

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Raquel Duran Angarita, Lilia Aracely Reyes Carvajalino, Mayra Magdalena Delgado Bueno¹

RESUMEN

La contratación pública en Colombia ha sido objeto de varios estudios de investigación, modificaciones, reformas y jurisprudencia, que deben ser analizadas de manera objetiva a fin de identificar las distintas variables que afectan de manera positiva o negativa el sistema de contratación en Colombia.

En este sentido, definir la contratación estatal permite ubicar el tema, desde una perspectiva holística que provea de insumos y argumentos que sirvan de referente a presentes y futuras investigaciones sobre este aspecto.

No obstante, la contratación estatal es parte del que-hacer del Estado y su práctica es indispensable para asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado en sus diferentes orbitas de acción.

PALABRAS CLAVES: Contrato, Contrato Estatal, Cláusulas Excepcionales, Autonomía, Voluntad, Caducidad.

ABSTRACT

Public procurement in Colombia has been the subject of several research studies, modifications, alterations and jurisprudence, which must be analyzed objectively to identify the variables that affect positively or negatively the recruitment system in Colombia.

¹ Abogados, Estudiantes de la especialización en Contratación estatal de la Universidad Libre

In this sense, define the state contracting allows locating the subject, from a holistic perspective to provide input and serve as arguments concerning present and future research on this.

However, government procurement is part of that state-making and practice is essential to ensure compliance with the essential purposes of the State in different orbits of action.

KEYWORDS: Contract State Contract Clauses Exceptional, Autonomy, Will Expiration

INTRODUCCIÓN

La contratación pública en Colombia se sustenta en la necesidad que tiene el Estado de servirse de particulares para el cumplimiento de los fines del Estado en aquellas áreas o actividades donde es solamente con el concurso de proveedores que puede satisfacer esas necesidades de servicio, obras, consultorías y otras modalidades en donde el sector privado cuenta con los medios, recursos, experiencia y capacidad de atender esos requerimientos de las entidades públicas.

El vínculo entre particulares y el Estado se entiende como el servicio que presta el uno (oferente – contratista) al otro (Entidad pública – contratante), en donde el primero se ofrece a dispensarle al segundo un bien o un servicio a cambio de un estipendio económico y que el segundo, para tal efecto, ha dispuesto las condiciones en que se habrá de celebrar ese vínculo, procurando defender al máximo los intereses del Estado sobre los particulares.

Es decir, el Estado se abroga la facultad omnímoda de imponer condiciones para la celebración de contratos, en donde los particulares están en la obligación de cumplir, al momento de manifestar su interés o deseo de proveerle a la entidad los servicios o bienes que ella demanda.

Este ejercicio pretende analizar, explicar e interpretar esa realidad contractual en Colombia, sus características y alcances, teniendo en cuenta para ello el marco normativo correspondiente y los distintos puntos de vista que sobre este tema se han desarrollado, con el fin de servir de referencia o consulta a interesados en el

tema, sean ellos estudiantes, profesionales del derecho, la administración y otras disciplinas, como también sugerir algunas recomendaciones o puntos de vista que enriquezcan la literatura que sobre contratación estatal se ha venido produciendo desde la academia y la jurisprudencia.

En esa perspectiva se busca comprender la contratación desde su génesis primaria o más elemental, para ir complejizando su análisis a escenarios de interpretación y reflexión normativa que pueda tenerse en cuenta como un referente idóneo para la consulta y futuros proyectos de investigación al respecto.

Planteamiento y desarrollo de la investigación

Objeto de Estudio

La contratación pública en Colombia, reglada mediante la Ley 80 de 1993, es un tema que representa un enorme interés para la sociedad en la medida que es el medio mediante el cual el Estado se sirve de particulares para satisfacer la necesidad de un servicio o un bien que sea necesario o indispensable para el normal funcionamiento de la entidad pública.

