- Contempló la figura de los contratos adicionales “cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios”.
- Definió los contratos de obras públicas como aquellos que “se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público”, estableciendo como formas de pago la de por precio global, precios unitarios, sistemas de administración delegada, sistemas de reembolso de gastos y pago de honorarios, y el otorgamiento de concesiones.
- En el art. 107 se incluyo una norma de protección a la ingeniería nacional, la cual disponía que “cuando se contraten proyectos de obras que solo utilicen recursos internos, o externos provenientes de entidades que no exijan participación de firmas extranjeras, estos se contrataran con colombianos y en las licitaciones o concursos no se llamaran firmas extranjeras, salvo que a juicio de la entidad licitante, la naturaleza de los proyectos u obras hagan necesaria dicha participación. Cuando se efectúen licitaciones o concursos que conlleven participan de firmas extranjeras, estas estarán en la obligación de asociarse con firmas nacionales, en un porcentaje no inferior al cuarenta (40) por ciento del valor del contrato. En igualdad de condiciones entre el proponente nacional y el extranjero, se preferirá al proponente nacional”².

² Art. 107 Decreto 222 de 1983

“Con el fin de adaptar la normatividad a la constitución nacional expedida en 1991 y adecuarla a la necesidad de dotar a las entidades estatales de normas que ofrecieran soluciones a las dificultades que presentara la actividad contractual del estado, por el excesivo reglamentarismo, la desnaturalización del contrato y las múltiples instancias de revisión y aprobación que caracterizaron su contenido”³, como lo expresara el presidente Cesar Gaviria Trujillo en el acto de sanción de la ley, se expidió la ley 80 de 1993, estatuto general de la administración pública, la cual se encuentra vigente con las modificaciones introducidas por la ley 1150 de 2007.

3. LEY 80 DE 1993 – CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Basados en los principios de transparencia, economía y responsabilidad y en los postulados que rige la función administrativa se expide la ley 80 de 1993 para unificar la contratación estatal.

3.1 TITULO I: De las disposiciones generales

Esta ley trata en el *Título I* sobre las disposiciones generales que plantea el objeto principal, el cual dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades del estado; los fines de la contratación estatal cuales son buscar el cumplimiento de los cometidos estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas.

Se disponen los derechos y deberes de las entidades estatales con los cuales se pretende que las entidades protejan al estado mediante las exigencias al contratista para que ejecute las obras de una manera idónea y oportuna y que las entregas sean de calidad, debe revisar los precios unitarios, supervisar las obras de forma periódica y plantear mecanismos y soluciones rápidas y eficaces en las diferentes situaciones.

Por otra parte los contratistas tienen derecho a recibir la remuneración pactada y que el valor acordado no sea modificado durante la vigencia del contrato, y tienen el deber de cumplir y responder con el objeto del contrato acordado y que sea de la mejor calidad.

Pueden contratar las personas naturales legalmente capaces en las disposiciones vigentes y las personas jurídicas nacionales y extranjeras que acrediten una duración no inferior a la del plazo del contrato y un año más y los consorcios o uniones temporales. El consorcio consiste en que dos o más personas se unan para presentar la misma propuesta, celebrar y ejecutar el contrato respondiendo de manera solidaria. Y la unión temporal se da cuando dos o más personas se presentan en la misma propuesta al igual que el consorcio respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones se asignarán según la participación en la ejecución de cada uno de los integrantes del mismo.

El Artículo 8º de la ley en mención, restringe la capacidad de contratación estableciendo inhabilidades para contratar, bien en razón de hechos que afectan la debida transparencia o seriedad del contratista como son las relaciones de parentesco, el haber sido sujeto de

³ Nuevo estatuto de la contratación Administrativa, Jaime Betancur Cuartas, 1 a edición, biblioteca jurídica, 1993

declaratoria de caducidad o de sentencia judicial con pena accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas o sanción disciplinaria de destitución o se refieren a la calidad del contratista como ostentar la investidura de servidor público. Y las incompatibilidades para contratar por haber sido el contratista miembro de la justa o consejo directivo de la entidad contratante, tener vinculo de parentesco con servidores públicos del nivel directivo asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante o tener el statu de cónyuge de compañera o compañero del servidor público de los niveles mencionados. Así como ser el servidor público de los niveles indicados o el cónyuge o compañero o compañera permanente o sus parientes hasta segundo grado de consanguinidad afinidad o civil tengan participación o desempeño en cargos de dirección o manejo en corporaciones, asociación, fundaciones y sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas salvo cuando deba actuar por disposición legal.

Define la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos, radicándola en los representantes de la entidad estatal respectiva, quienes pueden delegarla de manera total o parcial en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes.

Las entidades estatales tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato, y deben pactar cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, sometimiento de las leyes nacionales y caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del estado, así como en los contratos de obra, siendo facultativo su inclusión en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

Todas las personas naturales y jurídicas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles deben estar inscritas en la Cámara de Comercio y estar clasificadas y calificadas, mediante un formulario único, donde la capacidad financiera del inscrito se establecerá con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial. Además deben renovar esta inscripción cada año informando las variaciones concernientes a las actividades. Se exceptúan de la citada obligación la contratación de urgencia, contratación de menor cuantía, contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, contratos de prestación de servicios y cuando se trate de contratos de concesión o de adquisiciones de bienes cuyo precio lo regule el Gobierno Nacional. Impone a las entidades estatales la obligación de enviar semestralmente a la Cámara de Comercio del sector donde estén inscritos, la relación de los contratos ejecutados y las multas y sanciones que se hayan impuesto y de remitir la información general de las licitaciones o concursos a la Cámara de Comercio de su jurisdicción.

3.2 TITULO II: De los principios de la contratación estatal

El título II de la ley en análisis, trata los principios de la contratación estatal, de transparencia, economía y responsabilidad, y señala que las actuaciones de quienes intervengan debe regularse con base en dichos principios, los postulados que rigen la función administrativa y que deben aplicarse las normas que regulan a los servidores públicos, los principios generales del derecho y los particulares de derecho administrativo y las reglas de la interpretación de la contratación.

Según el principio de transparencia los contratistas se escogerán mediante licitación o concurso público, excepto cuando se contrate directamente como es el caso de menor cuantía, según el presupuesto anual de cada entidad, empréstitos, interadministrativos (excepto el contrato seguro), prestación de servicios profesionales o trabajos artísticos o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, arrendamiento o adquisición inmueble, urgencia manifiesta, declaratoria desierta de la licitación, cuando no se presente propuesta, bienes y servicios que requieran defensa o seguridad nacional, cuando no exista pluralidad de oferentes, productos de origen o destinación agropecuarios, prestación de servicios de salud, contratos que tengan por objeto directo actividades comerciales e industriales propias de las empresas estatales, excepto respecto de los últimos los que se identifican en el artículo 32. En los procesos contractuales se establecen etapas que permitan realizar observaciones acerca de los informes, conceptos y decisiones que se adopten, las actuaciones y los expedientes que las contengan serán públicos. Los pliegos de condiciones o términos de referencia deberán contener: requisitos necesarios para participar, reglas justas, claras y completas para una escogencia objetiva, condiciones de costo y calidad de bienes, obras o servicios, reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que no dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, plazo para la liquidación del contrato teniendo en cuenta el objeto, naturaleza o cuantía. Las reglas de adjudicación del contrato serán conocidas en los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones. Las autoridades deben realizar los procedimientos de selección objetiva y tener en cuentas los demás requisitos previstos en la ley.

Según el principio de la economía en las normas de selección y en los pliegos de condiciones se establecen los procedimientos para la selección objetiva de la propuesta más favorable, los cuales no pueden generar duda en los proponentes. Las entidades pueden abrir las licitaciones una vez tengan las disponibilidades presupuestales, posterior a los actos de adjudicación y al contrato no habrán revisiones ni exigencias diferentes a las previstas. Los estudios, diseños y pliegos de condiciones deben elaborarse con anterioridad al procedimiento de selección. En el presupuesto de debe incluir imprevistos ocasionados por retardos en los pagos y por cambios en las condiciones pactadas inicialmente, entre otras. Las entidades no exigirán documentos originales ni autenticados, y la ausencia de requisitos no necesarios para la comparación entre los proponentes no servirá para rechazar la propuesta. Si existe alguna solicitud en el curso de ejecución del contrato y las entidades estatales no se pronuncian dentro de los términos de 3 meses siguientes, entonces se entenderá que la solicitud es favorable en virtud del silencio administrativo positivo. El contratista debe presentar garantía única la cual certifica el cumplimiento de las obligaciones adquiridas al firmar el contrato y durara hasta la liquidación del contrato, se puede presentar póliza de garantía o garantía bancaria.

