

Documento

Conpes

Consejo Nacional de Política Económica y Social

República de Colombia
Departamento Nacional de Planeación



3186

UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

DNP: DEGR

Versión aprobada

CAMBIO PARA CONSTRUIR LA PAZ

Bogotá, D.C., 31 de julio de 2002

ÍNDICE DEL DOCUMENTO

I.	ANTECEDENTES	2
II.	DIAGNOSTICO	5
A.	CONTRATACION PÚBLICA Y ECONOMIA	6
	1. La Contratación del Sector Público por Tipo de Demanda	7
	i. Consumo Final	7
	ii. Consumo Intermedio.	9
	iii. Inversión.	10
	2. La Contratación del Sector Público por Orden Institucional	12
B.	CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCION	16
C.	CONTRATACION PÚBLICA Y REGULACION	16
D.	CONCLUSIONES DEL DIAGNOSTICO	19
III.	BASES DE UNA POLITICA PÚBLICA PARA LA CONTRATACION CON RECURSOS PÚBLICOS	20
A.	CONSEJO NACIONAL DE CONTRATACIÓN	21
B.	HACIA UN MARCO REGULATORIO COHERENTE	22
	1. Planteamiento general	22
	2. El carácter “especial” de la regulación de la Contratación Pública	24
	3. La naturaleza de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”	24
	4. El contenido de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”	25
	Creación del Consejo Nacional de Contratación	25
	Determinar los fines y alcances de la intervención económica en la actividad contractual pública	26
	Aspectos jurídicos básicos de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”	26
	5. Asuntos sometidos a la capacidad regulatoria del “Consejo Nacional de Contratación”	42
C.	SISTEMA ELECTRÓNICO INTEGRAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – SEICO	46
IV-	RECOMENDACIONES	48

Este documento presenta a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), una propuesta para, por primera vez en Colombia, formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, que propenda por su eficacia y por su transparencia, que tenga en cuenta el impacto socio-económico de la misma y que trascienda el enfoque puramente jurídico “formal” con el que el tema ha sido tratado tradicionalmente.

I. ANTECEDENTES

En el mes de abril de 2000 se llevó a cabo una visita del Banco Mundial (BIRF) que, con la ayuda de funcionarios públicos y contratistas del Estado, emprendió un análisis teórico y práctico de la regulación colombiana en materia de contratación, el cual concluyó con un informe denominado “Informe de evaluación de adquisiciones del país –CPAR”.

Uno de los puntos analizados en este esfuerzo fue la dispersión de la normatividad en materia de contratación estatal. Este análisis llegó a concluir que la Ley 80 de 1993, nacida bajo la premisa de ser un estatuto único para contratación estatal, había terminado por convertirse no en la regla general de trato en el tema sino en una excepción más, en la medida en la cual numerosas normas de rango legal han creado regímenes excepcionales de contratación para diferentes áreas o actividades públicas y que numerosos decretos reglamentarios de la propia Ley 80 de 1993 adoptan definiciones sectoriales que han desarticulado la vocación unificadora de esta última.

Ya dentro del contenido mismo de la regulación establecida por la Ley 80, la misión se permitió señalar algunas falencias en su concepción teórica y en su aplicación práctica. Para mencionar solamente algunas de las más significativas, se consideró que el texto es antitécnico y poco sistemático; que el mismo contempla algunas instituciones ineficientes o ineficaces como el caso del RUP (registro único de proponentes), y que existe una concepción rígida de procesos de selección que ha terminado por encarecer y hacer ineficiente la escogencia de contratistas para el Estado.

En cuanto a la gerencia y administración de los contratos, encontró que existe una deficiente planeación de los contratos de la administración pública, que el sistema presupuestal no se encuentra armonizado con las disposiciones que gobiernan la contratación y que los procesos y procedimientos que siguen las entidades a efecto de aplicar la Ley 80 del 93 y sus normas reglamentarias resultan en veces anacrónicos y en todo caso asistemáticos.

Finalmente, el CPAR señaló que existen vacíos en la regulación de la contratación con dineros públicos que favorecen la venalidad y la corrupción. Este informe de evaluación consideró inexplicable que aunque Colombia cuenta, por un lado, con varias entidades llamadas a contrarrestar la corrupción como lo son la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Distritales y Municipales, las Contralorías departamentales y municipales, la Fiscalía General de la Nación y la Veeduría Distrital de Bogotá y, por otro, con un sistema legal destinado a combatir las irregularidades y malos manejos en la celebración de contratos administrativos (Estatuto Anticorrupción, Código Penal, Estatuto Disciplinario), todavía el índice de corrupción en las contrataciones del Estado siga siendo demasiado alto.

La persistente corrupción y falta de transparencia en la contratación pública fueron atribuidas a diversas causas: en primer lugar, a que las auditorías y controles a la contratación son de muy baja calidad, poco especializadas y llevadas a cabo por funcionarios deficientemente capacitados en el área de la contratación pública; en segundo lugar, los controles ejercidos hacen énfasis en el cumplimiento de procedimientos y formalismos de la contratación, olvidando aspectos más importantes y relevantes que realmente constituyen fuentes de corrupción; En tercer y último lugar, las decisiones y resultados de las investigaciones corresponden a motivaciones políticas, especialmente a nivel territorial, donde la adjudicación de contratos comúnmente llega a manos de amigos políticos de los ordenadores del gasto.

Teniendo en cuenta el gran impacto que sobre el gasto público tienen las adquisiciones y contrataciones del Gobierno, el DNP inició en el Proyecto Modernización de la Administración Financiera del Sector Público MAFP I la preparación de un subcomponente de contrataciones y adquisiciones con el propósito de que se constituyera en objeto importante de la asistencia técnica a financiar a través de una segunda operación, Proyecto MAFP II, Préstamo BIRF 7049-CO. El

diseño del subcomponente tuvo como propósitos: desarrollar regulaciones de soporte a las modificaciones de la Ley 80; diseñar y poner en práctica acuerdos interinstitucionales para desarrollar las políticas de adquisición y contratación, estandarizar y divulgar los procedimientos y documentos de licitación y de contratación; brindar apoyo continuado a las entidades centrales y territoriales y desarrollar un sistema para controlar y evaluar las prácticas de adquisición y contratación del sector público; diseñar y poner en marcha un sistema destinado a divulgar la información relacionada con los anuncios de adquisición, los documentos de licitación y el otorgamiento de los contratos a las partes interesadas y al público, estableciendo de esta manera las bases para las adquisiciones públicas en línea; y poner en práctica un sistema pedagógico dirigido a proporcionar al personal del sector público herramientas de aprendizaje relacionadas con los aspectos conceptuales, técnicos, legales y de procedimiento de las adquisiciones y la contratación pública. Con ese objeto en mente se creó, dentro del Departamento Nacional de Planeación, con cargo al programa MAFP II, el Programa de Contratación Pública DNP-BIRF al que se le confió la tarea de abordar esta problemática de la mano de lo mejor de la inteligencia colombiana en la materia, a efecto de estudiar a fondo los diversos elementos que confluyen en el tema y de plantear, entonces, una nueva visión de manejo de este aspecto de la actividad administrativa.

Para el efecto, el Programa confeccionó un cronograma de tareas que han sido realizadas desde finales de 2001, entre las que se destaca la llamada “Misión de Contratación”, en la que lúcidos protagonistas de la realidad de la contratación estatal tuvieron la oportunidad de preparar ponencias sobre 26 temas neurálgicos a la adecuada formulación de una política pública en la materia y cuyos resultados se sometieron a discusiones de validación entre “pares” y ante representantes de la sociedad civil. El presente documento se nutre de ese esfuerzo.

Adicionalmente, el Programa de Contratación Pública ha compilado, en forma sistemática la totalidad de la regulación existente en el tema y ha diseñado el que, de ser aprobado este documento, será el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –SEICO-, que busca romper las barreras de información en las que la ineficiencia y la corrupción encuentran un aliado, adaptando herramientas de e-commerce a la realización de los cometidos de la función pública contractual.

En conclusión, el presente documento, fruto de las labores del Programa de Contratación Pública DNP-BIRF, pretende someter a consideración del CONPES por primera vez en la historia del país una visión novedosa sobre cómo articular los diferentes elementos que confluyen en la formulación de una política pública para la contratación de las entidades estatales, buscando obtener dos objetivos primordiales: eficiencia en la utilización de los recursos públicos y transparencia para evitar la corrupción.

De ser acogidas las conclusiones que aquí se presentan, se iniciará bajo el liderazgo del Proyecto de Contratación DNP-BIRF, una ambiciosa agenda de reformas: se preparará un proyecto de ley que modifique en su integridad no sólo la Ley 80 de 1993 sino los 35 regímenes especiales que hoy la excepcionan; se creará la Comisión Nacional de Contratación CNC que, a nivel ministerial y con acompañamiento técnico de primer nivel, será en lo sucesivo la responsable de fijar los lineamientos dinámicos de política y de regulación que la actividad requiera así como la determinación de las estrategias e instrumentos para descongestionar los despachos judiciales encargados de dirimir las controversias que se originan en los contratos de la administración pública; se creará el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública – SEICO- y se sentarán las bases para la normalización de procesos y procedimientos de contratación en la totalidad de las entidades estatales.

II. DIAGNOSTICO

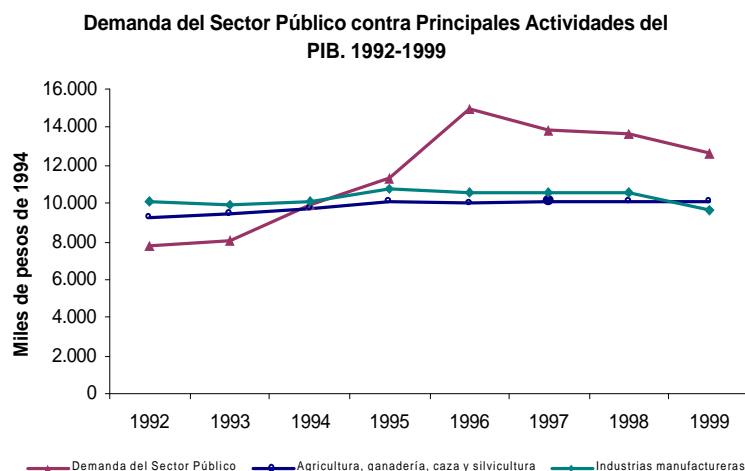
Este diagnóstico se divide en tres partes. La primera presenta el comportamiento de la contratación del sector público frente a la demanda total de la economía para el periodo 1992-1999, con el fin de dimensionar el impacto socio-económico que tiene la contratación pública, en la idea de generar conciencia sobre cómo podría usarse la política de contratación como instrumento de desarrollo y sobre la necesidad de optimizar la utilización de sus recursos habida cuenta de la importancia que reviste su magnitud. La segunda parte presenta, dentro de las limitaciones naturales de medición del tema, una apreciación del impacto que tiene la corrupción en términos de sobrecostos para el erario público, de disminución de la oferta a las entidades estatales y de costos de transacción para la actividad. Hecho lo anterior se anticiparán algunos de

los problemas regulatorios existentes hoy en la actividad, a continuación de lo cual se plantearán algunas conclusiones que permitan adentrarnos en la segunda parte del documento: las bases de una política pública para la contratación con recursos públicos.

A. CONTRATACION PÚBLICA Y ECONOMIA

La participación promedio de la contratación del sector público en el PIB, para el período fue de 16%, con un valor máximo de 20% en 1996. Esta participación resulta importante si se tiene en cuenta que la Agricultura, la Ganadería, la Caza y la Silvicultura por una parte y por otra, la Industria Manufacturera, tuvieron cada una participación promedio de 14% en el PIB para el mismo periodo (ver Gráfica 1).

Gráfica 1



Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Estatal BIRF - DNP.

Entre 1992 y 1996 la contratación del sector público creció, en promedio, 18%, mientras que la demanda agregada lo hizo al 6%. Entre 1997 y 1999 la contratación del sector público tuvo una tasa de crecimiento negativa igual a 5% en promedio, en tanto que la tasa de crecimiento para la demanda total de la economía fue del 1% para el mismo período.