Por ello es necesario caracterizar el sistema de contratación pública y comprenderlo desde una postura holística que ofrezca una perspectiva amplia y suficiente para interpretarla y analizarla desde el punto de vista normativo y procedimental.

Motivaciones de la Investigación

Uno de los aspectos que más interesa a la sociedad y al Estado en sí mismo tiene que ver con la pulcritud, celeridad, objetividad y claridad con que se adelanta la contratación pública, en la medida que ha sido fuente de toda suerte de apreciaciones en el sentido que la contratación es una de las formas en donde se llevan a cabo prácticas de corrupción y nepotismo que lesiona gravemente los intereses del Estado.

La contratación es una necesidad y resulta fundamental para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pero ella en sí misma no puede ser factor de deslegitimación de la cosa pública por cuenta de acciones y procedimientos antiéticos que atente contra el interés general de una sociedad.

Relevancia del tema

La contratación pública en Colombia ha tenido que adecuarse a las realidades que impone la modernidad y las nuevas necesidades, producto de las nuevas tecnologías, la competitividad y la eficacia estatal.

Revisarla desde un punto de vista crítico permite contribuir a establecer otra perspectiva de análisis que puede ser un insumo para futuras investigaciones que profundicen aún más sobre el tema y contribuya a la generación de una cultura de lo ético y honesto en las costumbres de la contratación pública.

Recopilación de datos

La información que hará parte de esta propuesta proviene de fuentes oficiales y a su vez de diversos medios de comunicación, como también de documentos públicos, escritos de expertos y tratadistas.

Método de análisis

Para tal efecto se hará un estudio al marco normativo pertinente y a los distintos pronunciamientos de los tribunales, jueces y juristas en relación con el tema propuesto.

Definición conceptual y jurídica del sistema de contratación en Colombia

Antecedentes

La contratación pública surge desde el mismo momento del nacimiento de la república como una estrategia o mecanismo que tiene el Estado de suplir parte de sus necesidades a partir de contratar con otros la prestación de un servicio, el suministro de un bien o simplemente, una tarea de consultoría, asesoría o de estudios específicos sobre temas de interés para el gobierno.

En esta perspectiva, y con el fin de regular la manera, forma y mecanismo de contratación, selección y adjudicación de contratos, de tal suerte que, en primera

medida, beneficie el interés general sobre el interés particular. Es decir, que prima el interés del Estado en proteger el patrimonio público, sin que ello implique desconocer el interés y derechos del particular en cuanto a la justa retribución de sus servicios o bienes ofertados, procurando un equilibrio entre los intereses del uno y del otro.

Así las cosas sobre este aspecto, la Ley 80 de 1993, ha definido los fines de la contratación pública en Colombia en el siguiente sentido:

ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Dicho de esta manera, es claro que debe haber una justa relación entre las partes y ninguna de ellas podrá actuar en detrimento de la otra.

Dicho esto y pretendiendo hacer un recorrido por la historia normativa en este aspecto revisaremos el desarrollo jurídico de la contratación a través de los años.

- Código fiscal de 1873: Regulaba la caducidad.
- Ley 53 de 1909: La Primera ley que establece relación entre estado contratante y el particular contratista.
- Ley 110 de 1912: Código Fiscal Nacional, que hace extensiva la caducidad, además del contrato de obra y prestación de servicios; es el Primer estatuto contractual que busca mediante la licitación y el contrato, seleccionar el contratista.