Según el principio de Responsabilidad los servidores públicos deben vigilar la ejecución de los contratos según su objeto y los fines de contratación. Los contratistas serán responsables de ocultar inhabilidades e incompatibilidades al contratar al igual que los documentos que incluyan para obtener la adjudicación del contrato.

En los contratos estatales se debe mantener la igualdad entre derechos y obligaciones en el momento de proponer o contratar, y la entidad debe cumplir con los pagos y reconocimientos al contratista.

La entidad debe escoger la propuesta con el ofrecimiento más favorable y la que cumpla con los fines que ella busca, de tal forma que sea objetiva. El plazo que se debe ofrecer es el solicitado en los pliegos, el más bajo no es objeto de evaluación.

El art. 30 de la ley en estudio, consagra la estructura de los procedimientos de selección, señalando las reglas que rigen la licitación o concurso entre las cuales se destacan:

- Orden de apertura por el representante de la entidad. En la apertura se deben tener los estudios, diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad
- La entidad elaborará los pliegos de condiciones, los cuales deben detallar el objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, los factores objetivos de selección y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que garanticen las reglas objetivas, claras y completas.
- Dentro de los 10 a 20 días calendarios anteriores a la apertura de la licitación se publicaran 3 avisos con intervalos de 2 y 5 días según sea la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de la entidad o medio de comunicación social con amplia difusión. En los pequeños poblados se leerán por bando y se fijaran en los principales lugares públicos por 7 días.
- Dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas se celebrará una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos y oír a los interesados. Como resultado de dicha audiencia el jefe de la entidad expedirá modificaciones al pliego de condiciones y si fuese necesario ampliará el plazo hasta por 6 días. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación se puedan solicitar aclaraciones que la entidad tendrá que responder mediante comunicación escrita.
- El plazo de la licitación se entiende como el término entre la fecha que se pueden entregar propuestas y su cierre. Se señalarán en los pliegos de condiciones según su objeto y cuantía. Dicho plazo se podrá prorrogar cuando lo estime conveniente o cuando las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones lo hayan solicitado por un término no superior a la mitad del plazo inicial.
- Las propuestas deben contener y sujetarse a cada uno de los puntos del pliego de condiciones.
- Según la naturaleza, objeto y cuantía del contrato la entidad señalará en los pliegos de condiciones el plazo para las evaluaciones técnicas, económicas y jurídicas de las propuestas y solicitar las aclaraciones necesarias.
- Los informes de evaluación permanecerán por 5 días en los cuales los proponentes podrán presentar observaciones a dicho informe, sin que se puedan completar, modificar o mejorar sus propuestas.
- Los plazos para adjudicación y firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones según su naturaleza, objeto y cuantía. El jefe de la entidad podrá prorrogar los plazos hasta la mitad del fijado inicialmente cuando las necesidades así lo exijan. Dentro del plazo de adjudicación se podrá declarar desierta la licitación
- La adjudicación se hará en audiencia pública en el evento previsto en el art 273 de la Constitución Política, es decir a solicitud de los organismos de control y en ella participaran el jefe de la entidad, los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y demás personas que deseen asistir. En los demás casos, el acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada y se notificara personalmente al proponente favorecido. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad a adjudicarlo.

- Si el adjudicatario no suscribe el contrato dentro del tiempo señalado quedara a favor de la entidad en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituido para responder por la seriedad de la propuesta, sin eximirlo de las acciones legales por los perjuicios causados y no cubiertos por la garantía. La entidad mediante acto administrativo podrá adjudicar el contrato dentro de los 15 días siguientes al proponente calificado en segundo lugar siempre y cuando la propuesta sea favorable a la entidad.

3.3 TITULO III: Del contrato estatal

El título III trata del contrato estatal, los cuales son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo define el art. 32 de la ley 80 de 1993 que son el contrato de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, y los encargos fiduciarios.

- Contrato de obra: son los que realizan trabajo material sobre bienes inmuebles
- Contrato de consultoría: Estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, gerencia de obra o de proyectos. Igualmente los que tiene por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.
- Contratos de prestación de servicios: Son los que desarrollan actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.
- Contrato de concesión: son los que tienen por objeto otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede ser tarifas, tasas, derechos, valorización o en la participación que se otorgue en la explotación del bien.
- Encargos fiduciarios y fiducia pública: contrato que tiene por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que las entidades celebren. Las entidades públicas fideicomitentes no podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo de la fiducia pública, ni pactar su remuneración, salvo que se encuentren presupuestados, la selección de la sociedad fiduciaria se hará por licitación o concurso. Las entidades estatales deberán controlar la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los contratos de fiducia, de acuerdo con la constitución política y las normas vigentes.

Los contratos deben constar por escrito y excepcionalmente requieren de escritura pública aquellos que implique mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles.

Por regla general los contratos se realizan con formalidades plenas salvo los casos autorizados en razón a la cuantía determinada en función de los presupuestos de las entidades.

En los contratos las entidades pueden incluir modalidades, condiciones y cláusulas que las partes consideren necesaria, se deben cumplir con los fines estatales que se requieran, siempre y cuando cumplan con la constitución, la ley, el orden público y las finalidades de la ley 80 de 1993. En los contratos no se podrá pactar un pago anticipado o un anticipo mayor al 50% de su valor.

Los contratos se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito. Para la ejecución se debe aprobar la garantía y debe existir la disponibilidad presupuestal, además de la publicación del contrato en el diario oficial o gaceta oficial.

Cuando exista urgencia manifiesta se puede prescindir del contrato escrito, pero se debe dejar constancia escrita de la autorización impartida por la entidad contratante y la contraprestación económica se acordara después del inicio de la ejecución del contrato, si no existe acuerdo en la contraprestación, esta ser impartida por el organismo respectivo o por un perito designado por las partes.

Existe urgencia manifiesta cuando se necesita inmediatamente un suministro de bienes, o prestación de servicios, o la ejecución de obras, cuando se trate de situaciones que impidan realizar los procedimientos de selección o concursos públicos, esta debe ser declarada mediante acto administrativo motivado.

Después de celebrar el contrato de la urgencia manifiesta, este deberá ser enviado al organismo que ejerza el control fiscal, el cual debe pronunciarse dentro de los 2 meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración.

3.4 TITULO IV: De la nulidad de los contratos

Las causales de nulidad son: cuando se celebran contratos con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidades, se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, con abuso o desviación de poder, se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten, se hayan celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el art 21 de la ley 80 del 93 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley

La nulidad absoluta podrá ser alegada pero no es susceptible de saneamiento por ratificación.

La nulidad relativa, que comprende los demás vicios que se presenten en los contratos que no constituyen nulidad absoluta, puede ser saneada por ratificación de los interesados o por el transcurso de 2 años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

La nulidad parcial es cuando se invalida alguna clausula del contrato pero no la totalidad.

Cuando se declara la nulidad del contrato que se encuentra en ejecución, se debe realizar el pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento.

Cuando ocurran vicios que no sean causales de nulidad, el jefe de la entidad puede sanearlo mediante acto motivado.

3.5 TITULO V: De la responsabilidad contractual

Las entidades deben responder por los perjuicios que le causen a los contratistas y debe indemnizar al contratista por la ganancia, beneficio o provecho que haya dejado de percibir.

El servidor público debe responder disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la constitución y la ley.

Los contratistas al igual que los consultores, interventores y asesores responderán civil y penalmente por sus acciones.

La acción civil prescribirá en el término de 20 años, la acción disciplinaria en 10 años y la acción penal en 20 años.