1. La Contratación del Sector Público por Tipo de Demanda¹

En 1992 la contratación de consumo final representó el 29% del total de la contratación del sector público, la contratación de consumo intermedio el 16% y la contratación de inversión el 55%. Para 1999 estas proporciones fueron de 63%, 2% y 35% respectivamente. La diferencia en la composición de la contratación en consumo final muestra que el efecto recesivo del ciclo económico ha afectado el gasto de bienes de inversión, situación que puede estar profundizando la crisis económica que se ha presentado desde 1999, al paso que la demanda pública por bienes de consumo tiende a aumentar, a pesar de las dificultades anotadas. Por su parte, la disminución de la demanda de bienes intermedios resulta ser consecuencia del proceso de reforma del Estado, que ha cambiado sus objetivos en relación con su participación en actividades industriales y comerciales, reduciéndola sustantivamente durante la última década. (Ver cuadro 1)

Cuadro 1. Participación por Componentes en la Contratación del Sector Público

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Consumo Final	29,6%	32,3%	35,6%	37,4%	36,2%	45,5%	51,4%	62,9%
Consumo Intermedio	15,7%	14,4%	9,2%	8,1%	6,9%	4,7%	2,8%	2,3%
Inversión	54,8%	53,3%	55,2%	54,5%	57,0%	49,9%	45,8%	34,8%

Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Estatal BIRF - DNP.

Las cifras antedichas nos sugieren que la demanda pública de bienes y servicios de consumo final no tiende a seguir las variaciones del ciclo económico, con lo que será necesario optimizar la eficiencia en el empleo de estos cuantiosos recursos en tiempos de déficit fiscal. Así mismo y vista la significativa reducción de recursos aplicados a la inversión, resulta crítico que se den elementos de optimización de su uso para potenciar su impacto socio-económico.

i. Consumo Final

El crecimiento del consumo final del sector público fue de 20% entre 1992 y 1999, superando ampliamente el crecimiento del consumo final de toda la economía, que fue de 4% durante el mismo período. Es importante anotar que el bajo crecimiento del consumo final de la

¹ La demanda se encuentra dividida en 3 componentes: Consumo Final, Consumo Intermedio e Inversión

economía se debe a su reducción en \$2.1 billones para el período que va de 1997 a 1999. Esta rigidez de la demanda por consumo final del aparato estatal hace urgente no sólo revisar la aplicación de los mecanismos de contratación que la instrumentan, sino también el tamaño del andamiaje público que resulta oneroso para las condiciones actuales de la economía colombiana.

La evolución del consumo final del sector público, analizada por tipo de gasto, ha cambiado sensiblemente entre 1992 y 1999, como se muestra en el cuadro 2.

Cuadro 2. Participación de los principales rubros en la contratación del consumo final del Sector Público

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
201-Gastos relacionados con los servicios personales.	22%	33%	44%	52%	60%	68%	75%	77%
205-Mantenimiento de Maquinaria y Equipos. Reparaciones y repuestos.	37%	31%	17%	14%	11%	7%	5%	5%
212-Drogas y elementos de sanidad .	14%	11%	10%	10%	7%	7%	6%	5%
214-Gastos generales de consumo.	27%	26%	16%	9%	8%	6%	6%	4%
220-Capacitación y Bienestar Social de empleados.	0%	0%	7%	7%	6%	6%	4%	3%
221-Seguros en general.	0%	0%	1%	2%	2%	3%	1%	1%
225-Mantenimiento de edificios y reparaciones locativas menores.	0%	0%	2%	1%	2%	1%	0%	1%

Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Estatal BIRF - DNP.

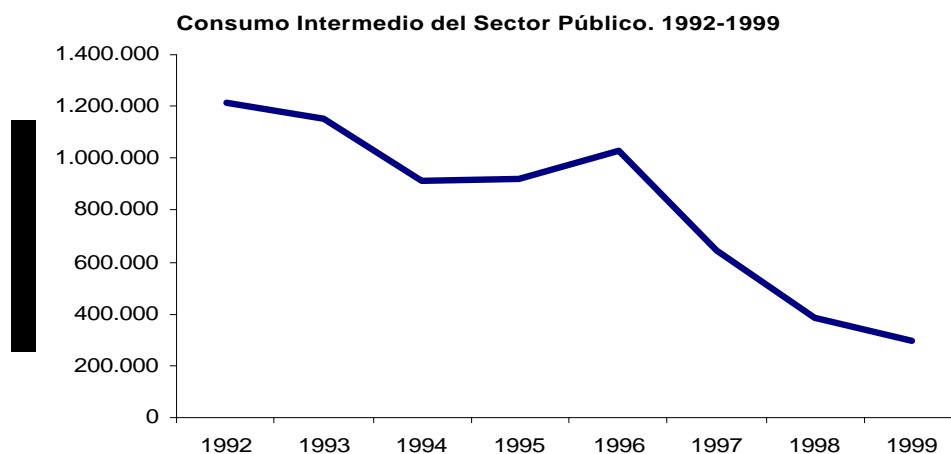
Como resulta evidente del cuadro anterior, durante la década de los noventa, la demanda del Estado por bienes se ha sustituido por la de servicios comunes y especializados, lo que, como se verá más adelante, ha tenido efectos negativos sobre la inversión. Esta situación demostraría el gran impacto que tendría implantar una regulación específica para la contratación de servicios personales especializados, en la que, a diferencia de lo que hoy ocurre en la regulación, se le dé a los servicios especializados un tratamiento en función de su valoración técnica y de las condiciones personales de quien efectúa la propuesta, diferente del que hoy tienen y que es común al de la contratación de bienes y de obras. En Colombia hoy valoramos en la contratación pública con los mismos parámetros la compra de una silla para una entidad y la contratación de una consultoría especializada en una determinada profesión liberal. El resultado en ese último caso termina siendo ambivalente, ante la ausencia de un procedimiento de selección para servicios

especializados: o se aplica el procedimiento común y se produce una selección guiada principalmente por el factor precio, a todas luces ineficiente, o, para evitar ese efecto, se evade el procedimiento y se le sustituye por un proceso de contratación directa en el que los elementos de “selección objetiva” suelen estar ausentes, por falta de precisión y claridad normativa.

ii. Consumo Intermedio.

Durante el período de análisis el consumo intermedio del sector público presentó una tasa de crecimiento promedio negativa de 16%. Su participación en 1999 con respecto al PIB es menor al 1% y es comparable al de la rama económica Pesca, que tuvo también una participación menor al 1% durante ese año. La fuerte caída del componente Consumo Intermedio del sector público, como ya se había anticipado, se debe a un cambio de concepción en el papel del aparato público, que ha reducido la capacidad productiva del Estado Colombiano a través de la eliminación de las empresas estatales, disminuyendo, de esta forma, el rubro denominado Materias Primas para Transformar, el cual se presentaba como el principal rubro de este tipo de gasto.

Gráfica 2



Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Estatal.

Esta realidad de pérdida de peso específico de la actividad de contratación de bienes de consumo intermedio, tiene una consecuencia clara en la formulación de la política regulatoria de

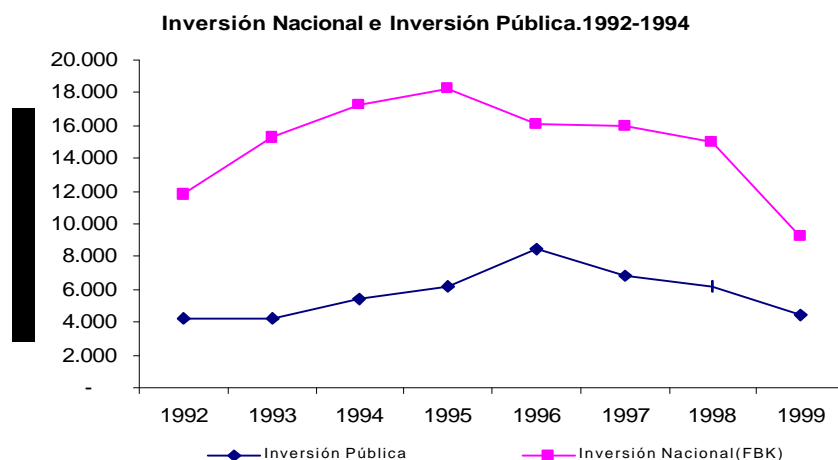
la contratación: abandonar aquella tradicional preocupación a la hora de formular complicadas teorías sobre la forma de colocar en lo público lo que por la naturaleza de la actividad era privado. Desde luego que esa conclusión no busca perder de vista el origen público de los recursos comprometidos en la actividad, los que en relación con su buen uso deberán continuar siendo auditados mediante el expediente del control posterior de la Contraloría General de la República, pero sin que ello implique forzar a actividades puramente comerciales a acomodarse a esquemas públicos de selección de contratistas, información y arbitrios de ejecución contractual en aras del interés público involucrado.

iii. Inversión.

Dentro de la contratación del sector público, la participación promedio de la inversión entre 1992 y 1999 fue de 51% (ver cuadro 1). Con respecto al PIB, la inversión pública tuvo una participación promedio de 8% en el mismo período, en tanto que la inversión nacional representa el 21% del PIB en promedio. Entre 1992 y 1996, la inversión pública presentó una tasa de crecimiento promedio de 20%, pero entre 1997 y 1999 tuvo una tasa de crecimiento negativa igual a 19%, lo que hizo que en términos reales la inversión pública de 1999 fuera menor a la del año 1992.

Como se puede apreciar, la causa principal de la disminución de la contratación del sector público, ocurrida entre 1997 y 1999, es la caída en inversión, ya que esta última perdió peso frente al consumo final público. Igualmente se puede deducir que la inversión pública sigue los cambios del ciclo económico en la misma dirección.

Gráfica 3



Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Estatal BIRF - DNP.

En el cuadro 3 aparecen los principales rubros para el gasto en inversión pública. Entre ellos, el rubro que tiene mayor peso es el Pago a Entidades por Obras de Infraestructura en Administración Delegada, mismo que mostró un crecimiento promedio de 15% entre 1992 y 1999, compensando así la disminución en el gasto en el rubro Adquisición y Construcción de Edificios, que registró un crecimiento nulo durante el período de estudio. De esta forma, el gasto dirigido a la ampliación y/o reposición de la infraestructura del país hizo que la caída de la inversión pública no fuese mayor durante la crisis económica de finales de la década de los noventa.

Respecto a la política de contratación pública, la misma debe ser consecuente con el carácter cíclico del comportamiento de ese rubro y asumir como tarea la formulación de reglas de asignación de riesgos contractuales que atiendan las consecuencias que sobre el equilibrio económico del contrato pueden llegar a presentarse por cambios en el ciclo económico.

De otro lado, la importancia de la inversión a través de los contratos de obra para infraestructura resulta evidente, razón por la cual cualquier formulación de política pública sobre contratación con recursos públicos debe consultar su impacto sobre este sensible aspecto.