- Ley 130 de 1913: Código Procesal Contencioso Administrativo, ratifica los contratos como actos de mero derecho privado (Por primera vez en la historia de la contratación administrativa).
- Ley 61 de 1921: Establece con carácter obligatorio la licitación para la adquisición de materiales por parte del Estado.
- Ley 105 de 1931: Señala la competencia en las controversias contractuales en el derecho común (conoce la jurisdicción ordinaria).
- Ley 106 de 1931: Extiende la obligación de la licitación a los contratos de correos nacionales.
- Ley 167 de 1941: Expide el Código Contencioso Administrativo y reitera la obligatoriedad de estipular la cláusula de caducidad para los contratos de obra, prestación de servicios y explotación de bienes del Estado y deja en mano de los jueces comunes la solución de las controversias contractuales.
- Decreto 528 de 1954: Es una de las normas de mayor importancia como antecedente legislativo porque deja en manos de los Tribunales Contenciosos Administrativos las controversias de carácter contractual sin distinguir ninguna clase de contrato así fuere un contrato común.
- Decreto 351 de 1955: Habla sobre contratos de suministro.
- Decreto 1050 de 1955: Relativo a contrato de empréstito (préstamo).
- Decreto 550 de 1960: Refiere a contratos inter-administrativos.
- Leyes 4 de 1964 y 36 de 1966: Referentes al contrato de obra pública.

- Decreto-Ley 150 de 1976: Estableció como requisito para la contratación Administrativa la licitación pública y privada; aprobación y registro presupuestal, constitución y aprobación de garantías, establece como requisito para la aprobación de una licitación en contrato, la aprobación del Consejo de Estado (a nivel local los Tribunales), concepto y aprobación del consejo de ministros, firma del presidente de la república, publicación en el diario oficial, cláusulas obligatorias (caducidad, sujeción a aprobación presupuestal, garantías, cláusula penal pecuniaria, renuncia a reclamación diplomática), responsabilidad civil de los funcionarios y la terminación unilateral y anticipada del contrato por inhabilidades del contratista.

- Ley 222 de 1983: Sobresalió la consagración dual de contratos administrativos y privados del estado, los principios de unilateralidad (derecho que tenía el estado de dar por terminado unilateralmente un contrato) terminación, interpretación, y modificación de un contrato por las partes, estableció las causales de caducidad, asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia por las controversias contractuales administrativas y comunes, la tipificación legal de los contratos administrativos y que en los contratos aplicaba para la nación, los entes territoriales, los establecimientos públicos en su totalidad y parcialmente para las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Desde el siglo XVIII, ya en Colombia, como puede notarse, se viene regulando la contratación y en ella se advierte que es el Estado quien promueve y establece las reglas del juego en los procesos de selección y adjudicación de contratos.

Por tanto, aunque las normas eran muy incipientes, sí se procuraba establecer las responsabilidades comunes respecto del cumplimiento y caducidad de los contratos.

Marco normativo a partir de la constitución de 1991.

En primer término es necesario advertir que con el surgimiento de la Carta Superior del año 1991, Colombia pasó de ser un Estado de Derecho a un Estado “Social” de Derecho y en ese sentido se aboca un nuevo contrato social en donde subyacen los principios fundamentales que le dan fuerza a un modelo de estado participativo, incluyente, justo y equitativo.

El vínculo de la sociedad con el Estado deberá ser más robusto y dinámico en donde la ciudadanía habrá de jugar un papel determinante en las cuestiones de Estado y es así como se promulga todo un marco normativo que garantiza a la sociedad derechos y deberes más explícitos y de coerción inmediata, como la tutela y las acciones de grupo.

Pero en lo que a la contratación respecta, es necesario precisar el alcance constitucional en este aspecto y es así como desde la perspectiva de Pino J. (2005), se hace una apreciación que se ajusta a los propósitos de este ejercicio:

“Los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal han sido establecidos en la Constitución Política mediante la incorporación de un derecho fundamental y una regla de Estado social de derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular. El derecho a la igualdad, como directriz fundamental de la contratación de la administración, impone a las entidades públicas, a favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones”. (Pino, J. 2005, p.23)

Por tanto, desde la postura constitucional, es claro que en todo momento de la contratación prima el interés general sobre el interés particular y ello conduciría a la expedición de todo un menú normativo procurando dar alcance a ese postulado constitucional.

Marco jurídico relacionado con contratos estatales.