Si un servidor público realiza las infracciones tipificadas en los art. 144, 145 y 146 del código penal incurrirán en prisión de 4 a 12 años y en multa de 20 a 150 SMMLV.

Los actos sancionatorios los harán las autoridades competentes señalando los medios de impugnación y defensa que procederán contra tales actos.

3.6 TITULO VI: De la liquidación de los contratos

Los contratos que se prolonguen con el tiempo serán liquidados de común acuerdo en el tiempo estipulado en el pliego de condiciones, a más tardar antes de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En el acta de liquidación se debe poner fin a las divergencias presentadas para declararse a paz y salvo. Además se debe exigir al contratista la ampliación de la garantía del contrato a la estabilidad de obra, pago de salarios y prestaciones, responsabilidad civil si a ello tuviere lugar.

Se hará una liquidación unilateral por parte de la entidad cuando las partes no lleguen a un acuerdo o el contratista no se presente a la liquidación y se adoptara por acto administrativo.

3.7 TITULO VII: Del control de la gestión contractual

La procuraduría y demás agentes del ministerio realizaran investigaciones ante cualquier anomalía que se presenten y pueda obtener sanciones pecuniarias y disciplinarias. Además también harán visitas a las entidades estatales oficiosamente, dejaran informes escritos que se darán a conocer a la comunidad y se enviara copia a la Fiscalía General de la Nación.

Después de liquidados los contratos, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados.

Los ciudadanos podrán denunciar ante las autoridades competentes las irregularidades de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan delitos o faltas en la contratación estatal.

3.8 TITULO VIII: De la solución de las controversias contractuales

Cuando surjan diferencias y discrepancias en la actividad contractual se acudirá a mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

En los contratos se podrá incluir una cláusula compromisoria, así cuando exista una diferencia por razón de la celebración o ejecución del contrato, se someta a la decisión de un árbitro.

Si en el contrato no existe la cláusula compromisoria, cualquiera de las partes puede solicitar la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un tribunal de arbitramento para resolver las diferencias.

Para las controversias surgidas del contrato se puede buscar conciliación en las asociaciones profesionales y de las Cámaras de Comercio.

El juez competente para las controversias derivadas de los contratos estatales es el juez de la jurisdicción contencioso administrativa.

3.9 TITULO IX: De las disposiciones varias

Con esta ley quedaron derogados el decreto-ley 2248 de 1972, la ley 19 de 1982, decreto-ley 222 de 1983, excepción de los artículos 108 a 113; el decreto-ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del decreto 700 de 1992, y los artículos 253 a 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

Esta ley empezó a regir a partir de 1º de enero de 1994, excepto las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponente que empezó a regir un año después.

4. CRÍTICAS Y DEFICIENCIAS DE LEY 80 DE 1993

4.1 EFICIENCIA Y TRASPARENCIA

Una de las críticas que se plantearon a la ley 80 de 1993 fue el considerar que los conceptos de “eficiencia” y “transparencia” son ambivalentes, es decir, para buscar la transparencia debe aumentarse la tramitología con sacrificio de la eficiencia, razón por la cual en palabras de Gonzalo Suarez Beltrán en su obra “La Nueva Contratación Pública en Colombia” y quien dirigió el grupo consultor del Gobierno Nacional para la reforma legal, “se trata de superar el tradicional paradigma que ha llevado a nuestra política legislativa en materia de administración pública a identificar “probidad” con “tramite”, en una ecuación que ha arrojado no solo dudosos resultados en materia de transparencia, sino también un incremento importante en los costos de transacción asociados a la

contratación pública. Este resultado ciertamente se traduce en una gestión menos eficiente de los recursos públicos. La consigna de la nueva ley es diferente: si se es más eficiente, se es más transparente. Así mismo, la búsqueda de la eficiencia que se propone la reforma debería conducir a reducir los sobrecostos asociados a la compra pública”.⁴

La verdad, parece ser otra, la eficiencia puede tener relación directa con la tramitología, pero no la transparencia, la cual se fundamenta en los principios y valores de las personas que participan en los procedimientos contractuales, bien como servidores, bien como contratistas, por cuanto para un corrupto no hay trámite que detenga su ambición y un honrado no requiere de trámites sencillos o complejos para serlo. Es en últimas, cuestión de principios, los cuales en nuestra sociedad se han venido perdiendo y cada día vemos como el afán de enriquecimientos rápido de servidores y contratistas conllevan a la burla de las normas. Se suma a lo anterior, el manejo politiquero de las entidades públicas que ha conllevado que el mayor logro de la democracia en las últimas décadas, como lo es la elección popular de alcaldes y gobernadores se haya convertido en la mayor causa de corrupción, reflejada en la contratación pública, por cuanto el servidor invierte enormes sumas de dinero en su campaña y luego de obtener el voto popular trata de recuperar, entre otros métodos, por intermedio de la contratación pública y al final de su mandato, con el ánimo de colocar el sucesor pretende financiar su campaña con el erario público.

Quizá la mayor crítica a la contratación pública, ha sido la corrupción, razón por la cual en el Informe presentado a la República de Colombia sobre las medidas adoptadas y el progreso realizado por el Estado Colombiano en la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el período comprendido entre la XI y la XII Reunión del Comité de Expertos del MESICIC, propuso:

“2.2.1. Presentación de proyecto de ley por medio de la cual se introduzcan medidas para promover la eficiencia y la transparencia en la gestión de los recursos públicos.

En las tres últimas legislaturas, de 2002 a 2005, el Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso, varios proyectos de ley para introducir medidas de agilidad y simplicidad en los procesos contractuales, así como mayor garantía de rectitud en el manejo de los recursos públicos involucrados, con el fin de eliminar los espacios que pudieran ser utilizados para aprovechar indebidamente el patrimonio público.

En este marco, el Proyecto de Ley (que terminó con la aprobación de la Ley 1150 de 2007), fue iniciativa del Gobierno que consideraba de principal importancia “la modificación del Estatuto General de Contratación para la Administración Pública con el objeto de introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y un terreno adverso al accionar de la corrupción.” Cabe destacar que este Proyecto de Ley, que buscaba mejorar el sistema de normas que rige la contratación pública, fue resultado de un largo proceso de discusión del que hicieron parte

⁴ LA NUEVA CONTRATACION PUBLICA EN COLOMBIA, Primera edición, LEGIS S.A., Bogotá D.C., Colombia, pg. 2

los actores interesados en el mismo: órganos de control (Procuraduría y Contraloría) contratistas, académicos y la ciudadanía en general.

A través de este Proyecto de Ley se aprobaron medidas que promueven la eficiencia y la transparencia en la gestión de los recursos públicos, entre las cuales cabe destacar:

- Se quiso establecer como principio general de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que todas estas entidades deben observar en sus procesos de contratación los principios de la función administrativa y de gestión fiscal consagrados en la Constitución, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la normatividad contractual.

- Se tendría que derogar expresamente la norma que establecía la exclusión del régimen de contratación para aquellos celebrados con personas extranjeras y en su lugar se establece que, tratándose de contratos o convenios internacionales, estos deben someterse a los procedimientos de la ley 80 de 1993, salvo que el 50% o más del valor del mismo sea financiado con recursos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, evento en el cual se podrán regir por las normas de la organización internacional.

- Se debe circunscribir la contratación directa, cuando se trate de la celebración de contratos interadministrativos, a aquellos casos en los que el objeto del contrato a ser celebrado entre las entidades estatales tiene relación directa con las funciones encomendadas a las mismas.

- Se cambiarán las causales de contratación directa, y se creará la figura de la selección abreviada, procedimiento que corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

- Se realizará el cambio del contenido de la selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad financiera, experiencia y organización) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento.