Cuadro 3. Participación de los principales rubros en el Gasto de Inversión del Sector Público

Tipo de Gasto	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
601-Equipo de Oficina (muebles de oficina).	4%	14%	4%	4%	2%	3%	2%	3%
602-Equipo de Transporte.	1%	3%	1%	2%	12%	0%	1%	2%
603-Maquinaria y Equipos varios.	32%	21%	32%	32%	17%	7%	6%	19%
604-Adquisición y construcción de Edificios (excepto de vivienda). Reparaciones mayores.	27%	13%	14%	20%	19%	16%	11%	14%
605-Adquisición de Tierras y Terrenos.	2%	2%	2%	2%	1%	2%	2%	2%
607-Pagos a Entidades por Obras de infraestructura en Administración Delegada (incluye estudios). Carreteras, puentes, alcantarillados, extensión de redes, represas, etc.	34%	47%	46%	39%	49%	72%	78%	59%

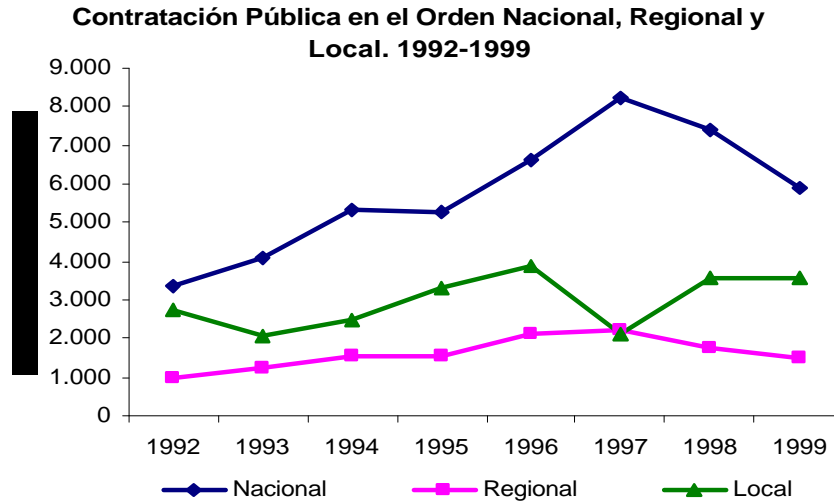
Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Estatal BIRF - DNP.

2. La Contratación del Sector Público por Orden Institucional²

En la gráfica 5 se presenta el comportamiento de la contratación del sector público colombiano, de acuerdo con el orden en el cual se ejecuta. Para el orden Nacional se observa que la contratación mostró un crecimiento continuo promedio de 20% entre 1992 y 1997, pero entre 1998 y 1999 la contratación en este orden cayó en 15% en promedio. Un comportamiento similar se presenta para el caso del orden Regional, donde la contratación tuvo una tasa de crecimiento promedio positiva de 19% entre 1992 y 1997, y una tasa de crecimiento negativa promedio de 18% para 1998 y 1999. El comportamiento de la contratación en el orden Local fue más errático, ya que entre 1992 y 1993 ésta cayó en 25%, después, entre 1994 y 1996, exhibió un crecimiento a una tasa de 23%, luego tuvo una fuerte disminución igual a 45%, para finalmente crecer a una tasa promedio de 34% entre 1998 y 1999.

² El orden Institucional aplicado en el siguiente análisis es: área de influencia de las entidades del Sector Público No financiero (Nacional, Regional y Local).

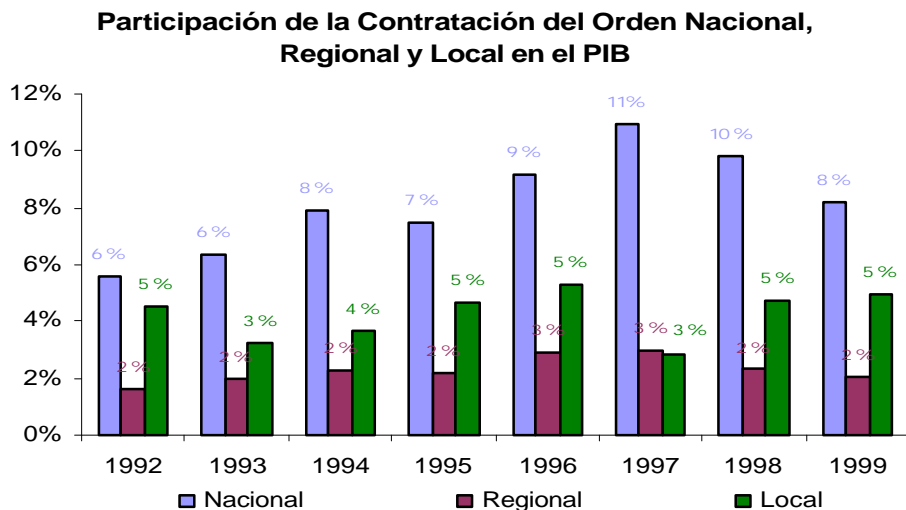
Gráfica 5



Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Pública DNP-BIRF

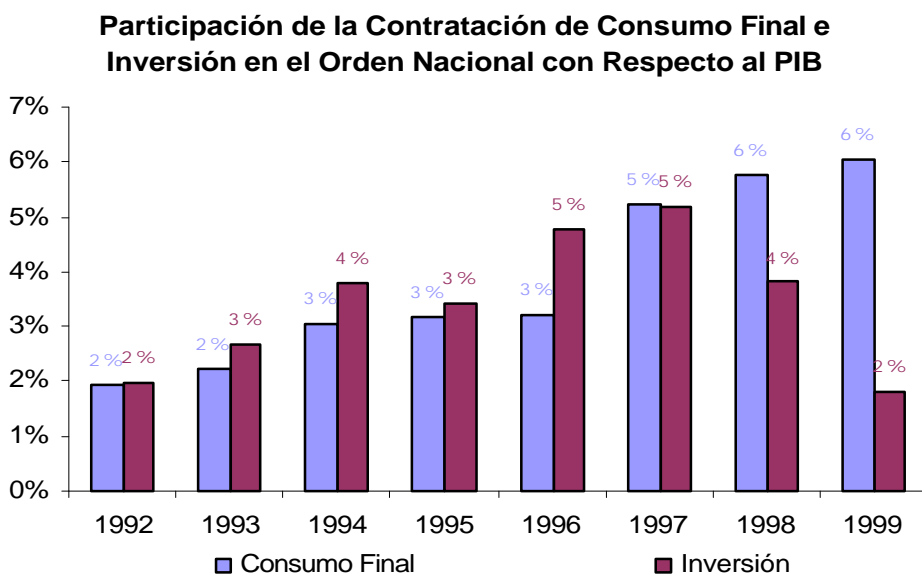
En la gráfica 6 se presentan las participaciones con respecto al PIB de los órdenes institucionales. Como se puede ver allí, el orden Nacional presenta las participaciones más altas durante todo el período de análisis, seguido por el orden local y luego por el orden regional. Al desagregar la participación en el PIB de los tres órdenes, por tipo de demanda encontramos que el consumo intermedio no es representativo en ningún orden. Un análisis más detallado por tipo de demanda muestra que en el nivel nacional, al inicio del período de estudio la inversión y el consumo final, tenían igual peso frente al PIB (2% para cada uno), situación que se fue modificando a favor del consumo final con lo que éste llegó a representar 6% del PIB, es decir, la cuarta parte de la contratación total del Estado (ver gráfica 7).

Gráfica 6



Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Pública DNP-BIRF

Gráfica 7

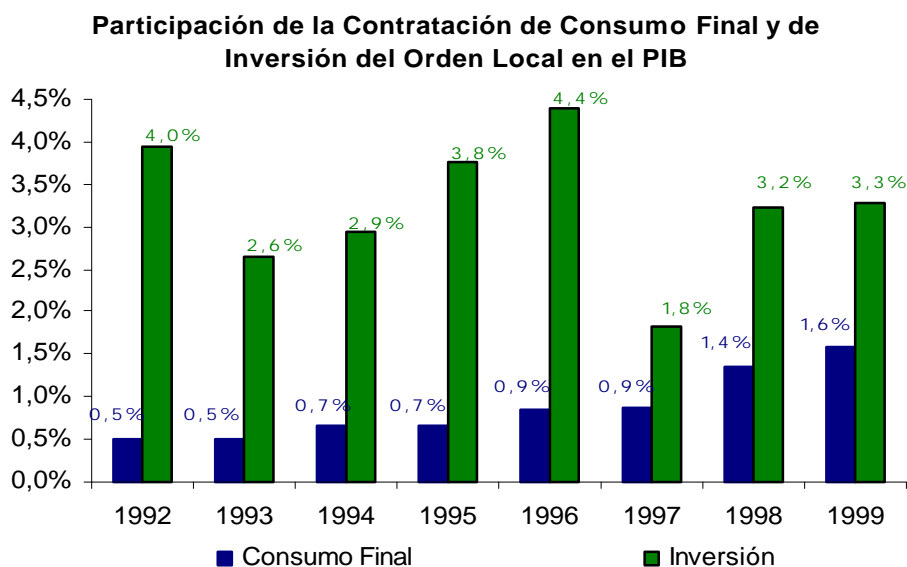


Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Pública DNP-BIRF

El análisis de las participaciones frente al PIB del consumo final y la inversión en el orden Local, muestran que la inversión tiene un mayor peso que el consumo final durante todo el

período. En promedio, la inversión tuvo una participación del 3% del PIB entre 1992 y 1999 en este nivel, en tanto que el consumo final tuvo una participación promedio de 1% sobre el PIB para el mismo período (ver gráfica 8).

Gráfica 8



Fuente: DANE - Dirección de Síntesis y Cuentas Nacionales. Cálculos Proyecto de Contratación Pública DNP-BIRF

Resumiendo, los datos mostrados en esta sección reflejan que en el nivel Nacional la contratación de bienes y servicios de consumo final ha adquirido un mayor peso durante la década de los noventa, en tanto que la contratación en el nivel Local se ha dirigido principalmente a la contratación de bienes y servicios de inversión. Esta situación ha hecho que el comportamiento de la contratación en el nivel local sea errático y con una fuerte dependencia del ciclo económico, lo que nos lleva a concluir que una formulación de una política integral para la contratación pública debe considerar las necesidades y complejidades propias de las entidades que pertenecen a este nivel.

B. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCION

Para nadie es un secreto que por desventura la corrupción ha generado altos sobre-costos en los bienes y servicios que contrata el Estado, e importantes sacrificios en cuanto a su calidad e idoneidad con lo que no solamente se afecta la eficiencia y eficacia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente frente a este fenómeno no sólo una necesidad económica sino un imperativo ético.

C. CONTRATACION PÚBLICA Y REGULACION

Es un hecho que La Ley 80 de 1993, expedida como un estatuto de principios con vocación de aplicación universal a toda contratación en que participase una entidad estatal, es hoy una excepción más. Este resultado encuentra su explicación en la evidente falta de una política de regulación sobre la materia, que ofrece como resultado la deshilvanada expedición de estatutos especiales de contratación para sectores de la actividad estatal, la proliferación de decretos reglamentarios de la propia ley sin unidad de criterio y la expedición de normas sobre otros asuntos, principalmente las relacionadas con disposiciones de manejo presupuestal y de tesorería, que terminan afectando el entorno de la contratación pública. El resultado de esta situación es claro: la actividad del gerente público llamado a buscar la realización de los objetivos del Estado a través de la contratación, se enfrenta hoy a una normatividad compleja en donde, a falta de una concepción unívoca, prima el casuismo y la incoherencia.