- CONSTITUCION POLITICA

- Ley 80 de 1993

- Ley 30 de 1992 (art 57 y 93 Universidades Oficiales)
- REGIMEN DE CONTRATOS ENTIDADES ESTATALES BANCARIAS ASEGURADORAS Y FIDUCIARIA
- REGIMEN DE CONCESION DE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES
- OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO INTERNO
- REGIMEN DE CONTRATOS DE CIENCIA Y TECNOLOGIA
- REGIMEN DE CONTRATOS QUE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES.
- Ley 361 de 1997. Personas con limitaciones físicas (art. 24)
- Ley 527/99 Uso acceso de mensajes de datos, comercio electrónico, firmas digitales y certificación
- Ley 590 de 2000. Desarrollo de las MIPYMES (art. 12)
- Ley 598 de 2000:
- SICE Sistema Información Vigilancia Contratación Estatal
 - CUBS Catálogo Único de Bienes y Servicios
 - RUPR Registro Único de Precios de Referencia
 - Resoluciones CGR 5313, 5314 y 5339 de 2002.
- Ley 715 de 2001 SGP recursos y competencias
- Ley789/02 Normas Apoyar empleo y ampliar protección social
- Ley828/03 Control de evasión del sistema de seguridad social

- Decreto 1436/02 Selección intermedia de seguros
 - Resolución CGR 5313-Organiza y crea el SICE, CUBS,,RUPR
 - Resolución 5314 CGR febrero 28/02, adopta el CUBS
 - Resolución 5339 CGR
- Resolución 143 mayo 27/02 P.G.N (SIRI)- Reglamenta el sistema de información y registro de sanciones disciplinarias

La Ley 80 de 1993 y sus principales aportes al sistema de contratación

En primera medida, se busca establecer las reglas y principios que rigen los contratos estatales y por esta vía define quienes son capaces de contratar en nombre del Estado y qué requisitos o características debe reunir quien pretenda ofrecer servicios o bienes al Estado.

Su desarrollo normativo busca proteger los intereses del Estado y de ahí que se atribuye a sí mismo, el poder de establecer las condiciones que los oferentes deberán cumplir para contratar y también procura regular la participación de la sociedad en los procesos contractuales a través de las distintas veedurías ciudadanas, sin detrimento de las acciones de inspección y vigilancia que ejercen las entidades de control como la Contraloría y la Procuraduría.

Entre sus principales aportes, es oportuno reseñar los que a continuación se relacionan:

- Es el resultado de un estudio elaborado por un equipo de trabajo, en donde participaron gremios vinculados, de alguna manera, a la actividad contractual del Estado.
- Consigna unas normas y principios generales para todas las entidades estatales de todos los niveles, por lo que se considera universal, facilitando que la gestión de la administración pública sea ágil y eficiente.
- Autonomía de la voluntad establecida entre las partes, bajo un contrato estatal legalmente celebrado lo cual constituye una ley que se debe acatar y cumplir. Dentro del contrato se pueden incluir todas las condiciones

convenientes, si no son contrarias a la Constitución Política, las leyes y al mismo Estado colombiano.²

- Se suprimen requisitos, trámites y autorizaciones de diferentes instancias jurídicas e institucionales que causaban trabas a la gestión, dificultando la ejecución oportuna del objeto del contrato.

- La inclusión de cláusulas extraordinarias o excepcionales, ya que una de las partes actúa con el objeto de satisfacer el bien público (el contratista) (Torres, J. (1998, p. 122)

Como es posible observarse, la ley intenta abarcar todos los ámbitos que atañen al proceso contractual y atiende su misión fundamental de proteger los intereses de la nación respecto de los intereses particulares, como también se abroga la facultad de decretar la caducidad, de manera unilateral, de los contratos, cuando la ejecución de estos no se realicen conforme a lo preestablecido en el respectivo pliego de condiciones.