- Se deberá cambiar la garantía de utilidad para los contratistas y en su lugar se establece que los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. Así mismo, en las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

2.2.2. Portal Único de Contratación Estatal

Se deberá crear un portal único de contratación por medio del cual se promueve la transparencia y eficiencia del Estado con un acceso ágil y oportuno a la información de las adquisiciones públicas, a través de la utilización de un sitio Web centralizado,

Se deberá reglamentar los plazos de obligatoriedad para la publicación de la información relativa a la gestión contractual de las entidades del sector centralizado y descentralizado en un Portal Único de Contratación, se adoptarán diferentes medidas para que todas las entidades estatales se vinculen al mismo lo puedan hacer en un término razonable, medidas entre las cuales cabe destacar las siguientes:

1. En todos los eventos de sensibilización y/o capacitación que sobre temas de Gobierno en Línea se adelantan por parte del Programa de Agenda de Conectividad ante las Entidades Públicas, se socializará la importancia y necesidad de dar cumplimiento a lo estipulado en el Decreto 2434 de 2006.
2. Se capacitará en el uso del Portal Único de Contratación, será puesto a disposición de los servidores públicos un tutorial que les permite adelantar un proceso de autocapacitación.
3. Se contará, a través del Centro de Interacción Multimedia de la Intranet Gubernamental, con una línea telefónica a nivel nacional de carácter gratuito para atender a proveedores, ciudadanos, servidores públicos o entidades, que manifiesten cualquier inquietud respecto del Portal.
4. De manera periódica se generaran comunicaciones, vía correo electrónico, a las entidades usuarias del Portal, respecto de aspectos relevantes del funcionamiento del mismo o de la gestión de información de los procesos publicados.
5. Todas las entidades se beneficiarán a través del Proyecto Gobierno En Línea Territorial, se les informará sobre los requerimientos tecnológicos mínimos para interactuar con el Portal.
6. A través del Programa Compartel del Ministerio de Comunicaciones se ha facilitará la conectividad a Internet a Entidades Públicas, e igualmente a través del mismo Programa se ha dispuesto para el uso de la comunidad en general de Telecentros, como puntos comunitarios de acceso a Internet.

2.2.3. Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE–

Se destacará la autonomía del SICE en el ejercicio del control fiscal, tal como lo establece la Constitución Nacional y las leyes relacionadas con la función auditora de la Contraloría General de la República. En virtud de dicha Ley, la CGR y el gobierno conformaron un equipo de trabajo para estudiar el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS y revisaron alternativas de optimización del mismo para hacerlo útil para el Portal de contratación, como herramienta

fundamental para el sistema de compras por medio electrónicos, y para los procedimientos de control fiscal por medios digitales dispuestos en el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 2178 de 2006, entre marzo y septiembre de 2007 se continuó con el trabajo conjunto entre la CGR y el Gobierno para avanzar en la articulación del SECOP con el SICE, en desarrollo de lo cual se han planteado propuestas de modificación de su reglamentación y de los aspectos normativos que debe incluir la Ley 1150 de 2007.

Se avanzará en la definición de los preceptos fundamentales de operación, como son el sistema de gestión de usuarios y las funcionalidades generales de cada sistema. A partir de que se apruebe la nueva Ley, se realizarán reuniones de carácter más técnico, contemplando las alternativas de plataformas de operación y la implicación de la adopción de cada una, la propuesta de la Intranet gubernamental y la RAVEC y las migraciones de los sistemas para hacerlos interoperables, entre otras.

Se ha avanzado en la definición de los requerimientos en recursos y tiempo para redimensionar el hardware y el software para articular el SECOP y el SICE, como permitir la interoperación de los sistemas de gestión contractual de algunas entidades del Estado, como el SILOG de las Fuerzas Armadas, Contratación a la Vista (CAV) del Distrito, y otros sistemas como el de ECOPETROL o el INVIAS, los cuales se desarrollaron con base en el sistema de clasificación del CUBS actual, por lo cual cualquier adaptación de la estructura del CUBS implicará para dichos sistemas diferentes requerimientos de adaptación de sus software base y funcionalidades desarrolladas”.⁵

4.2 IGUALDAD

Se cuestionaba, la ley 80 de 1.993, en el sentido de no propiciar la igualdad de oportunidades y permitir eludir los procedimientos de contratación, razón por la cual el Gobierno Nacional en la exposición de motivos del proyecto de ley señaló

“El proyecto se esmera en cerrar puertas falsas usadas a veces para afectar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los participantes en los procesos contractuales. De esta forma, regula los requisitos mínimos para participar en los procesos de selección, permite subsanar errores de "papeleo" que no alteren las condiciones que dan puntaje en la emulación, evita el uso de mecanismos que eluden la aplicación de la Ley 80 como el uso de cooperativas públicas.”⁶

⁵ Informe de la República de Colombia sobre las medidas adoptadas y el progreso realizado por el Estado Colombiano en la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el periodo comprendido entre la XI y la XII Reunión del Comité de Expertos del MESICIC.

⁶ PROYECTO DE LEY NUMERO 20 DE 2005 SENADO, 57 de 2006 CÁMARA. ACUMULADOS 13/2005, 19/2005, 32/2005, 83/2005 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras

4.3 PROCESOS DE SELECCIÓN

Importante reparo a la normatividad contractual, es el direccionamiento de los procesos de selección desde la elaboración de los pliegos, como se expresó en la exposición de motivos del proyecto de ley, cuando se afirma:

“Piedra angular de la apuesta que hace el proyecto por la obtención de los objetivos concurrentes de eficiencia y transparencia se encuentra en la reformulación del contenido del deber de selección objetiva con el objeto de que la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad administrativa, operacional, financiera y experiencia) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento; es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso ("pasa, no pasa") y en consecuencia la evaluación de las ofertas se concentre en los aspectos técnicos y económicos.

Esta separación de las condiciones del proponente de las de la oferta busca evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, dentro de la cual surge un elemento de vital importancia para la materialización de la estrategia, cual es la reforma al Registro Único de Proponentes, de manera que sea ese el único sitio en el que las condiciones mínimas de participación se acrediten, dándole valor agregado al esfuerzo ya realizado por el administrador del registro, que no se aprovecha en toda su extensión por una evidente miopía de la regulación vigente”⁷

4.4 ACTUALIZACION CON REFERENTES INTERNACIONALES

El Banco Mundial e Interamericano de Desarrollo como resultado de dos evaluaciones practicadas en el año 2000 y 2005 manifestó duras críticas por considerar que al comparar el régimen nacional con los parámetros internacionales y con normas de países desarrollados, sobre adquisiciones y contrataciones públicas, en el cual se indica que el estatuto existente debe ser actualizado para obtener mayor “eficacia y transparencia” y destacó que la ley 80 de 1.993 presentaba entre otras, las siguientes falencias: tenía una deficiente redacción y falta de regulación única y una estructura legal confusa; no se incluyen normas especiales para los consultores; criterios de clasificación y calificación cuestionables; excepciones injustificadas a las licitaciones públicas; confusión entre la

disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Gacetas: 458/2005, 656/2005, 90/2006 188/2006, 226/2006, 231/2006, 282/2006, 536/06

⁷ PROYECTO DE LEY NUMERO 20 DE 2005 SENADO, 57 de 2006 CÁMARA. ACUMULADOS 13/2005, 19/2005, 32/2005, 83/2005
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. Gacetas: 458/2005, 656/2005, 90/2006 188/2006, 226/2006, 231/2006, 282/2006, 536/06

calificación de los licitantes y la evaluación de las ofertas; y ausencia de disposiciones sobre precalificación”.⁸

4.5 PROBLEMAS DEL ESTATUTO DE CONTRATACION

En los documentos de las Mesas de Trabajo, Transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro, señala como problemas derivados del estatuto de contratación contenido en la ley 80 de 1.993, entre otros, los siguientes:

- 1) La ley 80 de 1.993 no es un estatuto general
- 2) Los convenios con organismos multilaterales pueden ser utilizados para eludir las normas de contratación
- 3) Los contratos interadministrativos es utilizado para prescindir de las normas contenidas en el estatuto de contratación
- 4) La contratación directa como regla general y licitación pública como excepción.
- 5) La necesidad de utilizar medios electrónicos
- 6) la garantía de utilidad del contratista es una clausula exorbitante a favor del adjudicatario
- 7) Subjetividad en los pliegos de condiciones
- 8) Ausencia de incentivos para la integridad
- 9) Debilidad de los controles a la contratación
- 10) Subcultura de la ilegalidad
- 11) Las organizaciones políticas y las elecciones

El informe de las mesas de trabajo señala:

“En los últimos años, la ley 80 de 1.993 ha sido objeto de análisis que concluyen con recomendaciones diversas entre las cuales es posible identificar temas comunes y grandes coincidencias. A continuación, se relacionan los principales problemas derivados del estatuto general de contratación:.... No es un estatuto general. Con toda seguridad, se trata del reparo mas frecuente formulado al estatuto. El carácter general de la ley 80 de 1.993, que se anuncia desde su titulo, se ha convertido en una figura retorica, pues abundan las excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley...Convenios con organismos multilaterales.