El origen de la expedición de la Ley 80 de 1993 es el desarrollo de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana para toda función pública. En ese sentido, su expedición buscaba la modernización de la contratación, que hasta entonces se caracterizaba por estar “sobre regulada” y por caer en el excesivo detalle, en el culto por la forma y en el sobredimensionamiento de los controles.³ Tal parece que a menos de diez años de la expedición de la Ley 80 de 1993, hemos vuelto a un escenario similar de la mano

³ DAVILA, Luis Guillermo (2001), “Régimen Jurídico de la contratación estatal – una aproximación crítica a la ley 80 de 1993, págs 4-26.

de 35 regímenes excepcionales recogidos en leyes especiales y de numerosos decretos reglamentarios que los desarrollan. (ver cuadro 5)

Cuadro 5. Inventario de Disposiciones Excepcionales Anteriores y Posteriores de la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios

Disposiciones Excepcionales anteriores a la Ley 80 de 1993		Disposiciones Excepcionales posteriores a la Ley 80 de 1993	
TEMA	NORMA	TEMA	NORMA
Exploración y Explotación de Hidrocarburos	D, 1056/53 y L. 10/61	Régimen Radioaficionado(otorgamiento Licencias)	L. 94/93 y D. 2058/95
Servidumbres en Inmuebles	D.L 222/83	Edición e impresión de Entidades Estatales	L. 98/93
Actividades y servicios de telecomunicaciones	D.L 1900/90, L.142 de 1994	Licencias de transporte, contratos de concesión en infraestructura vial y aeronáutica civil	L. 105/93
Telecom	D.L 2123/92, L.142 de 1994	Empresas sociales del Estado	L. 100/93, D. 1876/94
Contratos de asociación	D. R 743/75 y D. 2310/94	Servicios Públicos Domiciliarios	L. 142/94,286/96 y L. 689/2001
Ciencia y Tecnología	Ley 29/90, D. 591/91	Contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos de gas y energía	L. 143/94
Contratos con entes privados sin ánimo de lucro	D. 777 y 1043/92 y D. 2459/93	Concesión Directa de incentivos para preservar zonas boscosas	L. 139/94
Banco de la República	Ley 31 de 1992	Régimen Corporación Autónoma del Magdalena	L. 161/94
Educación y Salud	Ley 30 de 1992	Enajenación propiedad accionaria del Estado	L. 222/95
Régimen de Administración Aduanera	Ley 6/92	Concesión espacios TV	L. 182/95, L.14/91 y L. 335/96
Telefonía Básica conmutada	Ley 37/93 y Decreto 453/93, L.142 de 1994	Supresión de Trámites	D. 2150/95
Derechos de Autor, excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades	Ley 44 de 1993	Disposiciones de Calamidad por terremoto	D. 196, 197 y 350/96
Régimen de armas y municiones	Ley 61/93 y Decreto R. 2535/93	Código de minas	L. 685 de 2001
Régimen Distrito Capital	D. 1421/93		
Concesión Transporte Masivo	D. 757/93		

Decretos Reglamentarios	
TEMA	NORMA
Reglamentación parcial	D. 2251/93
Operaciones de Crédito Público, manejo de deuda pública, sus asimiladas o conexas y la contratación directa de las mismas	D. 2681/93
Delegación de celebrar a nombre de la nación facultades de crédito público	D. 94/94
Modificación parcial del artículo segundo del Decreto 2681 de 1993 (operaciones de crédito público)	D. 95/94
Reglamentación parcial de la ley 80	D. 679/94
Reglamentación parcial en materia de contratación directa	D. 855/94
Reglamentario del Funcionamiento del Registro de Proponentes en las cámaras de comercio	D. 856/94
Aclara el artículo 4 del Decreto 2681/93 (operaciones de crédito público)	D. 1121/94
Reglamentación parcial de la ley 80 de 1993	D. 1985/94
Por la cual se determinan los libros necesarios para cumplir la finalidad del registro de proponentes y se imparten instrucciones sobre dicha materia	R. 2125/94
Adiciona el artículo 4 del Decreto 855 de 1994 (Contratación directa)	D. 329/95
Fija tarifas relativas al Registro de proponentes	D. 457/95
Adiciona el artículo 4 del Decreto 855 de 1994 (Contratación directa)	D. 1275/95
Reglamentario de la L. 190/95 en materia de publicación de contratos en el Diario Único de Contratación Pública	D. 1477/95
Manejo Presupuestal de negocios fiduciarios	D. 1550/95
Modificación del artículo 34 del D. 2681/93 (operaciones de crédito público)	D. 1721/95
Reglamentario de la L. 190/95 en el sistema de bienes y rentas e informe de actividad económica y el sistema de quejas y reclamos	D. 2232/95
Concurso para selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos, se adiciona el D. 1584/94 y se dictan otras disposiciones	D. 2326/95
Corrección y aclaración del artículo 38 del D. 2150/95	D. 62/96
Reglamentación de artículos 24,25,29 y 30 de la L. 80/93	D. 287/96
Regulación general de algunas actividades y se define un instrumento administrativo para la prevención o el control de los factores de deterioro ambiental	D. 883/97
Adición del artículos 4 del D. 855/94 (contratación directa)	D. 2964/97
Reglamentación de clasificación y calificación en el Registro de Proponentes y se dictan otras disposiciones.	D. 92/98
Reglamentación de la L. 80 en selección de intermediarios de Seguros	D. 1436/98
Modificación de los D. 856/94 y 92/98 que reglamentan el funcionamiento del Registro de proponentes y se fijan tarifas relativas a los registros de proponentes y mercantil	D. 393/2002

Fuente: Doctrina, Misión de Contratación, Proyecto de Contratación Estatal BIRF - DNP. CONVENCIONES: D.L = Decreto Ley; D.R: Decreto Reglamentario, L.: Ley, R.: Resolución

Se hace necesario entonces que una nueva política regulatoria sobre la materia parta de un principio: debe existir “unidad de criterio” en el conjunto regulatorio, de tal suerte que se

garantice una columna vertebral del sistema y que las excepciones que se contemplen tengan un fundamento claro que no desarticule el conjunto y que, por el contrario, sean manifestación de su coherencia y de su capacidad de adaptación a circunstancias diversas.

Si lo anterior resulta cierto desde el punto de vista “jurídico-formal”, también lo es el que, dado ese estado de cosas, no existe la posibilidad de que la contratación pública sea entendida como un instrumento dentro de la política de desarrollo del país, al responder más a circunstancias puramente jurídicas que a las siempre dinámicas y cambiantes de la realidad económica.

De otro lado y como se verá más adelante, se hace necesario introducir numerosos ajustes no sólo al contenido de algunos aspectos regulatorios de la contratación con recursos públicos, sino a la concepción misma de las instituciones jurídicas construidas para el efecto, en el propósito general de hacerlas parte de un engranaje que permita usar a la contratación como un elemento de la política de desarrollo del país, en un marco en donde la búsqueda de la transparencia y de la eficiencia deben gobernar las decisiones que a ese respecto se adopten.

D. CONCLUSIONES DEL DIAGNOSTICO

El gasto que se ejecuta mediante contratación en el Estado colombiano en relación con el PIB es comparable a las actividades económicas más importantes de la economía colombiana: Agricultura, Ganadería, Caza y Silvicultura; y la Industria Manufacturera. Este hecho arroja importantes indicios sobre el impacto económico que tiene la contratación de bienes y servicios sobre las diferentes actividades de la economía colombiana. Desde este punto de vista la contratación del sector público se convierte en un instrumento de política pública⁴ que puede ser utilizado para fines relacionados con la redistribución del ingreso; apoyo a sectores industriales que se encuentren en crisis; elemento de negociación para que empresarios nacionales puedan acceder a mercados de compras estatales externos y, finalmente, como medio para la provisión de bienes públicos.

El análisis aquí desarrollado muestra también que un alto porcentaje de la contratación que realiza el sector público se dirige hacia consumo final, en donde el gasto relacionado con los servicios personales (comunes y especializados) presenta una participación muy importante. La necesidad de hacer más eficiente la contratación de este tipo de servicios parece ser muy necesaria. Además, el hecho de que la contratación de bienes y servicios finales se encuentre concentrada en el orden Nacional, mientras que la adquisición de bienes de inversión se está concentrando cada vez más en el orden Local, merece especial atención.

Dada la alta permeabilidad a la corrupción de la contratación efectuada con recursos públicos, huelga decir que debe existir una respuesta hacia el refinamiento de los controles institucionales y ciudadanos que devuelva la confianza perdida en las instituciones públicas y que reduzca el costo de transacción que ese fenómeno representa para los agentes del sistema.

En cuanto a lo jurídico, resulta claro que se hace necesario un replanteamiento en la forma como el sistema se construye y articula, a efecto de hacerlo un instrumento de la materialización de una visión que excede la de las instituciones jurídicas y que apunta a la del impacto de la contratación pública sobre el entorno socio-económico. En tal virtud, la normativa contractual pública debe apuntar al logro de una adecuada gestión estatal y a la consecución perentoria de la seguridad jurídica, tema que merece una especial atención.

III. BASES DE UNA POLITICA PÚBLICA PARA LA CONTRATACION CON RECURSOS PÚBLICOS

Pretender fijar aquí en un solo momento una política pública para la contratación con recursos públicos, ofendería la naturaleza misma de una actividad por definición dinámica. El propósito entonces de este documento es señalar unas bases que, como líneas generales de acción, habiliten un escenario institucional adecuado para la adopción de decisiones en ese sentido y que apunten a las que consideramos deben ser características fundantes de toda política pública en la materia: eficiencia y transparencia.

4 Las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para

Como se ha anunciado, la adopción por parte del CONPES de lo que aquí se propone, supone reformas profundas en nuestro entorno institucional y legal, que serán en consecuencia acometidas como resultado del presente documento.

A. CONSEJO NACIONAL DE CONTRATACIÓN

El “Consejo Nacional de Contratación” –CNC- será el órgano del Gobierno Nacional encargado de la formulación de una política pública integral en materia de contratación pública. Tendrá el carácter de Consejo Superior de la Administración Pública, sin personería jurídica y con autonomía administrativa, financiera y técnica. . (Art. 38 Numeral 1 Literal c Ley 489-98).

El CNC estará integrado por los ministros de Desarrollo, Hacienda, Transporte, Comercio, Minas y energía, Comunicaciones y el Director General de Planeación, cuatro técnicos especializados nombrados por el Gobierno Nacional con período personal fijo, de los cuales dos serán nominados por las universidades del país. El Consejo a su vez, contará con comités sectoriales integrados, como mínimo, por los ministros del área y por aquellos funcionarios que por su especialidad, se requieran. Como mínimo habrá cuatro comités para los siguientes temas: (a) Defensa y Seguridad Nacional (b) Obras, infraestructura, minas y transporte; (c) Informática, Telemática y Comunicaciones y, (d) Asuntos sociales (salud, educación y vivienda).

El Departamento Administrativo Nacional de Planeación ejercerá la Secretaría Técnica tanto del “Consejo Nacional de Contratación” –CNC- como de los comités sectoriales y tendrá como función adicional, la de dirimir conflictos de competencia de los comités sectoriales. Como regla básica de funcionamiento, ningún asunto de competencia del “Consejo Nacional de Contratación” –CNC- podrá ser llevado a su consideración sin haber pasado previamente por el estudio del comité sectorial que corresponda, cuya secretaría técnica elaborará un documento de conclusiones del respectivo estudio, el que una vez adoptado por el respectivo comité, se presentará al CNC.

Las principales funciones del CNC serán:

solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios.

1. Desarrollar los objetivos y establecer los mecanismos de intervención económica en la actividad contractual del Estado

Dada la importancia en términos socio-económicos de la contratación pública plasmada en las conclusiones del capítulo II, el “Consejo Nacional de Contratación” buscará impactar con una política única de contratación determinados sectores de la actividad económica, obtener resultados sociales tangibles y medir la eficiencia en el uso de los recursos públicos por indicadores relativos a esos cometidos. Para lograr estos propósitos, el Consejo deberá, de conformidad con los parámetros que le haya fijado la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” en términos de fines y alcances de los instrumentos de intervención en la actividad, desarrollar los objetivos y crear los mecanismos para que una adecuada orientación de los recursos fiscales involucrados en la contratación permita hacer de esta actividad un componente importante en la materialización de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.

2. Ejercer la regulación de la actividad contractual del Estado en aquellos aspectos “deslegalizados”

El Consejo Nacional de Contratación será la instancia de regulación de la actividad contractual del Estado, dentro de las pautas generales que la ley señale, a efecto de asegurar la armonía y coherencia en su desarrollo, así como la adaptación del marco regulatorio a las necesidades de la administración pública en términos de eficiencia y de transparencia. Más adelante, en este documento, se precisarán las competencias regulatorias del “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-, en el numeral quinto de la siguiente letra.