Alcances de la reforma al Régimen de Contratación, mediante la Ley 1150 de 2007

Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

La expedición de la norma busca resolver aspecto del régimen instituido en la norma anterior (Ley 80/93) y de paso adecuar el sistema de contratación a las nuevas exigencias del mundo de hoy en relación a las TIC e implementar procedimientos de publicidad, celeridad, transparencia y selección objetiva de proponentes.

En este sentido, la norma incorpora los siguientes aspectos:

- Nuevas vías procedimentales contractuales - contratación abreviada
- Contratación electrónica

²Frente al contrato o convención, el Código Civil Colombiano lo define en su artículo 1495 como: “es un acto por el cual una parte obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”

- Distribución de riesgos en los contratos
- Reformula selección objetiva (Decreto 2170/02)
- Nuevas reglas de verificación de condiciones de proponentes (Cámaras de Comercio)
- Reformula el concepto de calificación y clasificación Registro Único de Proponentes
- Las garantías en la contratación
- La publicación de proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos
- Establece como regla general la audiencia pública para la adjudicación de licitaciones
- Precisa el tratamiento a cooperativas y asociaciones de entidades territoriales
- Fija reglas para la liquidación de los contratos
- En las disposiciones generales promociona Mipymes y grupos marginados que se asocien bajo esta modalidad
- Fija el debido proceso, la delegación, desconcentración y todo el marco de la contratación de estas entidades.
- No cobro de pliegos de condiciones
- Actuación posterior a la declaratoria de desierto la liquidación
- Estandarización de pliegos para algunos eventos
- Creación del sistema electrónico para la contratación pública
- Aplicación de los principios de la función administrativa
- La revocatoria del acto de adjudicación
- Reformula la exigencia de parafiscales ley 789
- Unifica la reserva presupuestal como requisito de ejecución, fija la ultraactividad en materia negocial estatal.

Sin desconocer la importancia de los aspectos contenidos en la norma, es evidente que al incorporar la Contratación Electrónica, da un gran paso a la contemporización de los modelos y esquemas de contratación intentando afianzar la relación gobierno – sociedad y adentrarse en una nueva exigencia del mundo moderno como es el

Gobierno en línea, que incorpore a la nación en la sociedad de la información y la comunicación, como también responder a los retos del uso de los sistemas virtuales de información y comunicación que en un mundo globalizado es un imperativo.

Dicha política, desde la óptica de Laguado, R (2004, es entendida ésta como:

“La actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado. Cuando a esta actividad se le incorpora el uso de tecnologías de la información y la comunicación se genera el concepto de contratación pública electrónica, en inglés e-government procurement que a su vez tiene como sigla eGP.”

Colombia, al adoptar como política pública la agenda de conectividad³ ha concebido una serie de tareas que conduzcan a hacer más ágil, objetiva y, especialmente, transparente el sistema de contratación estatal para así evitar los vicios de aquellas costumbres de tramitomanía propias de administraciones basadas en la comunicación escrita y artesanal (Santos I., 2013).

Ello hizo que se promovieran programas como el Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE y el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, cuya principal responsabilidad se podría definir en los siguientes términos:

Tiene como fin general el de cumplir los postulados del Estado Social de Derecho, cuya naturaleza es prestar servicios a los asociados y garantizar el bienestar de la comunidad (Santos I, 2013) . En sentido particular, los contratos estatales tienen como finalidad suplir la necesidad específica, por consiguiente, la administración debe contar con los elementos de juicio necesarios para establecer la mejor forma de atender dicho propósito.