⁸ Comisión Intersectorial de Contratación Pública, CINCO, presidida por el Director General del departamento Nacional de Planeación, Aplicación de la Metodología OECD, sistema de Contratación Pública, pg. 2

La Contraloría General de la República en su informe sobre convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, afirma que éstos “pueden conducir a las entidades gubernamentales a evadir normas contractuales y a sustraerse de un control fiscal efectivo a la gestión de los recursos involucrados en los convenios.”

Contratos interadministrativos. Este tipo de contratos, por disposición de la ley 80 de 1.993, puede celebrarse en forma directa. Aunque la colaboración armónica entre las diferentes entidades del Estado para el logro de sus objetivos está prevista en disposiciones de orden constitucional y legal, en la práctica este tipo de contratos se está utilizando para que una entidad sometida al estatuto general de contratación pueda celebrar un convenio con otra entidad pública sujeta a un régimen especial, y así eludir el cumplimiento de los requisitos y plazos fijados a la primera por la ley 80 de 1.993.

La contratación directa como regla general. Aunque la ley 80 de 1.993 establece la licitación pública como el procedimiento general para toda contratación, en la práctica es una modalidad residual, en parte gracias a las numerosas excepciones consagradas por el estatuto contractual, y en parte gracias a su dispendioso procedimiento, el cual parece complicado si los encargados de las compras gubernamentales no están capacitados en forma adecuada, o si no se acude a documentos estándar como lo ha venido sugiriendo los informes CPAR del Banco Mundial...Medios electrónicos: tareas pendientes.

La ley 80 de 1.993 fue expedida antes de la masificación del uso del computador personal o del acceso a Internet, de ahí que subsistan disposiciones obligatorias como las contenidas en el art. 30 de la ley que en la práctica se reduce a una breve reseña en páginas interiores de los diarios.

El acceso a la información puede garantizarse mediante el uso de las tecnologías de información, en especial de los sitios web del Estado, por lo cual se ha insistido en extender la obligatoriedad de la publicación a todos los procesos de contratación que realiza cada entidad, incluyendo el texto completo de todos los documentos.

El Equilibrio económico y los riesgos de la contratación. Tanto la Misión de Contratación como el Informe de Adquisiciones del Banco Mundial han cuestionado la garantía de la utilidad del contratista que contempla la ley 80 de 1.993, definiéndola como una “clausula exorbitante” a favor del adjudicatario. Un análisis ponderado de los riesgos de la contratación, incluido en los pliegos de condiciones, y una distribución de aquellos que son previsibles en la minuta del contrato, podría disminuir las presiones sobre los funcionarios y los conflictos para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Subjetividad de las reglas de juego. Los pliegos de condiciones, como ley del contrato, deben tener un carácter general e impersonal. Sin embargo, los estudios consultados admiten que uno de los riesgos de la contratación es la confección de los pliegos o su modificación durante la licitación con el fin de favorecer un proponente en especial.

Recurso humano poco preparado. En algunos estudios revisados, se constata que el funcionario público asignado a las áreas de contratación se percibe como escasamente calificado y desconocedor de las normas aplicables a sus funciones.

Ausencia de incentivos a la integridad...En las encuestas sobre percepción de corrupción en las compras públicas se evidencia que el sector privado conoce, o ha conocido, prácticas indebidas en los procesos licitatorios, lo que conduce a que un importante número de potenciales proponentes se margine de las convocatorias...hace falta incentivos para avanzar hacia la denuncia".⁹

5. LA LEY 1150 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS

Con el fin de mejorar la eficiencia y la transparencia de la contratación pública se realizan modificaciones a la ley 80, expidiéndose la ley 1150, por medio de la cual se establecieron criterios que reformaron las anteriores normas de contratación y se generaron decretos como el 2474 que optimizaron estas reformas.

- El artículo 2º de la ley 1150 derogó el numeral 1 y el párrafo 1º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 en lo relacionado con la escogencia del contratista, estableciendo 4 modalidades de selección:
 - Licitación pública
 - Selección abreviada
 - Concurso de méritos: esta modalidad corresponde a la selección de consultores o proyectos, mediante sistemas de concursos abiertos o de precalificación, este último se hace mediante convocatoria pública, a través de lista limitada de oferentes.
 - Contratación directa
- En el art. 3º de la ley 1150 se facultó al gobierno nacional para desarrollar el SECOP, Sistema Electrónico para la Contratación Pública, con el fin de estandarizar e integrar la información y al mismo tiempo agilizar y habilitar las herramientas necesarias para realizar procesos de contratación electrónicos.
- El art. 4º de la ley 1150 de 2007 introduce una nueva norma al tratar la distribución de riesgos en los contratos estatales estableciendo que en los pliegos de condiciones se debe incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación y que en las licitaciones públicas los pliegos de condiciones deben señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisaran la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.
- Mediante el artículo 5º derogó el art. 29 de la ley 80 de 1993 que habla del deber de selección objetiva, manteniendo el criterio de que es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines

⁹ Recomendación para la reforma de la ley 80 de 1993, Documento Mesa de Trabajo, Transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro, publicado por Corporación Transparencia por Colombia.

que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, pero la ley 1150 establece criterios que deben tener en cuenta las entidades en los pliegos de condiciones, a saber:

- La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgaran puntaje salvo en los casos de selección de consultores. Otorga competencia a las Cámaras de Comercio para la verificación documental de los requisitos habilitantes.
 - Estableció como único factor de evaluación el menor precio ofrecido en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas y uniformes y común utilización.
 - En los procesos para la selección de consultores se exige que se haga uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, pudiendo utilizarse criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. Prohíbe incluir el precio como factor de escogencia.
 - Enfatiza y clarifica el criterio establecido en el art. 25 numeral 15 de la ley 80 del 93 según el cual la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento hasta la adjudicación o hasta la realización de subastas en los procesos de selección que se utilice dicho mecanismo
 - Prohíbe que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad sean objeto de calificación o se establezcan como documento habilitante para participar en licitación o concurso.
- Se derogó el art. 22 de la ley 80 por medio del art. 6º de la ley 1150 que mantiene el principio o la regla general establecido en el estatuto anterior de que las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales deben inscribirse en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio de su jurisdicción. Se diferencia la ley 1150 de 2007 en cuanto que no clasifica los contratos en los cuales debe cumplirse el requisito, es decir en el estatuto anterior el registro era obligatorio cuando se aspiraba a celebrar contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, en el actual, no se circunscribe a un determinado contrato. Igualmente establece excepciones. En el régimen anterior no se requería de registro ni de calificación ni de clasificación en los casos de contratación de urgencia, contratación de menor cuantía, contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el gobierno nacional. En el actual no se requiere en los casos de contratación directa, contrato para la prestación de servicios de salud, contratos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía de la respectiva entidad, enajenación de bienes del estado, contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o

destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole.

El nuevo registro único de proponentes tiene como objetivo servir de instrumento para la verificación de los requisitos habilitantes.