B. HACIA UN MARCO REGULATORIO COHERENTE

1. Planteamiento general

Al respecto se propone al CONPES abordar la solución del problema desde las siguientes premisas:

a.- No toda la regulación de la contratación pública debe encontrarse a nivel de ley. En efecto, en la medida en que la inflexibilidad que la ley comporta hace aconsejable que se la preserve como punto de referencia general sobre aspectos esenciales y no como instrumento de regulación de aspectos que van al detalle de la materia regulada, se propone que se recojan en una nueva ley, llamada “Ley General de Contratación para la Administración Pública”, aquellos temas que por disposición constitucional tienen “reserva de ley” y aquellos que en el nivel de “principios” resulten medulares en la construcción coherente de un sistema regulatorio.

b.- Si lo anterior resulta de recibo, es claro que la regulación a nivel legal sufrirá una simplificación muy importante que dejará la responsabilidad de regular los demás temas en el nivel administrativo, operando lo que desde el punto de vista jurídico se denomina la “deslegalización” y cuyo desarrollo se confiaría al “Consejo Nacional de Contratación – CNC-”

De acogerse este planteamiento, creemos que se neutraliza la causa de la dispersión normativa que hoy afecta no sólo la certeza del régimen legal de la contratación, sino, más que eso, su efectividad como instrumento de gerencia pública y de intervención económica. La Ley sería, ahora sí, un punto de referencia común y su presunta inflexibilidad no sería entonces la justificación para crear regímenes exceptivos desde disposiciones especiales. Al mismo tiempo, se brindaría un instrumento regulatorio de carácter dinámico, el que sería usado tanto para el diseño de aspectos jurídicos puntuales, como para lograr que se articule a la Contratación Pública como parte del conjunto de instrumentos de intervención del Estado en la vida económica del país. Todo lo anterior posibilita el alcance de la seguridad jurídica requerida, sin sacrificar el dinamismo y la efectividad normativa que necesita la contratación pública.

Hacer realidad esta postura supone, desde luego, acompañar esta definición de otras más que a continuación se plantean.

2. El carácter “especial” de la regulación de la Contratación Pública

Una primera pregunta para orientar la política regulatoria en la materia, es la de plantearse si se justifica contar, o no, con un marco regulatorio especial para la contratación pública o si, por el contrario, esa necesidad podría verse satisfecha con los códigos que gobiernan la actividad contractual privada, a saber: el Código de Comercio y el Código Civil. Nuestra respuesta, derivada de la discusión que sobre el efecto abordó la “Misión de Contratación” es clara: sí es necesario contar con un régimen especial, pero ese régimen no debe pretender abarcar la totalidad de los aspectos contractuales, sino sólo aquellos en los que el interés público pudiere estar involucrado y que pueden sintetizarse en dos temas: la selección del contratista, a efecto de evitar la escogencia arbitraria y de estimular que el Estado escoja la oferta que más le convenga; y, los poderes administrativos de ejecución del contrato, que como figuras de excepción que son, deben utilizarse exclusivamente para asegurar que el contrato sirva para el buen propósito de materializar el interés público involucrado. Finalmente parece necesario que se recoja un régimen de prohibiciones y normas claras y efectivas relacionadas con la solución alternativa de controversias y el arbitraje administrativo.

A esa visión estrictamente jurídica, habría que agregarle un propósito adicional: el de producir la regulación que resulte necesaria a efecto de hacer posible la intervención en la actividad destinada a obtener resultados de carácter socioeconómico.

De lo expresado se deriva una conclusión importante en la orientación de la regulación de la contratación estatal: toda norma que se expida debe guardar coherencia con esos propósitos. Cualquier otra “necesidad” normativa debería ser objeto de solución a través de las normas generales de contratación. Como es obvio, esa precisión elimina de raíz tanto disposiciones como interpretaciones que apuntan a otros intereses.

3. La naturaleza de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”

Para el efecto y dada la demostrada “vulnerabilidad” de las normas legales ordinarias y la necesidad de evitar que la nueva Ley sea objeto de derogaciones expresas o tácitas por otras leyes

ordinarias relativas a otras materias, bien podría pensarse en lograr que esta se construyera con la mayor cantidad de normas de carácter orgánico que fuere posible haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 354 de la Constitución Política. Al efecto parece claro que alrededor del concepto de “capacidad para contratar” cabe mucho más que la simple definición de entidades habilitadas para ejecutar apropiaciones presupuestales, en la medida en la que como algunas normas presupuestales hoy vigentes ya lo hacen, sería posible encajar en ese concepto diferentes aspectos relativos a los cimientos mismos de la forma más importante de ejecución presupuestal cual es la contratación con recursos públicos. Ese planteamiento lograría, además, allanar el camino para coordinar las normas básicas de contratación con aquellas de carácter presupuestal, solucionando los numerosos inconvenientes que hoy se presentan por las asimetrías entre ambos conjuntos normativos.

4. El contenido de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”

De conformidad con los objetivos planteados en el numeral 1 de esta letra, el presente aparte se ocupa de definir los principales aspectos a ser regulados dentro de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” que no serían objeto de deslegalización, o bien por contar con “reserva de ley” en nuestro ordenamiento constitucional, o por que dada su importancia se consideran elementos que deben ser pilares del nuevo sistema y no estar sujetos al dinamismo de una regulación administrativa flexible.

En ese contexto, este acápite busca (señalar) dar los lineamientos para la elaboración de un proyecto de ley al interior del Gobierno que, una vez debatido con expertos en el tema y representantes de la “sociedad civil”, sea llevado a consideración del Congreso de la República para su discusión.

Creación del Consejo Nacional de Contratación

La “Ley General de Contratación para la Administración Pública” creará el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- explicado en la letra A, en concordancia con lo indicado en la letra B, numeral 4, letra a, de este capítulo.

Determinar los fines y alcances de la intervención económica en la actividad contractual pública

Corresponderá a la Ley definir los objetivos de intervención económica en la actividad contractual pública, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo. A ese respecto la Ley fijará el rumbo que el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- deberá cumplir en esa materia.

Aspectos jurídicos básicos de la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”

1. Armonización de las normas de contratación con las normas presupuestales

Uno de los elementos que más encarece la contratación pública, que más estimula la corrupción y que más deslegitima al Estado colombiano en materia de contratación pública, está dado por el hecho de que el Estado sistemáticamente suele incumplir los plazos de pago al contratista, en lo que en últimas y como lo denominaba algunos consultores durante las discusiones al interior de la “Misión de Contratación”, constituye una especie de “empréstito forzoso” del particular. Es urgente entonces que se encuentren mecanismos de manejo de tesorería que eviten este fenómeno o que, al menos y como lo denominaban algunos consultores, hagan el costo de ese empréstito transparente y le den alguna opción de liquidez al contratista, como sería, por ejemplo, la de efectuar pagos con bonos de deuda negociables en el mercado secundario.

Adicionalmente y en general, resulta necesario armonizar las normas presupuestales con las de contratación estatal, para que las primeras reflejen adecuadamente los diversos fenómenos que se presentan en la contratación: momento de nacimiento del contrato y formalidades del mismo, vigencias futuras, contingencias, obligaciones a plazo, principio de anualidad, etc. Especial atención merece el hecho de que la inflexibilidad de las normas presupuestales ha llevado algunas veces a evadirlas a través del empleo de mecanismos como la contratación con organismos

sometidos a regulación internacional para la administración delegada de recursos propios, como vía para desconocer la ley o facilitar la ejecución de proyectos.. Ese llamado a la armonización se debe extender a otras disposiciones, tales como a la novedosa norma incluida dentro del Régimen Disciplinario Único recientemente expedido (Ley 734 de 2002), en la que se introdujo la prohibición de contratar por encima del PAC, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Ha terminado aquí el principio a cuyo amparo la disponibilidad presupuestal resultaba suficiente para abrir un proceso contractual?

2. Profesionalización del manejo de la contratación en las entidades estatales

A este respecto la “Ley General de Contratación de la Administración Pública” podría ocuparse de colocar la representación legal de la entidad para efectos contractuales en cabeza directamente de quien desempeñe la gerencia de las funciones administrativas en la entidad, evitando que el jefe de la misma descuide los aspectos misionales que le corresponden y que acuda, como habitualmente ocurre, al expediente de la delegación para producir el efecto de apartarse de la ordenación del gasto. Este cambio estimularía, además, la especialización de los funcionarios responsables de la gestión pública contractual, en el propósito de mejorar las condiciones de administración del contrato. Esta innovación no relevaría, en todo caso, al jefe de la entidad de deber de ejercer un control “misional” sobre la gestión de la gerencia administrativa de la entidad.

3. Limitación a la capacidad de contratación de entidades, originada en situaciones de orden público

La presión de grupos al margen de la ley sobre algunos ordenadores del gasto en las entidades centrales y descentralizadas del orden territorial, hace pensar en la conveniencia de ejercer la autoridad presidencial para impartir instrucciones en materia de orden público, con el fin de trasladar la capacidad contractual de las entidades objeto de esas influencias ilegales a entidades afines no sujetas a ese influjo.

4. Prohibiciones para contratar – El régimen de inhabilidades e incompatibilidades

La dispersión del actual régimen de inhabilidades e incompatibilidades a lo largo de numerosas normas especiales, hace que la probabilidad de su inobservancia sea mayor y que su *sindéresis* decretezca. En esa medida su unificación en la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” resulta necesaria, siendo este uno de los casos que podría estar cobijado bajo el carácter de norma “orgánica”, a efecto de dar prenda de su intangibilidad.

Adicionalmente, parecería recomendable reducir esas causales a las mínimas posibles, en el entendido de que un correcto funcionamiento de los principios de “selección objetiva” y de “transparencia” deberían ser la mejor prenda de garantía contra fenómenos anómalos. Para mayor claridad conceptual, parece deseable además reemplazar el concepto de inhabilidades e incompatibilidades por el de prohibiciones, en cuanto se trata de circunstancias directamente relacionadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato so pena de verse afectada la transparencia de la gestión contractual.

Finalmente, podría ser aconsejable incorporar explícitamente el concepto de “conflicto de interés”, de suerte que sea posible “blindar” el proceso a este respecto contra posibles ataques jurídicos posteriores, en la medida en que se establezca una instancia dentro del proceso contractual para definir el posible conflicto de interés que pudiere configurarse en relación con los encargados de adoptar decisiones, efectuar evaluaciones, formular recomendaciones, ejercer controles o desarrollar la supervisión, total o parcial, dentro del proceso contractual.

5. Registro Único de Proponentes

Para ser efectivo, el RUP deberá permitir que las entidades puedan medir las condiciones subjetivas de los proponentes en términos de “pasa” o “no pasa” como enseguida se explica. El logro de éste objetivo supone que el RUP se encuentre centralizado en una base de datos de fácil y permanente acceso vía web y que sus datos, aunque suministrados por el propio proponente, deban ser verificados por el administrador del sistema y se acompañen de la posibilidad de ejercicio público de la acción de impugnación del registro por falsedad o inexactitud.

Tanto la regulación del RUP como la determinación de las fórmulas para obtener el “K” deberá ser competencia del Consejo Nacional de Contratación –CNC-.

6. Determinación de las modalidades de selección y de los criterios de evaluación

La dinámica de la demanda de bienes, obras y servicios del Estado ha sido claramente superior a las posibilidades del modelo del proceso de licitación, por el cual la Ley 80 de 1993 inclinó todas sus preferencias. La evidencia es clara: bajo el pretexto de contar con modelos de selección especializados para cierto tipo de necesidades contractuales, las entidades han promovido el establecimiento de regímenes excepcionales.

De otro lado, entre nosotros y con el régimen vigente, las normas para seleccionar un contratista que realizará una gran obra de infraestructura, o las que se usan para escoger el que le venderá un bien a una entidad o el que le asistirá con sus conocimientos técnicos mediante una consultoría, son exactamente las mismas. Como es obvio, la naturaleza de aquello que se va a adquirir difiere en lo sustancial y en esa medida el proceso debería responder a esas particularidades, a efecto de honrar el principio de la “selección objetiva”. Adicionalmente los procesos de selección podrían diferir también en función del volumen y costo de lo que se pretende adquirir, así como de las circunstancias bajo las cuales ocurre el proceso y de las características especiales del bien, servicio u obra a adquirir, todo dirigido al logro de negocios integralmente exitosos.