Estado Social de Derecho se caracteriza por garantizar los derechos fundamentales, reconocidos a través de una Constitución, con el fin de evitar la desigualdad y que se atente contra la dignidad humana. Colombia, a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, se estableció como Estado Social de Derecho asumiendo de esta manera un compromiso por la defensa de los intereses

³Es la política de Estado, consagrada en el documento Conpes 3072 de 2000, dirigida a contribuir con un sector productivo más competitivo, un Estado moderno y una comunidad con mayores oportunidades para el desarrollo, al aprovechar las ventajas que las nuevas tecnologías nos ofrecen.

de sus ciudadanos, como lo reza el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia: “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” En cuanto a los contratos, en el derecho romano, son convenciones que están destinadas a producir obligaciones y han sido sancionadas y nombradas por el derecho civil. Citado por: (Ustariz, L. 1997, p. 7). Sin embargo, “el mero consentimiento no formaba el contrato. Su elemento esencial era la causa, esto es, el signo o conjunto de signos de los cuales se infería el acuerdo de voluntades (...) sin ellos no había contrato.” (Uribe. 1980, p.252). Por otra parte, el Código Civil establece, respecto al contrato, que: “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Pero, desde esta última definición, (Ustariz, Op cit. p. 8), difiere porque “la convención puede crear, modificar y extinguir obligaciones, mientras que el contrato sólo puede crear”. Este mismo autor da a entender: “que los contratos sólo producen obligaciones a cargo de una de las partes a favor de las otras cuando las obligaciones generadas de un contrato son a cargo de ambos contratantes”. Mientras que, Becerra Toro, afirma que: “el contrato genera desde su creación una relación jurídica con todas las consecuencias que le son propias. Su primer efecto es la obligatoriedad, que constituye un principio de derecho civil moderno, fundado, a su turno, en la relatividad de la autonomía de la voluntad contractual, que trata de otorgar el mayor alcance jurídico a la voluntad de las partes en el negocio, siempre que no exceda el límite de la ley, ni del orden público, ni de las buenas costumbres”. (Becerra, R. Op cit., p. 162).

Es indudable que el proceso contractual debe caracterizarse por su pulcritud, transparencia, diafanidad y ser prístino a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, pero también a la luz de una sociedad cada vez más organizada, vigilante y dispuesta a defender y hacer defender los más caros principios del Estado instituidos en la Carta Superior.

Pero más allá de dichos postulados axiológicos, descansa una intención de la sociedad y es combatir las distintas modalidades de corrupción que se han anquilosado en el sistema de contratación y han hecho ya metástasis en toda la estructura estatal, de tal suerte que es uno de los males que más aqueja al Estado.

Aspectos críticos del sistema de contratación estatal

La perfección o no del sistema no se reduce única y exclusivamente al marco normativo, pues en éste solamente se incorporan regulaciones que buscan proteger los intereses del Estado. Sin embargo, es preciso abocar una serie de situaciones que afectan de manera muy sensible el sistema y de esta manera deja una puerta entre abierta para que prácticas corruptas puedan vulnerar el sistema y de esta manera el fin principal de la norma no se cumpla de manera eficaz.

El Régimen de contratación no es único y homogéneo

En la actualidad existen entidades que por su naturaleza y sus funciones o por las condiciones del entorno donde éstas deben cumplirse (mercados cambiantes, compras reservadas, etc.), deben estar excluidas del régimen general - particularmente en lo atinente a los procedimientos de selección de contratistas-. Sin embargo, esto no justifica la situación que se presenta al momento de discutir reformas legales al estatuto, ocasión en la cual no pocas entidades públicas realizan actividades de cabildeo o lobby para quedar exentas del ámbito de aplicación de la ley 80 de 1993.

Por ejemplo, el sector Defensa ha tenido éxito en evitar la aplicación de la ley 80 a gran parte de su contratación. En la Ley 1150/07, existe un artículo específico que excluye a la Escuela Superior de Administración Pública del ámbito de aplicación del estatuto (Reyes S. 2013).

Un régimen de contratación como la Ley 80/93 y su reglamentaria 1150/07, cuya intencionalidad debería ser universal, no logró abarcar algunas especificidades en material de homogenización del sistema y ello genera el desinterés de eventuales proveedores con mayor experiencia, capacidad financiera, técnica, operativa y mejores condiciones de oferta, pues genera incertidumbre respecto de las condiciones de participación en la oferta y además, como factor subjetivo, pero importante, deteriora la transparencia al desestimular el control ciudadano y a su vez no permite el acceso pleno a la información detallada de los procesos contractuales (Reyes S, 2013).

En cuanto a Convenios con organismos multilaterales

Algo aún fresco en la memoria de los colombianos tiene que ver con el escándalo que se suscitó a raíz del convenio entre la nación y un organismo multilateral que

permitió la implementación del programa “Agro – Ingreso Seguro”, que hoy tiene tras la rejas a varios altos funcionarios del gobierno anterior.

Este tipo de convenios, excluido en forma expresa de la aplicación del estatuto contractual por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, ha sido cuestionado por los organismos de control y los medios de comunicación. (Semana, Julio 2003).

Y no es para menos, pues las condiciones del vínculo contractual entre el Estado y estas entidades multilaterales del orden internacional no están incorporadas en el régimen como si lo están todos quienes aspiran a contratar con el Estado y la vigilancia de recursos y su ejecución están por fuera de la mira de los organismos de control; cuestión que a la luz de nuestro marco jurídico es reprochable y a todas luces injusto con los sacros intereses del Estado en la defensa de sus intereses generales.

Las dificultades de los Contratos interadministrativos

Este modelo contractual puede celebrarse en forma directa entre entidades públicas y dicha modalidad de contrato se ha venido utilizando de manera recurrente sin que ello exija dar cumplimiento al Estatuto de Contratación.

En particular, es de público conocimiento la forma como algunas universidades públicas han venido valiéndose de su régimen especial para adelantar obras que nada tienen que ver con la naturaleza de dichas instituciones (Revista semana, Edición 1204). Esto gracias a que, según el artículo 57 de la ley 30 de 1992, las universidades estatales u oficiales, como entes universitarios autónomos, tienen un régimen especial de contratación. Ya hace casi 4 años el documento Conpes 3249 proponía que “en la reforma a la Ley 80 de 1993 se deberán vincular todas aquellas entidades que sin justificación técnica o por la especialidad de sus actividades hoy cuentan con regímenes exceptivos de la ley, tales como las Universidades Públicas”.

El documento al cual se hace alusión propuso también excluir del régimen de contratos interadministrativos a organizaciones como cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, las que en la gran mayoría de casos sirven de testaferros de ciertos contratistas que buscan este modelo para evadir el cumplimiento de los requisitos impuestos en el régimen de contratación.

La contratación directa, una práctica generalizada

El estatuto de contratación prevé que de acuerdo al monto o cuantía del contrato, sea posible celebrar contratos de manera directa sin el lleno de los procedimientos establecidos en la norma, lo que desde el punto de vista operativo suena eficiente, pero en la práctica gran parte de los recursos públicos son gastados mediante esta modalidad contractual. Según las estadísticas del proyecto de contratación pública BIRF – DNP, las entidades públicas del orden nacional celebraron contratos por poco más de 15 billones de pesos durante 2004, de los cuales más de 10 billones corresponden a contratación directa.

Es entonces evidente que el estatuto contractual, muy a pesar de su intencionalidad, en la realidad no opera como factor limitante a las prácticas corruptas de contratación. Las administraciones locales, especialmente, acuden a esta forma de contratación porque les permite asegurarle a sus amigos, la recompensa electoral derivada de su triunfo “democrático”.

La contratación electrónica, sus retos y dificultades

Cuando fue expedida la Ley 80/93, el uso de las TIC aún eran bastante incipientes y en ese sentido la norma no abordó de manera precisa los medios electrónicos de contratación como una obligación procedimental en los procesos contractuales. No obstante, aún subsisten normas que corresponden a las épocas de la antigua forma de contratación como las dispuestas en el Artículo 30 de dicha ley, que indica que indica que:

Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad.

Lo que en la práctica se reduce a publicar una breve descripción del contrato en las secciones de edictos de los diarios locales, lo que no garantiza para nada la obligación de masificar la publicidad de los actos de gobierno y más los de temas de contratación.

La política pública de Gobierno en línea exige la total y plena accesibilidad de la ciudadanía a la información pública emanada de las entidades del Estado y no basta con incorporar la información en las plataformas virtuales, sino también garantizarle

a toda la sociedad, independientemente de su ubicación geográfica, el acceso a la información y a las nuevas tecnologías.

Con base en varios estudios consultados, así por ejemplo la CPAR 2005 recomienda fortalecer el Portal Único de Contratación y unificarlo con el SICE, así como la reducción de los costos de inscripción en este último. Donde se destacan los esfuerzos como el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, pero echan en falta su integración con el Portal único de contratación, y la divulgación del manejo de la herramienta entre los potenciales proveedores. (Cuaderno de Transparencia número 12)

De especial importancia es el monitoreo realizado por Transparencia por Colombia, en el cual se evidencian fallas como la poca consistencia de la información del SICE y la que proveen las entidades por otros medios, la falta de compromiso de las entidades obligadas a presentar información, y la dificultad para ejercer control ciudadano sobre la contratación ante las restricciones de acceso de la herramienta. Resulta levemente mejor calificado el Portal único de contratación, y quedamos a la espera de los efectos que tendrá el decreto 2434 de 2006, que establece la obligación de todas las entidades sometidas a la ley 80 de 1993 de ingresar toda la información contractual al portal único. (Transparencia En La Contratación Pública: Retos Hacia El Futuro)

CONCLUSIONES

EL Régimen de contratación estatal es una herramienta que permite establecer las reglas del juego entre el Estado y sus proveedores, de tal suerte que el primero tiene la función obligatoria de defender los intereses del Estado y el segundo sujetarse o someterse a las reglas impuestas por las entidades públicas.

De igual manera es indispensable guardar el equilibrio entre la una y la otra en procura de garantizar la justeza y equidad en el desarrollo de los contratos estatales.

La accesibilidad al Sistema de Información para la Contratación Estatal SICE y al Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP es un medio de publicidad para la actuación contractual y busca que la sociedad ejerza su papel veedor y fiscalizador acerca de los procesos y procedimientos contractuales a nivel local, regional y nacional.

Las excepciones al régimen de contratación como los contratos interadministrativos, con organismos multilaterales, de las universidades públicas, etc., no permiten un control efectivo y exhaustivo a los mecanismos y criterios de contratación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cuaderno de Transparencia número 12 “Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública”, que realiza un estudio sobre el SICE y el Portal Único de Contratación.

Laguado R., (2004). Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. Londres. Edición original:

CheveningFellowshipAward – UnitedKingdom. Disponible en: Biblioteca virtual Luis Ángel Arango. Banco de la República. Diciembre 9 de 2008

Pino, J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Procuraduría General de la Nación. (2005). Instituto de Estudios del Ministerio Público. Selección de Contratistas Contratación Directa. (2ª ed.) Bogotá: Autor.

Revista Semana. La Vena Rota. Bogotá: Edición 1092 de 4 de julio de 2003

Revista Semana. La gran constructora: Las actividades de la Universidad de Cartagena, publicado en la edición 1204.

Reyes Sinisterra, C. C. (2013). La valoración del documento electrónico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 87-109.

Santos Ibarra, J. P. (2013). La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la luz de la Ley 1437 de 2011. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 133-144.

TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: RETOS HACIA EL FUTURO, con ocasión de la reforma a la Ley 80/93.

Torres, J. (1998). *Interventoría de contratos de informática*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Procuraduría General de La Nación.

Uribe Holguín, R. (1980). *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Ustariz, L. (1997). *Régimen de los conflictos de interés*. Bogotá: Asobancaria.