Como lo advierte Gonzalo Suarez Beltrán en su obra la nueva contratación pública en Colombia “la ley 80 del 93 creó el registro único de proponentes con el propósito de eliminar la proliferación de registros que se habían creado en algunas entidades estatales y que se habían constituido en barrera de entrada a los procesos. Así mismo, le confió la calificación y la clasificación de los proponentes según su actividad para aquellos contratos enunciados taxativamente en el art. 22. No obstante lo anterior, no solo dejó abierta la posibilidad para que las entidades verificaran la información de los proponentes en cada proceso de selección, si no que no previó un mecanismo de verificación de la información aportada por los proponentes al mismo. Como resultado de lo anterior y a pesar de la infraestructura destinada para la operación del registro por las Cámaras de Comercio, los proponentes se vieron abocados a aportar, por cada proceso contractual en el que deseara participar, una gran cantidad de documentos relativos a su experiencia y a su capacidad jurídica, financiera y operativa. Esta tramitomanía, repetida de proceso en proceso, incluso al interior de una misma entidad contratante, encareció la participación de los oferentes con el efecto consecuente sobre el valor final de los bienes y servicios. En lo sucesivo el RUP será centro único de acopio de la información común a los proponente y, en consecuencia, única fuente de acreditación”.

Si bien se mantiene el criterio que los proponentes se clasifiquen y califiquen en la reforma introducida por la ley 1150 se obliga a las Cámaras de Comercio a verificar documentalmente la información.

La nueva ley impone a las entidades estatales la obligación de enviar mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados. Anteriormente dicha obligación era semestral.

La ley 1150 de 2007 disminuyó a cinco años la inhabilidad consecuencia de presentar documentación o información que no corresponda a la realidad para efectos de inscripción en el RUP.

En cuanto al tratamiento de las personas jurídicas extranjeras se mantiene el criterio según el cual las personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia acreditan su inscripción en el Registro Único de Proponentes. En cuanto a las personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia la norma anterior (ley 80 de 1.993 art. 22.4) exigía demostrar la inscripción realizada en el país del domicilio principal y en su defecto debían inscribirse en Colombia y la actual (Decreto 4881 de 2008) señala que no se podrá requerir el Registro Único de Proponentes como requisito para participar en los

procesos de selección de contratistas, debiéndose exigir en el pliego de condiciones documentos equivalentes.

- El art. 7º de la ley 1150 del 2007 derogó el numeral 19 del art. 25 en lo relacionado con la obligación de constituir garantías que respondan por el cumplimiento de los ofrecimientos hechos y de las obligaciones contractuales. Sin bien se mantiene la obligación del contratista de constituir garantías, sin embargo la ley 1150 del 2007 amplía las clases de garantías al incluir la fiducia mercantil en garantía, el endoso en garantía de títulos valores y el depósito de dinero en garantía, aun cuando en la práctica al igual que en el sistema anterior los contratistas por regla general acuden a las pólizas de seguros y solo cuando las compañías aseguradoras niegan las pólizas eventualmente se utiliza las otras clases antes mencionadas.

La ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 mantienen la regla general de exigir a los contratistas garantía para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, así como, de los ofrecimientos hechos. Se mantiene la excepción para los contratos de empréstitos, interadministrativos y de seguros, así como en aquellos de mínima cuantía. Difiere la nueva ley en cuanto abolió el privilegio que tenían las cooperativas de trabajo asociado de ser exoneradas de la obligación de constituir garantías, situación justificable en virtud del principio de igual que debe existir entre quienes contratan con el estado.

Tanto en el sistema de ley 80 como en el de la ley 1150, el legislador facultó al gobierno para reglamentar el régimen de garantías en la contratación.

Los decretos reglamentarios expedidos por el gobierno nacional, primero el decreto 679 de 1994 y ahora como consecuencia de la ley 1150 de 2007 el decreto 4828 de 2008 en principio mantienen similares riesgos a amparar derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales o de los ofrecimientos hechos tales como la garantía de seriedad, buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, estabilidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados y calidad del servicio.

Mantiene igualmente el criterio de exigir en los contratos de obra el amparo de responsabilidad civil, pero la nueva reglamentación impone a las entidades la evaluación de los riesgos y por tanto ya no es taxativa en cuanto a que riesgos deben exigirse en atención al tipo de contrato.

En cuanto a la garantía de seriedad el nuevo reglamento mantiene el porcentaje mínimo del 10 % como el sistema anterior, pero autoriza disminuirlo cuando se trata de presupuesto oficiales superiores a un (1) millón de salarios mínimos legales mensuales vigentes y permite a las entidades abstenerse de exigir las garantías de seriedad en los procesos de subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios, así como en el concurso de méritos cuando el ofrecimiento es para la presentación de una propuesta técnica simplificada, estableciendo como sanción al oferente incumplido la inhabilidad para contratar con el estado por el término de 5 años.

En lo relacionado con el amparo de estabilidad de la obra, tanto en el régimen anterior como en el actual, debe ser evaluado en cada caso por la entidad, de acuerdo al objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato y en principio tiene un término mínimo de vigencia de 5 años. En el nuevo sistema se permite a la entidad justificar técnicamente la necesidad de una vigencia inferior, con lo cual se pone la norma en consonancia con la realidad, por cuanto de acuerdo a la naturaleza de los contratos de obra en muchos de ellos no es razonable una vigencia tan prolongada.

El decreto 4828 en lo relacionado con el amparo de responsabilidad civil a diferencia del anterior establece un porcentaje mínimo del 5% del valor del contrato y en ningún caso inferior a 200 smmv.

Amplio las excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía al incluir los contratos de obra y en general en todos aquellos en los cuales el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere de su división en etapas, bajo condición que el plazo del contrato sea o exceda de 5 años.

El nuevo reglamento impone el deber a las entidades de incluir en todos los contratos una cláusula de indemnidad conforme a la cual, será obligación del contratista mantenerlas indemnes de cualquier reclamación provenientes de terceros que tenga como causa las actuaciones del contratista.

En el decreto 4828 es más claro en cuanto a los mecanismos que tienen las entidades estatales para hacer efectivas las garantías.

- El art. 9º de la ley 1150 de 2007, manteniendo el respeto al mandato constitucional establecido en el art. 273, derogó el numeral 11 del art. 30 de la ley 80 de 1993, en 3 aspectos sustancialmente a saber: 1) establece que la adjudicación en los procesos de licitación pública se efectúe en audiencia pública (el decreto 2170 de 2002 autorizaba a las entidades a realizar las adjudicaciones en audiencia pública, norma que fue suspendida por el consejo de estado mediante auto 25206 de 2004); 2) aun cuando mantiene el principio de la irrevocabilidad del acto de adjudicación, consagra una excepción de revocatoria cuando dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo sobreviene una inhabilidad o una incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales; 3) autoriza a las entidades cuando declaren la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al 50% del mismo con excepción de los contratos de concesión para contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección.
- La ley 1150 mantiene el criterio según el cual son objeto de liquidación los contratos de tracto sucesivo o aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo. Igualmente, la modalidad de liquidación de mutuo acuerdo y la liquidación unilateral, conservando en el primer caso el término establecido en los pliegos de condiciones o en su defecto el de 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación. En relación con la liquidación unilateral la ley 1150 le establece un término de 2 meses para ejercer por parte de las entidades dicha facultad. Introduce una nueva norma para indicar que si vencido el plazo no se ha realizado

la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos (2) años siguientes de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el art. 136 del código contencioso administrativo. Por lo tanto modifica el art. 60 y 61 de la ley 80 de 1993, mediante el art. 11 de la ley 1150.

- La ley 1150 con el ánimo de fomentar las Mipymes y apoyar la economía local faculta al gobierno para disponer las condiciones que deben establecer las entidades estatales en los pliegos de condiciones con dicho fin. Procesos de selección cuyo valor sea menor de 750 SMMLV tendrán que ser adjudicados a las Mipymes o a los grupos marginados o discriminados que se asocien bajo esta modalidad y cuyo domicilio este en el lugar de ejecución del contrato. Se exige un año de existencia para que las Mipymes departamentales, locales o regionales participen en las convocatorias, de acuerdo con las condiciones establecidas por el gobierno nacional, según artículo 12 de la ley 1150.
- El art. 18 de la ley 1150 adiciona al art. 8 de la ley 80, introduciendo el literal j, por medio del cual se inhabilita a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad será extendida a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.
- El art. 19 de la ley 1150 adiciona al art. 4 de la ley 80, que trata de los derechos y deberes de las entidades estatales, el numeral 10, mediante el cual estas deben respetar el orden de presentación de los pagos de los contratistas.
- En lo relacionado con contratos o convenios con organismos de cooperación o ayudas internacionales, la ley 1150 en el art. 20 es más estricta al disponer que se someterán a los procedimientos establecidos en la ley 80 cuando sean financiados con sumas inferiores al 50%, a diferencia del estatuto anterior (art. 13, ley 80) que no establecía límite alguno.
- El art. 21 de la ley 1150 adiciona al art. 12 de la ley 80, con el fin de enfatizar que los representantes o jefes de las entidades no quedaran exonerados de sus deberes de control y vigilancia en la actividad precontractual y contractual, por efecto de la delegación e indicar que se entiende por desconcentración, al señalar que es la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio.
- El art. 23 de la ley 1150 introdujo un nuevo requisito de la ejecución de los contratos, al señalar que “El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda”, fortaleciendo las normas que evitan la evasión de recursos a la seguridad social.
- El art 24 de la ley 1150 somete a las corporaciones autónomas regionales, incluyendo a la corporación autónoma regional del rio grande de la magdalena al estatuto general de contratación contenido en la ley 80 de 1993, derogando la

función que a los consejos directivos de dichas entidades les había otorgado la ley 99 de 1983 de expedir normas de contratación.

- Art 28 de ley 1150 adiciona a la ley 80: cuando se trate de obras adicionales en contratos de concesión de obra pública aprobadas por el conpes (consejo nacional de política económica y social), pueden tener una prórroga o adición hasta del 60% del plazo, sin tener en cuenta el monto de la inversión. Las prórrogas de concesión no pueden ser automáticas.
- Mediante el art 32 de la ley 1150 se derogan los siguientes art. de la ley 80 del 93: “El párrafo del artículo 2°; la expresión “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado” del inciso segundo del artículo 3°; el inciso 4° del artículo 13, el artículo 22; el numeral 1 y el párrafo 1° del artículo 24; el inciso 2° del numeral 15, el numeral 19 y la expresión “la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes” del inciso segundo numeral 12 del artículo 25, el artículo 29, el numeral 11 del artículo 30, el artículo 36, el párrafo del artículo 39 y el inciso 1° del artículo 60, con excepción de la expresión “Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación” el artículo 61 y las expresiones “concurso” y “términos de referencia” incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993, así como la expresión: “Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”.

También se derogan las siguientes disposiciones: El párrafo 2° del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1° de la Ley 828 de 2003, el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el literal d) del artículo 27 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 19 Ley 161 de 1994. Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en esta ley”.¹⁰

6. ANALISIS Y OBSERVACIONES

6.1 Modalidades de selección

ANALISIS

Para la ingeniería nacional las modalidades de selección consagradas en el nuevo estatuto son la licitación pública y la selección abreviada, para la realización de contratos de obra pública; y el concurso de meritos, para la consultoría.

La diferencia entre la licitación y la selección abreviada mediante la contratación de menor cuantía radica en que el ultimo es mas simplificado en cuanto que los lapsos de duración entre una actividad y otra son más breves, no hay obligación de realizar audiencia de aclaración de pliegos ni de estimación y tipificación de riesgos.

¹⁰ Art 32 ley 1150 de 2007

En el concurso de meritos se podrá utilizar sistema de concurso abierto o de precalificación y en este último caso la conformación de la lista de precalificados se hace mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando criterios como el de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes.

OBSERVACIONES

Lo ideal y aconsejable es que la contratación pública se realice mediante procedimientos en los que prime la convocatoria pública, como la licitación, la selección abreviada y el concurso meritos. Por tanto, debe el congreso ir cerrando el paso a las excepciones como la posibilidad de realizar los contratos mediante contratación directa por lo cual cada día debe ser más exigente en los requisitos para la realización de contratos interadministrativos y no permitir, como lo hizo el reglamento, que se contrate directamente cuando el valor no supera el diez por ciento (10%) de la menor cuantía, ya que la practica demuestra que las entidades abusan del fraccionamiento de los contratos con el fin de obviar la licitación o la selección abreviada

6.2 Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP)

ANALISIS

Al fortalecer la publicidad de las actuaciones y los documentos de la etapa precontractual y contractual se garantiza una mayor transparencia y por ende una mejor competitividad entre los proponentes lo cual beneficia a la ingeniería nacional en la medida que genera mayor equilibrio e imparcialidad, igualmente que se implementa la tecnología al establecer mecanismos eléctricos para la publicidad de los procesos.

OBSERVACIONES

El desarrollo del sistema electrónico para la contratación pública es sin lugar a duda de importancia para garantizar la transparencia de los procesos y al mismo tiempo para mantenerse a la vanguardia con la tecnología. Debe procurarse por no establecer excepciones como las señaladas en el parágrafo 5to del art. 8 del decreto 2474.

6.3 Riesgos en los contratos estatales

ANALISIS

El objetivo de la norma es que las partes vinculadas a la futura contratación efectúen una evaluación previa de los riesgos previsibles, con el fin de identificar su responsable y prever futuras alteraciones del equilibrio financiero del contrato. A diferencia del sistema anterior en que las partes no discutían el asunto y solo lo realizaban una vez presentados los hechos en las reclamaciones administrativas o judiciales.

OBSERVACIONES

Conocidos los riesgos antes de la ejecución del contratos obliga al contratista a minimizarlos diseñando las estrategias para el efecto, puesto que se conocen de antemano las consecuencias; seria loable que no solo en las licitaciones públicas si

no que en todos los procesos se establezca el momento en que las partes revisen la asignación de riesgos.

6.4 Criterios que se deben tener en cuenta en los pliegos de condiciones

ANALISIS

En la medida en que se reafirma el criterio del deber de efectuar la selección de manera objetiva y que las condiciones relacionadas con la capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes sean objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes y se señalan parámetros para ello se hace más transparente los procesos favoreciendo a la ingeniería nacional en la medida en que cada vez se hacen más claras las reglas para competir.

OBSERVACIONES

Sin lugar a dudas, es importante ir estableciendo marcos normativos que hagan más objetiva la selección acabando, como en efecto se hizo, con la posibilidad de excluir a participantes por falta de documentos y requisitos formales y debe propender porque cada día los pliegos de condiciones eviten cerrar la participación a unos pocos oferentes, para lo cual debe buscarse la unificación de los pliegos de condiciones y que las entidades públicas manejen unos mismos criterios dada la naturaleza y cuantía de la contratación.

6.5 Registro Único de Proponentes (RUP)

ANALISIS

Al centralizar la información sobre la capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes y su verificación en las Cámaras de Comercio se evita la proliferación de criterios de evaluación por parte de las entidades estatales, su manipulación en beneficio de sus proponentes y la ingeniería nacional. Además que se busca que la información sea más fidedigna por cuanto es sujeto de comprobación.

OBSERVACIONES

En el futuro sería importante que el legislador estableciera el criterio de inscripción en el registro único de proponentes no solo como regla general, si no que debería abolirse las excepciones para mayor garantía de participación, máxime si se tiene en cuenta el gran número de contratos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía que realizan las entidades. Con la implementación del nuevo sistema se evita tramitología y la presentación de documentos en los cuales conste información existente en las Cámaras de Comercio.

6.6 Garantías

ANALISIS

Para la ingeniería nacional las modificaciones introducidas en la nueva ley, favorecen su ejercicio, en la medida que los contratistas tiene varias opciones para amparar los riesgos no limitándose como en antaño a las garantías otorgadas por compañías de seguros o a la garantía bancaria. Al mismo tiempo se favorece la entidad en cuanto

puede ser mucho más estricta en la exigencia de garantías ya que el contratista no se puede escudar en su no expedición por parte de compañías de seguros o bancos.

OBSERVACIONES

Como se advirtió, en la práctica sigue prevaleciendo la modalidad de constituir garantías a través de compañías de seguros por ser las más económicas y de mas fácil adquisición, sin embargo se resalta que la normatividad cada vez amplíe las alternativas posibles, y en el futuro sería más conveniente que se dejara abierta la opción para que las entidades pudiesen en un caso concreto aceptar otro tipo de garantías. Es positivo que se permita prescindir de garantías en algunos eventos como los analizados, como es el caso de selección abreviada causal adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, procedimiento de subasta y es negativo que las entidades eximan de garantías por el simple hecho de tener un valor inferior del 10% de la menor cuantía sin analizar la potencialidad de riesgos.