De acuerdo con lo expuesto, los procesos de selección podrían construirse en la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” sobre las siguientes premisas:

6.1 Sólo podrán usarse, por parte de las entidades estatales, los procesos de selección señalados en la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”.

6.2 Aquellas entidades cuyo objeto lo constituya la realización de actividades industriales o comerciales, se registrarán exclusivamente por el derecho privado y por las normas que resulten

aplicables a su actividad. En ese sentido, sus manuales de contratación se elaborarán teniendo como único parámetro el de buscar la mayor competitividad del negocio que constituye su objeto, estableciendo los controles que se estimen necesarios para evitar que los procedimientos de contratación sean usados para obtener lucro indebido por parte de particulares.

6.3 La “Ley General de Contratación para la Administración Pública” se limitará a definir los tipos de proceso de selección, a señalar el criterio general con arreglo al cual los ordenadores de gasto escogerán uno u otro, y a describirlos en sus principales características. Así, la propia ley deberá encomendar al “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-, el diseño del procedimiento detallado para llevarlos a cabo, y la posibilidad de construir excepciones al procedimiento general, a efecto de facilitar, en determinados casos los mismos procesos, cuando las circunstancias que deban rodearlos así lo justifiquen, en atención al tipo de bien de que se trate o a las condiciones en que deba tener lugar la contratación. En cualquier caso las decisiones a este respecto deberán obedecer, siempre, a un estudio profundo de las justificaciones que las sustenten.

6.4 La selección de contratistas de servicios especializados no se realizará por el procedimiento de licitación pública, sino por el proceso especial para la contratación de servicios, cuyas características principales se encuentran en la Ley Modelo para la Contratación Pública de la UNCITRAL⁵. Este procedimiento permitirá que se determinen “ordenes de elegibilidad” en función de la fortaleza técnica de las propuestas y de las condiciones subjetivas del oferente que estén directamente relacionadas con su capacidad y experiencia para realizar lo ofrecido. Una vez establecido ese orden, se considerará el factor precio, pudiendo para el efecto utilizarse varias fórmulas alternativas:

- ~ Hacer una nueva ronda de calificación en relación, solamente, con el precio, pero dándole un peso específico muy bajo, de tal forma que sólo una variación exagerada en este factor cambie el orden de elegibilidad. En este caso, el sobre de propuesta económica se presentaría con la propuesta técnica, pero sólo se abriría una vez establecido el orden de

⁵ Ley Modelo para la contratación de bienes, obras y servicios, preparado por Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI -UNICTRAL

elegibilidad en lo técnico y en relación, únicamente, con aquellos escogidos para integrar dicha lista.

- ~ Como en el caso anterior, presentado el sobre de oferta económica simultáneamente con la oferta técnica, sólo se abriría el sobre que contenga la propuesta económica del primer elegible, de tal forma que si el mismo se encuentra dentro de las condiciones presupuestales previstas por la entidad para el respectivo contrato, se le adjudique sin considerar a los demás. Sólo si ello no es así, se procedería a abrir de manera pública el sobre de oferta económica del segundo elegible y así sucesivamente.
- ~ Podría también hacerse uso de procedimientos de “negociación de precios” con los integrantes de la lista de elegibilidad. Si el proceso es sucesivo, sólo se negociará con el segundo elegible si ya se ha descartado definitivamente al primero. Si el proceso es simultáneo, podrá efectuarse una especie de subasta a la baja entre los elegibles, en cuyo caso las reglas de ponderación para alterar la lista de legibilidad técnica deberán, nuevamente, dar un peso específico bajo al precio. Sea cual fuere el procedimiento de negociación de precios escogido, se recomienda que el mismo sea “público” en sus resultados, por oposición al “secreto” utilizado en algunas legislaciones.

6.5 El proceso de licitación clásico se mantendrá como regla general para la contratación de bienes, obras y servicios no especializados. Al respecto la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” establecerá, como se ha dicho, la definición del mecanismo, dejando al “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- los pormenores del procedimiento. En principio se estima necesario que la “Ley General de Contratación para la Administración Pública”, introduzca, a la licitación, algunas modificaciones en su concepción, producto de las siguientes consideraciones de fondo:

- ~ No debe confundirse, en general, la calificación de los aspectos relativos al proponente con los aspectos objetivos de la propuesta. En ese sentido se estima que la calificación de los aspectos subjetivos en las licitaciones debe ser de “pasa” y “no pasa”, de forma tal que las condiciones del oferente no sea una desventaja para aquellos que, cumpliendo con los requerimientos subjetivos mínimos requeridos para el contrato en cuestión, presentan propuestas más sólidas en lo técnico.

En la medida en que se logre el funcionamiento adecuado del RUP, tratado en el numeral 5, las entidades deberán abstenerse de efectuar calificaciones subjetivas de las ofertas, limitándose a establecer puntajes mínimos de “K”, cuya acreditación será considerada como requisito mínimo para participar.

Se introducirá el concepto de “precalificación”, que consiste en calificar las condiciones subjetivas de los proponentes con anterioridad a la presentación de las ofertas, en aquellos casos en que la complejidad del objeto a contratar sea tal que los requisitos subjetivos necesarios para participar no se puedan medir a través del “K” de contratación generado por el RUP. Sólo aquellos que superen la “precalificación” podrán presentar propuestas.

- ~ Se considera aconsejable utilizar procedimientos de “subasta” en aquellos casos en que el tipo de bien o servicio a contratar tenga condiciones técnicas uniformes o similares y la cuantía de lo que se contrata así lo justifique. En ese sentido podrá usarse el procedimiento, o bien para producir adjudicaciones a quien mejor satisfaga las “variables dinámicas” escogidas para la subasta, o como procedimiento para determinar el contenido de la oferta económica. La ventaja de este procedimiento estriba en que expone al mercado las ofertas de todos los participantes, de forma tal que les permita a todos mejorar la propia dentro del lapso de tiempo previsto previamente para la puja. De esta forma la entidad obtiene la mejor oferta posible de todos y cada uno. Al respecto resultan ilustrativas las experiencias piloto llevadas a cabo por el “Proyecto de Contratación Pública DNP – BIRF” en el Departamento Nacional de Planeación y las realizadas por ECOPETROL. Esta modalidad resulta especialmente aconsejable si se cuenta con mecanismos electrónicos que garanticen la transparencia y seguridad del ejercicio.
- ~ Sobre la base de exigir unos requisitos mínimos de seguridad, deberá ser posible realizar la totalidad del proceso licitatorio “en línea”, usando para el efecto un único “Portal de Contratación Pública”, como se explicará en la letra el literal C de este capítulo.

6.6 En relación con la contratación directa, como se anotó en los debates de la “Misión de Contratación”, a la misma no debe considerársele como una excepción al proceso de licitación como hoy se encuentra consagrado, sino más bien como una modalidad diferente, a la que bien podría llamarse de “selección directa” y a la cual se accedería cuando la naturaleza del objeto a contratar o las circunstancias en que ella ocurre así lo justifiquen. Esta concepción

implica que al proceso se le rodee de condiciones para hacer posible la “selección objetiva” del proponente cualquiera que sea la modalidad de escogencia adoptada. En ese sentido se considera pertinente introducir las siguientes o similares características al proceso de contratación directa:

- ~ Cuando se trate de la adquisición de bienes o servicios de calidad normalizada y escaso valor, el procedimiento deberá ser siempre el de la contratación directa y el factor de selección exclusivo debe ser el precio, una vez se compruebe que el proponente cumple las condiciones subjetivas para participar. El escaso valor no debe medirse en función del presupuesto de la entidad, como hoy se hace al amparo del concepto de “menor cuantía”, sino en atención a aquella cifra absoluta que el “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-, determine para cada tipo o género de bien o servicio, con el criterio de evitar costos innecesarios en procesos de selección en los que el costo administrativo para el Estado de llevarlos a cabo, exceda el beneficio obtenido por el uso del mismo. Desde luego y siempre que medie justificación atinente a la naturaleza de lo que se contrata, el “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-, podrá disponer de cuantías más elevadas para algunas entidades estatales.
- ~ El “Consejo Nacional de Contratación” podrá disponer los mecanismos con arreglo a los cuales se lleve a cabo la escogencia de proponentes en los casos de selección directa a efecto de garantizar la “selección objetiva”. Dentro de los diversos mecanismos de selección directa, podrá tener en cuenta las siguientes alternativas:
 - La realización de una “licitación de precios”, a través de la cual se establezcan listas de elegibles para el suministro de los bienes y servicios requeridos por la entidad durante el año de vigencia de la lista. La lista de elegibles podrá ser de la extensión que determine el “Consejo Nacional de Contratación –CNC-“, teniendo como criterio que el objetivo de la misma es el de encontrar para cada clase de bien o servicio uno o varios oferentes al mejor precio posible. Una vez un proponente es incluido en la lista, tendrá derecho a que un porcentaje (fijado en general para cada tipo de bien o servicio por el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC-) de las adquisiciones que realice la entidad contratante le sea adjudicado en la medida en que se presente la necesidad, teniendo la responsabilidad de efectuar el suministro al precio con el cual fue incluido en la respectiva lista de elegibilidad. La entidad podrá adquirir el porcentaje restante a otros proveedores, siempre

que efectúen el suministro al mismo precio, o dentro del rango que le fije el Consejo Nacional de Contratación –CNC-.

En la evaluación de la “licitación de precios”, la entidad deberá velar por que los mismos correspondan a parámetros de mercado y a que con los mismos no se incurra en prácticas de “competencia desleal”.

- Solicitud de cotizaciones a un número reducido de proveedores escogidos por sorteo de entre aquellos inscritos ante la propia entidad, sin perjuicio de que proveedores no invitados puedan presentar sus ofertas, en razón a que la información respectiva podrá estar disponible en sistemas en web. Las características del sorteo, que será público presencial o a través de sistemas en web, serán reguladas por el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC-
- Solicitud de cotizaciones a un número reducido de proveedores escogidos por sorteo de entre aquellos inscritos en el RUP y que hayan manifestado su intención de vender ese tipo de bien en las cantidades requeridas por la entidad y en la ubicación geográfica en que ella lo requiera.
- De conformidad con la cuantía que determine el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC-₂ y con el listado de bienes y servicios que determine, las entidades estatales podrán entregar a algunos funcionarios “tarjetas de crédito” con un cupo limitado o las llamadas “tarjetas inteligentes”, a efecto de que realicen adquisiciones de pequeñas cantidades de bienes o servicios que se requieran para suplir necesidades no contempladas en los planes de compras generales. El “Consejo Nacional de Contratación”– CNC-₂ reglamentará detalladamente la forma de llevar un control sobre las adquisiciones realizadas por esta vía.
- Cuando se trate de “mínima” cuantía, según se determine por parte del “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-₂ en relación con un valor absoluto, los funcionarios

encargados podrán comprar bienes o servicios directamente, sin más requisitos que los de dejar constancia motivada con el soporte del pago efectuado.

- En cuanto hace a las causales de “selección directa”2, diferentes a las derivadas de la cuantía, la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” deberá precisar aquellos casos en que será posible acudir a ese mecanismo. Al respecto se estiman inconvenientes2, en relación con lo contemplado hoy, las causales relativas a la declaratoria de desierta de la licitación o a la no presentación de propuestas en la medida en que, salvo que medie una “urgencia manifiesta” y así se declare, debe realizarse nuevamente un proceso de selección. Así mismo, como se ha anotado en las premisas que deberán tenerse en cuenta para la determinación de las modalidades de selección y de los criterios de evaluación, el tratamiento de la contratación de las entidades estatales cuyo objeto consiste en realizar actividades industriales y comerciales debe construirse desde el derecho privado en función de los negocios que prohijan y no desde la perspectiva pública de la interferencia en los procesos de selección de contratistas o desde la de los arbitrios públicos de ejecución de los contratos.

De otro lado, en la legislación vigente existen causales de contratación directa que no se corresponden en absoluto con la naturaleza de la figura, como las relativas a los contratos de empréstito y a los interadministrativos.

En relación con la contratación de bienes y servicios relativos a la defensa nacional, más que considerar esos procesos como de contratación directa, debería más bien rodeárseles de garantías de confidencialidad dadas las circunstancias del país y la naturaleza de lo que se contrata, pero ello no quiere decir que no se puedan realizar procedimientos competitivos bajo invitación de los oferentes calificados. En este sentido, con apoyo en lo que disponga la “Ley General de Contratación de la Administración Pública”, el “Consejo Nacional de Contratación” –CNC- podría establecer2 para casos como este, algunas variaciones en el proceso de licitación para el efecto, incorporando modalidades de “precalificación” a través de las cuales se verifiquen aspectos de seguridad2, importantes para los procesos.

Finalmente, parece necesario que se termine con la práctica de eludir los procesos de contratación sobre la base de entregar a organismos multilaterales la responsabilidad de ejecutar partidas presupuestales de las entidades públicas. A ese respecto parecería necesario limitar esa modalidad al evento en el que se trate simplemente de ejecutar proyectos cuyos fondos provengan de recursos de cooperación internacional o que, a lo sumo, representen la contrapartida nacional de esos fondos de cooperación.

7. Equilibrio Económico y Financiero – distribución de riesgos

Como derecho que pueden invocar los particulares para mantener las ventajas económicas otorgadas u obtenidas a través de los contratos con la administración, el desarrollo legal de esta figura debe mantenerse. No obstante, resulta necesario introducir modificaciones que permitan a las entidades estatales y a los particulares compartir los riesgos derivados de la actividad contractual, de tal suerte que la llamada “garantía de utilidades” se vea matizada por conceptos como los recogidos en la “teoría de la imprevisión” del derecho privado, que le permitirían también a la entidad estatal evitar un mayor perjuicio por la ocurrencia del imprevisto. Esta previsión, sin embargo, podría tener dentro de la “Ley General para la Contratación de la Administración Pública”, tratamientos especiales en función del tipo de contrato de que se trate, pudiendo confiársele al “Consejo Nacional de Contratación” – CNC-, la tarea de diseñar esquemas de negociación de riesgos en contratos muy sensibles a su ocurrencia, como en el caso de la “concesión”.

8. Poderes de la administración

La existencia de prerrogativas en cabeza de la administración y ajenas a las que normalmente tienen los particulares en sus relaciones contractuales, resulta necesaria para asegurar la materialización del interés público involucrado en los contratos celebrados por las entidades estatales y en particular para buscar y asegurar el cumplimiento del contrato. En desarrollo de lo anterior, parece indispensable efectuar algunas precisiones en relación con el alcance de las mismas, como por ejemplo:

- El criterio actual de señalar unos pocos contratos típicos como los únicos habilitados para consagrar cláusulas exorbitantes, ha dejado por fuera de esa posibilidad a una gran cantidad de contratos atípicos que se encuentran a diario en la actividad de la administración y cuya adecuada realización compromete el interés público. Así mismo, en ocasiones parece innecesaria la inclusión de esas cláusulas, dado el objeto de que se trata. Por lo dicho, parecería necesario que los criterios de obligatoriedad de las cláusulas exorbitantes, fueren determinados por el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- como tema “deslegalizado”, manteniendo la ley la potestad de definir el contenido y alcance tanto de las cláusulas exorbitantes en particular, como de los demás poderes excepcionales de la administración.
- En la medida en la que la cláusula de multas debe servir como mecanismo de apremio al contratista para buscar el cumplimiento del contrato, su monto, de no haber sido pactado, no podrá exceder de un límite que resulte razonable en relación con la cuantía del contrato, a efecto de impedir que termine generando un desequilibrio económico. Al respecto parecería aconsejable que el Consejo Nacional de Contratación –CNC- dictase los parámetros a seguir, entendiéndose que la multa no es un fin en sí mismo sino una herramienta para lograr el cabal desarrollo del objeto contractual.
- Los poderes excepcionales de la administración no pueden emplearse para buscar indemnizar perjuicios que el contratista haya podido causarle a la administración con ocasión de la ejecución del contrato, en la medida en que esa potestad de debe estarle reservada al juez del contrato.

9. Solución de conflictos

El alto costo que representa para la administración pública deferir a instancias judiciales la decisión de un conflicto, justificaría por sí misma la búsqueda del fortalecimiento de los mecanismos alternos de solución de conflictos basados en mecanismos directos o mediados de negociación. Con todo, existe a este respecto otra justificación tal vez más apremiante desde la

perspectiva de la gerencia pública, cual es la de que una buena administración de los contratos conlleva la capacidad de solucionar conflictos que se puedan presentar en aras del cumplimiento del interés general involucrado en el cumplimiento del objeto contractual. La judicialización no sólo agrava los conflictos y los hace más costosos, sino más que eso, muchas veces llega demasiado tarde en términos de salvaguardar los intereses públicos involucrados en la adquisición de bienes, obras y servicios.

Como primera medida en esa dirección, parecería aconsejable establecer claramente los mecanismos que allanen el camino a la figura de la “transacción”. En relación con la “Conciliación”, ciertamente resulta necesario solucionar algunos problemas de carácter normativo que, de una parte, han hecho del procedimiento en veces algo confuso, y de otra y más importante aún, le han dado un sesgo hacia el simple reconocimiento de pagos “anticipados” a los particulares, antes que una verdadera negociación de intereses. De esa idea pétrea se deriva la intervención como conciliador del Ministerio Público, la imposibilidad recientemente establecida a través de la jurisprudencia constitucional de efectuar conciliaciones contencioso-administrativas ante los Centros de Conciliación, y la homologación de todo acuerdo conciliatorio ante los tribunales de lo contencioso administrativo. Ahora bien, desafortunadas experiencias recientes han inhibido aún más la posibilidad de acudir a la conciliación aun cuando se tratare de esa restringida visión de limitarse a la noción de “pago anticipado”, en la medida en la cual se ha entendido que la conciliación implica un reconocimiento de responsabilidad que en algunas ocasiones conduce a concluir que la misma ha causado un detrimento patrimonial al Estado, con las naturales consecuencias personales de orden disciplinario, fiscal, patrimonial y hasta penal para los funcionarios involucrados. De cualquier forma y dada la dependencia actual del mecanismo de la figura de los agentes del ministerio público, resulta urgente aumentar su número de manera importante a efecto de mejorar las posibilidades de la figura.

El administrador del contrato debe tener la capacidad de solucionar conflictos con la finalidad de honrar los fines públicos de la contratación y, en esa medida, tener cierto margen de maniobra para negociar soluciones, ante la presencia de inconvenientes, resulta crucial. La conciliación tendrá un papel importante en la medida en que se le conciba no como un simple medio de pago anticipado de sumas que de todas formas se deben al contratista, sino más que eso,

como una manera de negociación de intereses entre la administración y el particular, a la que aquella no puede llegar con “los brazos atados” y durante la cual, en consecuencia, sería viable pensar en darle capacidad de condonar total o parcialmente conceptos como las multas o los intereses, en aras de obtener en la negociación mejores resultados de gestión contractual, de manera similar a como ya se hace en algunos instrumentos de recaudo tributario.

De otro lado, los bien intencionados “comités de conciliación” han sido temerosos en formular políticas de conciliación sobre la base de la valoración de riesgos de la actividad desarrollada por las entidades. En ese sentido se propone que el “Consejo Nacional de Contratación” –CNC- se encargue de consuno con el respectivo sector de la administración, de la elaboración de mapas de riesgo que proporcionen criterios objetivos para brindar a los ordenadores del gasto elementos y capacidad de decisión que le permitan negociar asuntos conflictivos. Detectado un riesgo, estudiado su tratamiento legal y jurisprudencial, será posible por vía general formular recomendaciones de manejo del mismo, tanto dentro como fuera de los tribunales. De esta manera, los “mapas de riesgo” servirán al buen propósito de mejorar la administración de los contratos y prevenir la materialización de los riesgos, fortalecer la solución directa o mediada de las disputas y, en último caso, mejorar las posibilidades de defensa judicial de las entidades.

En cuanto hace al arbitraje, parece necesario que la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” se ocupe de solucionar las diversas dudas que algunos fallos han creado en relación con la competencia de los tribunales de arbitramento para conocer de “actos administrativos contractuales”. Si la conclusión resulta ser la de inhibir la competencia en relación con el conocimiento de actos en los que se ejerzan facultades de exorbitancia⁶, probablemente la solución pase por establecer un procedimiento rápido que como incidente le permita a la jurisdicción resolver sobre el particular para que, hecho lo pertinente, el tribunal pueda ejercer sus funciones a plenitud. Una solución más ambiciosa pasaría por estudiar la posibilidad de aclarar el tema constitucionalmente levantando la restricción, en la medida en que se adopten medidas que garanticen la especialidad de los tribunales de arbitramento que fallen asuntos contencioso administrativos y que aseguren que los mismos serán consistentes con su misión de

6 Corte Constitucional, C-1436 de 2000. M.Pon. Alfredo Beltrán Sierra.

hacer parte de una jurisdicción especializada. Sea cual fuere la solución que se adopte, resulta urgente abordar el problema anotado a efecto de evitar que la institución muera por falta de certeza en las reglas de juego, máxime cuando el país está presenciando una extrema y muy grave congestión de los despachos judiciales que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cual no sólo tiene dicha Jurisdicción a punto de colapsar, sino que ello se traduce, en la práctica, tanto en una denegación de justicia para los particulares e incluso para las entidades públicas que tienen derecho a obtener una pronta y cumplida decisión judicial de sus asuntos y controversias, en una fuente de exorbitante encarecimiento de las sumas y condenas que las entidades deben pagar por concepto de condenas, afectando sensiblemente el erario, como también contribuye al florecimiento de la corrupción en la contratación estatal, puesto que un control judicial eficiente, ágil y severo, contribuye de manera fundamental a luchar contra la corrupción por cuanto sus pronunciamientos oportunos permiten dejar sin efectos los actos o los contratos que atentan contra el patrimonio público, al igual que imponen castigo ejemplar a quienes pretenden atentar contra la transparencia y la objetividad que debe reinar en el terreno de los contratos que celebran las entidades del Estado.

Comentario aparte merece la institución arbitral cuando ella está llamada a dirimir conflictos originados en contratos celebrados por entidades públicas en ejercicio de actividades comerciales e industriales. En este caso no se encuentra razón válida para establecer cortapisa alguna a la competencia de los tribunales, en la medida en que, como se ha dicho, deberá considerarse que esta clase de contratación debe exclusivamente gobernarse por el derecho privado.

10. El papel de los organismos de control

La eficacia de la contratación materializada a través de la toma de decisiones que afecten el desarrollo de un contrato, se ha visto limitada por el excesivo control, casi siempre únicamente de aspectos formales, al que se ven sometidos los ordenadores del gasto. A lo anterior habría que agregar que el control está duplicado entre la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, entidades que toman el mismo punto de referencia en las normas de contratación y que en no pocas ocasiones producen resultados contradictorios en sus

conclusiones o decisiones finales. Es claro, en consecuencia, que los controles disciplinario y fiscal aumentan los costos de la contratación y generan dilación en la toma de decisiones de una actividad dinámica como lo es la contratación.

Por lo dicho, existe la necesidad de replantear los parámetros con los que se realiza el control, buscando que sea realmente posterior y que se despoje de la concepción formalista que lo acompaña para buscar examinar prevalentemente la manera cómo como las decisiones de administración del contrato sirven o no el interés público con su gestión. De otro lado, en las discusiones de la “Misión de Contratación” se plantearon dos aspectos de primera magnitud para ese replanteamiento: mejorar sustancialmente la capacidad técnica de esos organismos sobre la base de la capacitación y de una mejor composición de su capital humano y, en el nivel constitucional, el establecimiento de una competencia preferente entre lo disciplinario y lo fiscal, a fin de realizar un único control en contratación. De aceptarse ese enfoque, la adecuación de la responsabilidad fiscal sólo procedería en la medida en que prosperase la disciplinaria.