6.7 Adjudicación mediante audiencia publica

ANALISIS

Para la ingeniería nacional es favorable todas las normas que mejoran la transparencia de los procesos contractuales, por ello, al establecer la obligatoriedad de la audiencia pública en los procesos de licitación se aumenta la participación haciendo más imparcial el proceso.

OBSERVACIONES

Debería el legislador establecer que todos los procesos de contratación se realizaran por licitación o concursos de meritos y las adjudicaciones en audiencia pública.

6.8 Liquidación de contratos

ANALISIS

La liquidación de un contrato no tiene afectación en la ingeniería nacional.

OBSERVACIONES

Ni la norma actual ni la anterior señalan cual debe ser el tramite a seguir si vencido los plazos señalados no se liquida un contrato. ¿Se pierde la competencia para liquidar los contratos y queda indefinidamente sin liquidar o lo pueden realizar de mutuo acuerdo las partes?.

6.9 Mipymes

ANALISIS

En principio con el fomento de la mano de obra local y con la contratación de mipymes previo proceso de selección entre ellas no se afecta la ingeniería nacional por cuanto las mismas pueden ser organizadas por profesionales de la ingeniería y de la arquitectura.

OBSERVACIONES

Es notable la falta de interés por parte del gobierno en relación a la reglamentación de las mipymes, puesto que a la fecha no se ha expedido el decreto que reglamenta las condiciones para que en desarrollo de los procesos de selección participen las mipymes.

6.10 Inhabilidades a personas naturales y a las sociedades a la cual pertenezca

ANALISIS

Por tratarse de normas de ética y moralidad no incide en la ingeniería nacional por cuanto ésta misma lucha porque las costumbres administrativas sean morales.

OBSERVACIONES

Las normas cada día deben ser más estrictas en cuanto a la moralidad para que se minimice la corrupción y los procesos se realicen de forma transparente debiéndose extender a otros hechos punibles y no solo aquellos que tienen que ver con erario público.

6.11 Pago de Seguridad Social y Parafiscales

ANALISIS

El pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, es una obligación para todas las personas que contraten con el Estado ya sean naturales o jurídicas, para brindar asistencia y protección a todos los colaboradores.

OBSERVACIONES

La anterior norma ha generado controversia por cuanto las entidades estatales con fundamento en él exigen a las personas que van a contratar con el estado que demuestren encontrarse a paz y salvo con el sistema de seguridad social lo cual en la práctica genera un trato discriminatorio con las personas naturales que no están cotizándolo al sistema.

6.12 Prorroga de plazo a las concesiones

ANALISIS

Esta nueva norma es favorable para las concesiones existentes y futuras en la medida que permite prorrogar o adicionar hasta el 60% del plazo estimado siempre y cuando se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en los estudios técnicos y económicos.

OBSERVACIONES

Aclara de manera expresa que no hay prorrogas automáticas en los contratos de concesiones, evitando que el tema quede a interpretación de las partes.

CONCLUSIONES

- Al fortalecer la ley 1150 de 2007, los procesos de convocatoria pública consagrando la modalidad de selección de licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada y contratación directa, donde adquieren mayor importancia los procesos reglados de amplia participación, se garantiza la transparencia y la ingeniería nacional se beneficia en la medida en que hay más imparcialidad y mejor competitividad.
- En relación con la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación, la ley 1150 de 2007 consagra un avance de importancia por cuanto impone la obligación que se evalúe por las partes previamente a la suscripción del contrato.
- En lo referente a la selección objetiva la ley 1150 de 2007 no solo establece unos criterios más claros de selección si no que traslada a las Cámaras de Comercio la responsabilidad de la verificación de los requisitos habilitantes. E igualmente se enfatiza sobre la imposibilidad de rechazar propuestas por la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, prohibiendo además calificar las certificaciones de sistemas de gestión de calidad o su consagración como documento habilitante.
- Se reestructura el registro único de proponentes con el fin de convertirlo en un instrumento que le permita a las Cámaras de Comercio valorar la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.
- La nueva ley amplía los modos de constitución de las garantías permitiendo al contratista otorgarlas mediante garantías bancarias, constitución de pólizas expedidas por compañías de seguros y los demás autorizados por el gobierno nacional al expedir el reglamento entre las cuales se destacan la fiducia mercantil en garantía, endoso en garantía de títulos valores y depósito de dinero en garantía (decreto 4828 de 2008). Igualmente merece resaltar la consagración de la cláusula de indemnidad conforme a la cual, será obligación del contratista mantener indemne a la entidad estatal de cualquier reclamación proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del contratista.
- Al consagrar la obligatoriedad de la audiencia pública en los procesos de licitación se garantiza una mayor transparencia y se fortalece la participación en beneficio de la ingeniería y en general de todos los que pretendan celebrar contratos con el estado.
- La ley 1150 de 2007 hace de la contratación pública un instrumento de política económica y social al permitir que en determinadas circunstancias, desarrolladas

por el gobierno nacional, al contemplar la absorción de mano de obra y productos locales durante la ejecución de contratos estatales, así como, con la contratación y promoción de las pymes.

- La nueva ley elimina regímenes especiales existentes como el tratamiento que tenía las cooperativas de entidades territoriales, el de las corporaciones autónomas regionales, el de cormagdalena y el de convenios de cooperación con organizaciones privadas entre otras.
- Se armoniza la ley con la constitución nacional al establecer que el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales

RECOMENDACIONES

- Se recomienda exigir la aplicación de la ley 1150 de 2007 en el sentido de abolir en la contratación pública la denominada contratación de mínima cuantía, es decir la de aquellos contratos cuyo valor no supera el 10% de la menor cuantía y obligar que para todos los casos se realice licitación pública o selección abreviada.
- Establecer que las adjudicaciones se realicen en audiencia pública no solo en los procesos de licitación pública si no en cualquiera de las modalidades de selección.
- Con el fin de garantizar la participación e imparcialidad de las entidades, es importante que se unifiquen los pliegos de condiciones y los parámetros de calificación de los proponentes, para evitar la subjetividad en los procesos de selección por parte de las entidades del estado.
- Las normas cada día deben ser más estrictas en cuanto a la moralidad para que se minimice la corrupción y los procesos se realicen de forma transparente debiéndose extender a otros hechos punibles y no solo aquellos que tienen que ver con erario público.
- En el futuro sería importante que el legislador estableciera el criterio de inscripción en el registro único de proponentes no solo como regla general, si no que debería abolirse las excepciones para mayor garantía de participación, máxime si se tiene en cuenta el gran número de contratos cuyo valor no supere el 10% de la menor cuantía que realizan las entidades.

BIBLIOGRAFIA

- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007
- Decreto 2474 de 2007
- Recomendación para la reforma de la ley 80 de 1.993, Documento Mesa de Trabajo, Transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro, publicado por Corporación Transparencia por Colombia
- Comisión Intersectorial de Contratación Pública, CINCO, presidida por el Director General del departamento Nacional de Planeación, Aplicación de la Metodología OECD, sistema de Contratación Pública
- PROYECTO DE LEY NUMERO 20 DE 2005 SENADO, 57 de 2006 CÁMARA. ACUMULADOS 13/2005, 19/2005, 32/2005, 83/2005 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. Gacetas: 458/2005, 656/2005, 90/2006 188/2006, 226/2006, 231/2006, 282/2006, 536/06
- Informe de la República de Colombia sobre las medidas adoptadas y el progreso realizado por el Estado Colombiano en la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el periodo comprendido entre la XI y la XII Reunión del Comité de Expertos del MESICIC
- LA NUEVA CONTRATACION PUBLICA EN COLOMBIA, Primera edición, LEGIS S.A., Bogotá D.C., Colombia, pg. 2
- Gustavo Humberto Rodríguez, Contratos Administrativos y de derecho privado de la Administración, Ediciones Librería del Profesional, 1.983, pg. VII a X)
- Nuevo estatuto de la contratación Administrativa, Jaime Betancur Cuartas, 1 a edición, biblioteca jurídica, 1993