Igualmente es necesario buscar la armonización de la normativa contractual con la legislación propia tanto del control disciplinario como fiscal, teniendo en consideración que en la actualidad existen profundas contradicciones entre los diversos regímenes, con las graves consecuencias que ello trae.

Comentario aparte merece el "Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal" SICE, creado mediante Ley 598 de 2000 en la Contraloría General de la República. Al respecto, las discusiones de la “Misión de Contratación” apuntan a la necesidad de que el mismo no se convierta en una herramienta de control previo, lo cual sucedería si los criterios de responsabilidad fiscal tratan de imponer una responsabilidad objetiva basada en el hecho de que, sin considerar las circunstancias particulares de la contratación, se haya contratado por fuera del rango de precios previsto para el bien o servicio de que se trate. Así mismo se anotó que el SICE debe armonizarse con el “Sistema Electrónico de Contratación Pública” –SEICO-, a que se refiere la letra C de este capítulo.

5. Asuntos sometidos a la capacidad regulatoria del “Consejo Nacional de Contratación”

Como se ha anunciado repetidamente en este documento, la “Ley General de Contratación para la Administración Pública” preverá la “deslegalización” de numerosos aspectos de la regulación de la Contratación Pública. El propósito de esta medida desde la perspectiva de la política pública cuyas bases se pretende aquí formular, gira alrededor de la idea de mantener un marco común y coherente de instituciones jurídicas que presidan toda la actividad contractual del Estado, pero con el objetivo de que esa estructura tenga la capacidad de amoldarse a la naturaleza específica de las diferentes áreas de la administración, así como a la de los bienes, obras o servicios que sea necesario contratar.

En adición a los ya señalados en apartes anteriores de este documento, algunos de los temas sobre los que en principio se atribuiría competencia “deslegalizada” de regulación al “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-, serían los siguientes:

5.1 Procedimientos de selección

Si bien la definición de los diferentes tipos de proceso de selección correspondería a la ley, sería la regulación del Consejo Nacional de Contratación –CNC-, la que fijaría los diversos procedimientos para desarrollarlos. Esta característica permitirá evitar que se desvirtúe un proceso de selección por la rigidez del procedimiento que lo instrumenta y buscará, adicionalmente, que se puedan establecer, dentro de un mismo proceso, variables excepcionales de actuación que atiendan a situaciones debidamente justificadas por la clase de bien a contratar o por el tipo o la naturaleza de la entidad contratante.

5.2 Mecanismos para la aplicación de cláusulas excepcionales o sancionatorias.

Estas pautas se dirigirán a hacer más eficiente la materialización de los acuerdos de voluntades que suscriba la administración proporcionando criterios básicos para determinar la aplicación e inaplicación de cláusulas excepcionales.

5.3 Publicidad

La regulación del Consejo Nacional de Contratación –CNC- se encaminará a este respecto a imprimir agilidad en los procesos de selección aportando a las entidades estatales los criterios que seguirán para establecer políticas de publicidad de los actos y procesos, procedencia de los mismos, mínimos de plazos, y de variables para la evaluación, para responder a las exigencias del mercado. En ese sentido, la Ley se abstendrá en su totalidad de regular la publicidad y confiará al “Consejo Nacional de Contratación” –CNC-, la determinación de los mecanismos de publicidad de los procesos y de los contratos, a efecto de garantizar que se haga de la manera más eficaz posible en los diversos niveles de la administración en pro tanto de la transparencia de la actividad, como de la competitividad de la actividad contractual de la administración.

5.4 Mecanismos de equilibrio económico

El “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- impartirá instrucciones a este respecto, a efecto de proteger los intereses de los contratistas, de conformidad con la política de esquemas de negociación de riesgos que se adopte por ese mismo organismo y cuya incorporación a los contratos será obligatoria.

5.5 Normalización de procesos de contratos

El Consejo Nacional de Contratación –CNC- se ocupará de crear estándares de procesos y procedimientos que tiendan a ese fin, con un propósito de reducción de costos de transacción y de satisfacción oportuna de la demanda pública por bienes o por servicios.

5.6 Garantías

La exigencia indiscriminada de garantías con cuantías elevadas ha traído como efecto que las mismas no respondan adecuadamente a los riesgos que implica la naturaleza del contrato. El seguro, visto como salvaguarda de la ocurrencia de un riesgo no compartido, obedecerá a pautas

que fije el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- de acuerdo con la evolución del sistema asegurador y a la posibilidad de fraccionar los riesgos asegurables.

Así mismo, resulta necesario establecer la diferencia entre garantías y seguros y en consecuencia, la posibilidad de que sea el Estado y no el contratista, quien actúe como tomador de la póliza que ampare los riesgos del contrato, habida cuenta de las dificultades que en veces se presentan al respecto y que terminan frustrando los propósitos de contratación del Estado y con ellos afectando claros intereses públicos.

El Consejo Nacional de Contratación –CNC-, determinará cuáles serán las garantías admisibles en adición a las hoy habilitadas para tal efecto, pudiendo considerar opciones como las garantías reales, las cartas de crédito, los patrimonios autónomos, etc,

Finalmente, parecería de recibo mejorar los mecanismos de recaudo del amparo una vez ocurrido el siniestro.

5.7 Elaboración de documentos tipo para la contratación

El Consejo Nacional de Contratación –CNC- buscará generar la mayor cantidad de documentos tipo a efecto de facilitar el desarrollo de las diferentes etapas de los procesos de contratación, buscando eliminar la incertidumbre y la subjetividad de los funcionarios en la conducción de los mismos.

5.8 Determinación de bases para un sistema de evaluación, gestión y autocontrol de la contratación estatal.

Al respecto se buscará la normalización de los procesos de seguimiento y evaluación que las entidades estatales están llamadas a ejecutar, para una correcta evaluación de su gestión contractual.

5.9 Agregación de demanda

El Consejo Nacional de Contratación” – CNC-, buscará generar economías de escala en la contratación con recursos públicos, sobre la base de señalar criterios con arreglo a los cuales se podrá agregar demanda de diversas entidades para maximizar la capacidad de las entidades públicas de obtener mejores condiciones de eficiencia en su contratación de bienes que admitan esta modalidad. En ningún caso esa modalidad implicará trasladar la ordenación del gasto ni el manejo físico de lo que se adquiriera. Este tipo de funcionalidad encontrará gran apoyo en los mecanismos transaccionales que se establezcan con el desarrollo de SEIC de que trata el literal C de este documento.

5.10 Capacitación y Profesionalización

El “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- - deberá formular políticas para mejorar el nivel de capacitación y calificación de que gocen los diversos funcionarios públicos en materia de contratación administrativa, con base en criterios como:

- ~ Planeación del contrato y estructuración de proyectos
- ~ Administración y gerencia de procedimientos contractuales y de ejecución de contratos
- ~ Interpretación de contratos
- ~ Solución de controversias.
- ~ Mecanismos de control a la gestión contractual y no sólo a la forma de los procesos
- ~ Administración de riesgos (determinación de riesgos, alcance del amparo, determinación de la ocurrencia siniestros, gestión de cobro a las compañías aseguradoras, etc.)
- ~ Integración de nuevas tecnologías de información y comunicaciones en los procesos de formación y,
- ~ Capacitación de capacitadores

En adición a las tareas regulatorias que la ley le asigne, el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC-, elaborará los proyectos de ley relativos a la contratación pública que desee presentar el Gobierno Nacional a consideración del Congreso de la República, emitirá

concepto sobre los proyectados por otras instancias con iniciativa legislativa, así como proyectará los decretos que deba expedir el Gobierno Nacional en uso de su potestad reglamentaria.

Finalmente, el “Consejo Nacional de Contratación” – CNC- administrará el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública – SEICO-, mismo que pasa a explicarse.

C. SISTEMA ELECTRÓNICO INTEGRAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – SEICO

El Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –SEICO-, es una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.

Este sistema, a través de un portal único de contratación, mostrará la información sobre la totalidad de las entidades públicas que se encuentren en la web, bajo un parámetro uniforme de captura en tiempo real. Adicionalmente permitirá relacionar esa información con la que existe en diversas bases de datos públicas sobre la materia (Ministerio de Hacienda –SIIF-, Imprenta Nacional –DUC-, Confederación de Cámaras de Comercio –RUP y Boletín de Contrataciones- , Contraloría General de la República –SISE- y DANE –SICSP-). Así mismo, el sistema presentará información jurídica relevante sobre el tema a través de un módulo de consultas y de capacitación que permita a los administradores públicos del país acceder a información de primera calidad en la materia. Desde el punto de vista del control ciudadano, la información suministrada por el SEICO permitirá visualizar la contratación con recursos públicos tanto de una manera individual para supervisar el desarrollo de un determinado proceso de contratación, como de manera global por indicadores que podrá llegar a construir el propio usuario.

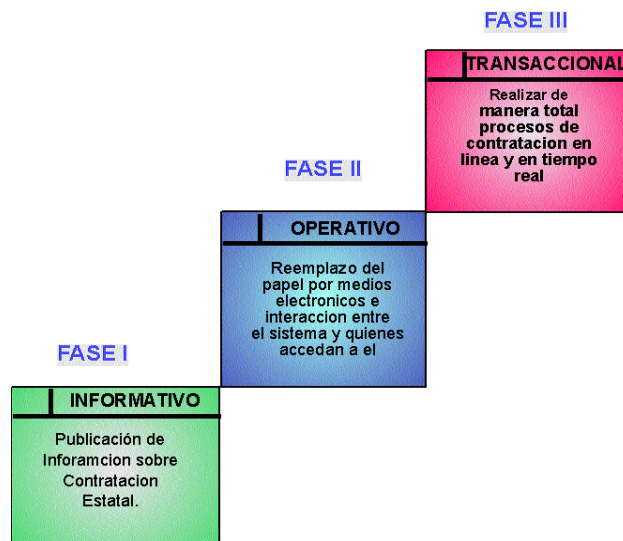
Además del mecanismo informativo, el sistema brindará la posibilidad de realizar interacción electrónica, esto es, el desarrollo de procesos de contratación electrónicos en los cuales, al reemplazar los documentos en papel por documentos electrónicos, se hará más ágil y

transparente el proceso de contratación. Este módulo se acompañará de mecanismos de seguridad que aseguren la intangibilidad de los documentos.

Por último, el sistema tendrá un mecanismo transaccional a través del cual se brindará la posibilidad de efectuar procedimientos de “selección objetiva” que, en la medida en que la “Ley General de Contratación de la Administración Pública” lo permita, llegarán hasta la celebración misma del contrato o, si se prefiere por la entidad usuaria, le permitirán colocar la herramienta al servicio de la obtención mediante “puja” del contenido de las “variables dinámicas” de las diversas ofertas, o del sistema de “agregación de demanda”, procedimientos ya explicados en otro aparte de este documento.

El Consejo Nacional de Contratación – CNC, tendrá como responsabilidad, dentro de la administración del sistema, establecer las políticas, lineamientos y estándares para la publicación de información y la realización de procesos de contratación, teniendo en cuenta los tres niveles de evolución que componen el modelo funcional del Sistema Electrónico Integral de Contratación en Línea, como se detallan en la gráfica siguiente.

Gráfica 9. Fases del sistema electrónico integral de contratación en línea



IV. RECOMENDACIONES

El Departamento Nacional de Planeación recomienda al Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES:

1. Que el Gobierno, con el apoyo y coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, elabore y presente a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley modificatorio del régimen legal y reglamentario de los contratos de la administración pública existente, titulado “Ley General de Contratación para la Administración Pública”, en los términos del presente documento.
2. Disponer la creación en el proyecto de ley mencionado, del Consejo Nacional de Contratación, con naturaleza de consejo superior de la administración, a cuyo cargo se encontrará el establecimiento de una política pública integral en materia de contratación pública, así como proponer al Conpes la adopción de aquellas medidas que la ley determine como de su competencia.
3. Que el Gobierno, con el apoyo y la coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, expida un decreto reglamentario mediante el cual se cree el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –SEICO-, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos.