

## MOTIVOS DEL PROYECTO

El Gobierno Nacional presenta este proyecto mediante el cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública que rige el Sistema de Compra Pública.

En Colombia hay un gran acuerdo frente a la necesidad de hacer modificaciones e intervenciones a las leyes que rigen el Sistema de Compra Pública<sup>1</sup>. No hay consenso sobre la necesidad de hacer una reforma integral o sobre algunos aspectos en particular. Si tenemos en cuenta todas las iniciativas existentes, las recomendaciones de los gremios, académicos, proveedores y compradores públicos y las de los organismos internacionales, es claro que la propuesta debe ser una reforma integral. De otra parte, si la reforma no es integral no solucionamos la dispersión normativa que es un problema del ordenamiento normativo colombiano, señalado constantemente por los organismos multilaterales y por nuestros socios comerciales y que afecta la seguridad jurídica del Sistema de Compra Pública.

El Sistema de Compra Pública (*Public Procurement System*) es la estructura organizada creada por los Estados para tomar decisiones de gasto público con el propósito poner a disposición de las personas bienes, obras y servicios. En Colombia, desde la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, ha habido una discusión teórica sobre la denominación del Sistema. Aquellos con un enfoque económico prefieren la expresión compra pública, mientras que los que tienen un enfoque jurídico prefieren la expresión contratación pública. Los primeros argumentan que la contratación pública es solamente un elemento del Sistema de Compra Pública y que la compra incluye todas las decisiones de gasto, la planeación y las actividades propias del abastecimiento y de la ejecución de proyectos, incluyendo los contratos y la entrega de bienes, obras o servicios y las obligaciones postconsumo. Los segundos dicen que la expresión contratación pública cubre todo el proceso de adquisición de bienes, obras y servicios, además de otros tipos de negocios jurídicos como las Asociaciones Público Privadas y el pago de las obligaciones que surgen de los contratos.

En este documento y en el articulado hemos utilizado la expresión Sistema de Compra Pública que en nuestra opinión es más precisa y es la más utilizada en la literatura internacional sobre la materia.

### I. Antecedentes

La Ley 80 de 1993 buscó: (a) ser una norma de principios y reglas generales aplicables a todo el aparato estatal, la cual dispuso que el derecho privado debía regir los negocios jurídicos de las Entidades Estatales, salvo las materias particularmente reguladas las cuales señalan el límite a la autonomía de la voluntad para estos negocios jurídicos, y (b) alejarse de la tendencia reguladora casuista<sup>2</sup>. La Ley 1150 de 2007 modificó la Ley 80 de 1993 con el objeto de hacer más eficiente y transparente la contratación pública. La Ley 1150 de 2007 creó el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, reglamentó ciertas actividades para la planeación de los contratos,

<sup>1</sup> En este sentido hay solicitudes de gremios, académicos, proveedores y compradores públicos, y recomendaciones de los organismos internacionales.

<sup>2</sup> Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, Ver Disposiciones Generales.



modificó la Ley 80 de 1993 para crear modalidades de selección de contratistas buscando mecanismos distintos de acuerdo con la complejidad de los procesos y su cuantía, e incorporó herramientas para la definición del valor de las ofertas<sup>3</sup>.

El propósito de una normativa aplicable a todo el aparato estatal hoy, 23 años después de la expedición de la Ley 80, no se cumple. La Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 debían regir la compra pública de las Entidades Estatales, salvo cuando estas estuvieran en situación de competencia en el mercado. Sin embargo, hoy hay muchas Entidades Estatales que no están en situación de competencia pero están exceptuadas del régimen general con la excusa de que requieren flexibilidad en su contratación<sup>4</sup>.

Las Entidades Estatales exceptuadas del régimen general no muestran un mejor comportamiento en términos de eficiencia, competencia y economía, y generan dificultades y costos al sector privado y a la ciudadanía, para tener claridad sobre las reglas del juego aplicables a su contratación. Colombia Compra Eficiente con base en la información registrada en el SECOP en 2014 calculó el tiempo de procesamiento de los Procesos de Contratación por modalidad de selección de contratistas. El promedio para la licitación pública es de 59 días, para todas las demás modalidades de selección de contratistas y para el régimen especial es de 38. La particularidad en el caso del régimen especial es que la desviación estándar es de 16.2 días, mientras que en las demás modalidades es de 2. Lo anterior muestra que no hay una diferencia en términos de eficiencia entre el régimen general y el régimen especial<sup>5</sup>.

Además de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, hay normas relativas al Sistema de Compra Pública en muchos otros cuerpos normativos y es frecuente encontrar en distintas leyes artículos aislados que regulan aspectos del Sistema<sup>6</sup>. La dispersión normativa está atada a la tendencia reactiva colombiana a generar iniciativas legislativas que incluyen normas del Sistema de Compra Pública frente a la necesidad de atender poblaciones específicas, a los escándalos de corrupción<sup>7</sup> o incluso utilizar los planes de desarrollo para solucionar temas puntuales de la compra pública. Esta dispersión normativa genera un esfuerzo adicional a cargo de los partícipes del Sistema de Compra Pública, crea ineficiencias en su funcionamiento, facilita la comisión de errores y afecta la seguridad jurídica.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico -OCDE- en el informe *Colombia: La implementación del Buen Gobierno* publicado en 2014, afirma que el marco regulatorio colombiano del Sistema de Compra Pública es complejo, con reglas que se superponen y que a menudo no son fáciles de implementar, lo cual dificulta la participación de las pymes y contribuye a que la orientación de los funcionarios sea en el proceso y no en sus resultados. El informe también hace referencia a

<sup>3</sup> Gaceta del Congreso 458 del 1 de Agosto de 2005. Exposición de motivos de la Ley 1150 de 2007.

<sup>4</sup> Por ejemplo Fonade, UPME, ICFES, Fondo Adaptación.

<sup>5</sup> Este análisis no incluye la contratación de: (a) las Entidades Estatales que son empresas de servicios públicos domiciliarios y prestan servicios de tecnología de la información y las comunicaciones; (b) las Entidades Estatales que pertenecen al sector eléctrico; y (c) las fiduciarias al amparo de la Ley 1537 de 2012 (Ley de las cien mil viviendas gratis).

<sup>6</sup> A manera de ejemplo Ley 30 de 1992, Ley 100 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 489 de 1998, Ley 610 de 2000, Ley 805 de 2003, Ley 1116 de 2006, Ley 1122 de 2007, Ley 1682 de 2013, Ley 1727 de 2014, Ley 1738 de 2014.

<sup>7</sup> De Vivero, Felipe, Reforma del Régimen de Contratación Estatal, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho 2010, p 61 y 62 “Es ingenuo creer que con la ley se lucha contra la corrupción, pues esto parecería partir de la premisa según la cual la ley es la que domina al hombre y no el hombre el que aplica la ley”.



la amplia gama de excepciones a la aplicación del régimen general del Sistema de Compra Pública de Colombia<sup>8</sup>.

El mandato constitucional es tener “el estatuto de contratación de la administración pública”, es decir un cuerpo normativo para la contratación que hacen las Entidades Estatales<sup>9</sup>. En Colombia creamos multiplicidad de regímenes con el argumento de que la contratación pública es difícil y engorrosa en lugar de crear un régimen simple, claro y universalmente aplicable que es el objetivo principal de este proyecto.

Aunque la norma propuesta no se aleja del contenido de las normas vigentes, el proyecto propone derogar íntegramente la normativa actual del Sistema de Compra Pública para cumplir el cometido de un estatuto único, es decir un único cuerpo normativo.

El proyecto busca la simplificación y actualización de la normativa para dotar al Sistema de Compra Pública de una estructura en la cual: (a) los principios y reglas básicas están en la Ley; (b) la reglamentación en los decretos, cuando esta se requiera; y (c) los detalles operacionales, técnicos y procedimentales en manuales, guías y documentos estándar (*templates* o pliegos tipo). Esto permite actualizar los manuales, guías y documentos estándar a los cambios en los mercados, en tecnología y a la demanda de las Entidades Estatales.

## II. Propósito

En el mundo la mirada al Sistema de Compra Pública ha cambiado de forma significativa. Tradicionalmente la compra pública era vista solo como un tema de procedimientos legales y administrativos. Hoy la compra pública está en el centro de la agenda del progreso económico y es percibida como un asunto de gerencia pública que es estratégico para el funcionamiento del Estado<sup>10</sup>. En 2002 Gordon Brown afirmó "hace 50, 20 o incluso 10 años la idea de que el Tesoro estuviera interesado en temas como el espacio público, **la calidad del diseño de la compra pública**, los estándares ambientales, la profundización de la descentralización, la exclusión social y regional era impensable. Sin embargo, hoy en día no son solamente asuntos vitales para el éxito de comunidades económicamente activas sino que están en el corazón de la agenda del progreso económico y social"<sup>11</sup> (negrita fuera del texto).

El cambio de perspectiva es la consecuencia de: (a) cuantificar la importancia del Sistema de Compra Pública en la economía de los países; (b) reconocer el valor estratégico del Sistema de Compra Pública en la entrega de bienes, obras y servicios a los ciudadanos; y (c) hacer visible que a través del Sistema de Compra Pública los gobiernos materializan políticas públicas y las Entidades

<sup>8</sup> OCDE (2013), "Public procurement in Colombia", en Colombia: Implementing Good Governance, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202177-10-en>

<sup>9</sup> Último inciso del artículo 150 de la Constitución Política.

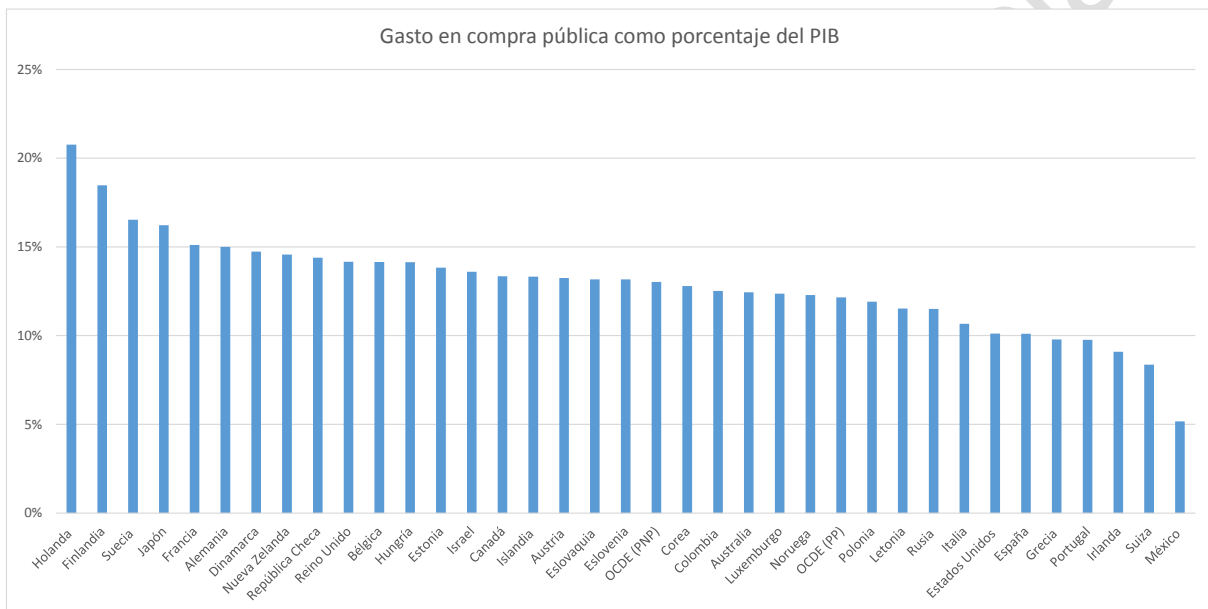
<sup>10</sup> Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE - de 18 de febrero de 2015 la cual está disponible en: <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=320&InstrumentPID=348&Lang=en&Book=False>

<sup>11</sup> Brown, Gordon: Aparte del discurso pronunciado el 1 de noviembre de 2002 en Birmingham, Reino Unido en el *Urban Summit*. A continuación el texto original en inglés: "I think most of you would agree that 50, 20 or even 10 years ago the idea that Treasury would be interested in issues like public space, the design quality of public procurement, environmental standards, devolution, regionalism and social exclusion would be almost unthinkable. But we know that not only are these questions vital to successful, economically vibrant communities but they are at the heart of the agenda for social economic progress." <http://www.theguardian.com/society/2002/nov/01/urbandesign.politics>



Estatales cumplen su misión. La variedad y el alcance geográfico de la demanda de bienes, obras y servicios de las Entidades Estatales, hace que el Sistema de Compra Pública sea también un motor de desarrollo de la industria de bienes y servicios.

La siguiente gráfica muestra la importancia del Sistema de Compra Pública en la economía de los países pertenecientes a la OCDE, sin incluir Chile y Turquía pues la información no estaba disponible, e incluye Rusia y Colombia<sup>12</sup>, el promedio no ponderado de los países OCDE (OCDE - PNP) y el promedio ponderado de los países OCDE (OCDE - PP):



Fuente: OCDE, Estadísticas de Cuentas Nacionales<sup>13</sup>

Este cambio de perspectiva debe estar acompañado de un cambio en la forma de hacer la compra pública que requiere de: (a) el uso adecuado de la tecnología de la información y las comunicaciones; (b) la conciencia sobre el valor de la información y de la toma de decisiones informadas; (c) el deber de tener compradores públicos idóneos, que reciban formación y actualización continua; y (d) la necesidad de tener principios claros y procedimientos simples y expeditos que obedezcan a la lógica del mercado para crear un ambiente propicio para que el comprador público cumpla su función.

El estatuto propuesto será aplicable a toda la compra pública, incorpora las mejores prácticas internacionales y permite que estas sean utilizadas en el Sistema de Compra Pública colombiano de forma constante a medida que se producen. El proyecto reorganiza las prohibiciones para contratar con Entidades Estatales, hace referencia al conflicto de intereses y su tratamiento, modifica el registro de proponentes y lo incorpora al Sistema de Compra Pública, simplifica las modalidades de

<sup>12</sup> La información de Rusia y Colombia corresponde a datos de 2012 y la de los demás países a 2013.

<sup>13</sup> OCDE (2015), Government at a Glance.



selección privilegiando siempre la competencia y hace una revisión al concepto de equilibrio económico de los contratos.

A continuación presentamos el propósito de los aspectos más importantes del proyecto el cual busca tener un único cuerpo normativo que es simple y flexible para adaptarse a nuevas tecnologías y necesidades.

#### A. Principios orientados a obtener valor por dinero en el Sistema de Compra Pública

El mayor valor por dinero en el Sistema de Compra Pública se traduce en lograr más eficiencia, eficacia y economía junto con el manejo y administración del riesgo, la calidad, la sostenibilidad, oportunidad, el ciclo de vida de los productos. El concepto de valor por dinero es útil para evaluar las actividades del sector público pues hace referencia a la optimización de los recursos públicos para cumplir con el propósito de la política pública y a la necesidad de sustentar las decisiones públicas en:

Eficiencia: la relación positiva entre los bienes o servicios empleados y los recursos producidos para la Entidad Estatal. Gastar bien.

Eficacia: La relación entre el resultado pretendido y los resultados alcanzados del gasto público. Gastar inteligentemente.

Economía: minimizar el costo de los recursos utilizados o requeridos. Gastar lo justo<sup>14</sup>.

La eficiencia está relacionada con los costos de la adquisición (tiempo del talento humano de la Entidad Estatal y de los interesados, recursos administrativos, costos asociados a la transacción, entre otros); la eficacia está definida como la correlación entre la necesidad y el resultado del proceso de abastecimiento para satisfacer tal necesidad; y la economía como el costo de comprar y usar el resultado de la compra durante su ciclo de vida útil (incluidos los costos de consumibles mantenimiento y disposición final). Es importante tener en cuenta que economía no es solamente precio.

Las Entidades Estatales deben conocer en detalle los objetivos que pretenden al comprar en el mercado un bien, obra o servicio y evaluar de forma continua si estos objetivos son alcanzados<sup>15</sup>. El concepto de valor por dinero constituye una narrativa diferente en la administración pública, revisa la forma de aproximarse a la eficiencia, la rendición de cuentas y la equidad, y permite adelantar reformas de la administración ejecutando políticas basadas en el concepto de valor público, y no en reglas o incentivos utilizados para reformar la administración pública<sup>16</sup>.

Los documentos y los procedimientos utilizados en un proceso de abastecimiento, bien sea de bienes, obras o servicios, pueden cumplir a cabalidad con la normativa, la Entidad Estatal puede recibir varias ofertas competitivas, la evaluación y la adjudicación puede ser objetiva y ser respetada por todos, y la contratación fácil y simple, pero si por ejemplo el resultado no es oportuno, la Entidad Estatal no obtiene valor por dinero. Por esto es necesario pasar de controlar el simple cumplimiento de los procedimientos a revisar los resultados y fijar la atención del control en la planeación y en la

<sup>14</sup> <http://www.nao.org.uk/successful-commissioning/general-principles/value-for-money/assessing-value-for-money/>

<sup>15</sup> HM Treasury (2006) Value for Money Assessment Guide.

<sup>16</sup> O'Flynn, J. (2007). From new public management to public value: Paradigmatic change and managerial implications. Australian journal of public administration, 66 (3), p 353-366.



ejecución del proceso de abastecimiento o de construcción, que es lo que lleva a obtener el resultado.

El proyecto hace referencia al Sistema de Compra Pública y a sus principios orientadores, ampliando los definidos en la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad) para responder a la forma como el mundo ve hoy la compra pública, al concepto del valor por dinero, a la normativa internacional y a las recomendaciones de la OCDE en la materia<sup>17</sup>. En consecuencia, el articulado<sup>18</sup> establece que el Sistema de Compra Pública debe estar orientado a obtener mayor valor por dinero e incorpora principios adicionales a los establecidos en la Ley 80 de 1993, al establecer los siguientes: (i) planeación; (ii) responsabilidad y rendición de cuentas; (iii) eficacia; (iv) eficiencia; (v) economía; (vi) sostenibilidad<sup>19</sup> e innovación; (vii) competencia; (viii) igualdad; y (ix) integridad y transparencia.

#### B. Campo de aplicación del proyecto

El propósito del proyecto es establecer los principios y reglas aplicables a los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios de las Entidades Estatales. El alcance del proyecto cubre a las instituciones que hacen parte del Presupuesto General de la Nación y de los presupuestos distritales, municipales y municipales, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y otras personas jurídicas en las cuales el Estado a través de cualquiera de las anteriores instituciones tenga una participación del 50% o más, las corporaciones autónomas regionales y cualquier otra entidad con capacidad de contratar que celebre negocios jurídicos para la adquisición de bienes, obras y servicios con cargo a los presupuestos de las anteriores instituciones<sup>20</sup>.

El proyecto regula todos los procesos de abastecimiento de las Entidades Estatales salvo los siguientes negocios jurídicos<sup>21</sup> para los cuales son aplicables los principios establecidos en la norma propuesta pero que están excluidos de la aplicación de sus procedimientos:

1. Actividades que no son compra pública como: (a) las relaciones de servicio de los servidores públicos, empleados públicos y demás contratos regulados por la legislación laboral; (b) operaciones de crédito público; (c) los contratos de concesión y licencias sobre recursos naturales renovables y no renovables (concesiones mineras y petroleras, aprovechamientos forestales, concesiones de aguas, entre otros) y sobre el espectro electromagnético<sup>22</sup>; (d) la enajenación de acciones<sup>23</sup>, de bienes muebles e inmuebles<sup>24</sup>; (e) el otorgamiento de subsidios y apoyos económicos; y (f) los acuerdos suscritos entre Entidades Estatales para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o prestar de forma conjunta servicios a su cargo.

<sup>17</sup> Recomendaciones del Consejo en materia de Compra Pública <http://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>

<sup>18</sup> Artículo 7 del proyecto de articulado.

<sup>19</sup> Balance social, ambiental y económico.

<sup>20</sup> Artículo 3 del proyecto de articulado.

<sup>21</sup> Artículo 4 del proyecto de articulado.

<sup>22</sup> Regidos por la Ley 1341 de 2009.

<sup>23</sup> La ley aplicable es la Ley 226 de 1994.

<sup>24</sup> Ley 1450 de 2011 y Decreto 1068 de 2015.



2. El proceso de abastecimiento de seguridad, defensa e inteligencia que deba ejecutarse con cargo a gastos reservados<sup>25</sup>.
3. Procesos de abastecimiento para satisfacer las necesidades de Entidades Estatales que están en situación de competencia en el mercado<sup>26</sup>.
4. Los procesos de compra con cargo a recursos de crédito de los organismos multilaterales, los cuales están sujetos a las normas que expresamente acuerden las partes de la operación de crédito.
5. Los acuerdos y contratos suscritos con personas de derecho internacional público y los que deban celebrarse en virtud de tales contratos con un procedimiento específico definido en tales contratos
6. Los celebrados con organismos multilaterales de crédito y organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional financiados por tales organismos en más de un 50%, sin perjuicio de lo pactado en los tratados internacionales.
7. Los celebrados por las embajadas, consulados, oficinas comerciales y de representación de las Entidades Estatales en el exterior y que deban ejecutarse en el exterior.
8. Los convenios interadministrativos en los cuales dos o más Entidades Estatales se asocian para cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios a su cargo, no constituyen compra pública porque no obedecen a una decisión de gasto público para la entrega de bienes, obras o servicios.
9. Los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión para actividades administrativas o misionales de las Entidades Estatales.

Es importante distinguir el convenio interadministrativo mencionado en el literal (f) del numeral 1 anterior, de los contratos suscritos entre Entidades Estatales para la adquisición de bienes, obras o servicios los cuales están regidos no solamente en sus principios sino también en sus procedimientos por la ley y en consecuencia, el contrato debe obedecer al resultado de un proceso competitivo<sup>27</sup>.

Los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión para actividades administrativas o misionales de las Entidades Estatales son una forma de manejar las restricciones de la planta de personal de las Entidades Estatales. El criterio de selección de este personal de apoyo debe ser parte de la gestión de talento humano en las Entidades Estatales. Sin embargo, actualmente esta contratación hace parte del Sistema de Compra Pública, la modalidad de selección de estos contratistas es la contratación directa. Lo que busca el proyecto es que la relación entre estas personas que prestan servicios de carácter permanente sea tratada desde la perspectiva del talento humano y no de la venta de servicios.

Tratar la prestación de servicios de apoyo a la gestión que son permanentes como venta de servicios, distorsiona la información del Sistema de Compra Pública, particularmente la de la contratación directa. En 2015 en el SECOP hay registrados 297.160 contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión en la modalidad de contratación directa, algunos de estos contratos pueden haber sido suscritos con la misma persona natural durante el año. Seguramente el número de contratos de este tipo es mayor puesto que hay un subregistro y no incluimos en la revisión los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión financiados con recursos de crédito.

<sup>25</sup> Regidos por la Ley 1097 de 2006 y la Ley 1229 de 2008.

<sup>26</sup> Empresas de servicios públicos domiciliarios y del sector eléctrico que de conformidad con las leyes 142 y 143 de 2006 en sus procesos de abastecimiento está regidas por el derecho privado.

<sup>27</sup> El proyecto se aparta de lo establecido en el literal (c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.



Finalmente, es importante aclarar que la relación entre las Entidades Estatales y las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad mencionadas en el artículo 355 de la Constitución Política no hacen parte del Sistema de Compra Pública. El artículo 355 deriva en un reglamento constitucional autónomo el cual faculta a las Entidades Estatales a celebrar convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para desarrollar una estrategia particular del plan de desarrollo nacional y los planes seccionales de desarrollo.

### C. Aplicación de las normas del derecho privado en el Sistema de Compra Pública

Los contratos que celebra el sector privado obedecen a un plan estratégico de abastecimiento para producir y comercializar el objeto de su negocio y así obtener rentabilidad para los accionistas, protegiendo la reputación de la empresa, sus administradores y asociados. La administración de la empresa rinde cuentas de forma constante en juntas directivas y asambleas o reuniones de socios. La renovación de los contratos de trabajo de los administradores y sus bonos depende de su rendimiento personal y de la empresa. La permanencia de la empresa en el mercado depende de su rendimiento<sup>28</sup>. En el sector público, las Entidades Estatales en sus procesos de abastecimiento celebran y ejecutan contratos para poner a disposición de las personas bienes, obras y servicios y cumplir su misión, ejecutando el dinero de los contribuyentes y en consecuencia, este es el propósito del Sistema de Compra Pública.

Podemos decir que las diferencias son: (a) en el sector privado el propósito es la rentabilidad de los accionistas y en el sector público cumplir la misión de las Entidades Estatales en beneficio de la calidad de vida de los ciudadanos; (b) el riesgo de una mala contratación, en el sector privado se ve reflejada en los ingresos, la reputación y el buen nombre de la empresa y en el sector público en la no entrega al ciudadano del bien, obra o servicio, y la pérdida de legitimidad de la Entidad Estatal y de sus administradores; y (c) la rendición de cuentas en el sector privado es a personas determinadas frente a la rendición de cuentas a personas indeterminadas en el sector público.

El Sistema de Compra Pública está para cumplir la misión de las Entidades Estatales, satisfaciendo sus necesidades y entregando bienes, obras y servicios a los ciudadanos. Por esto las decisiones de las Entidades Estatales deben estar documentadas en detalle, están sujetas al escrutinio público y son objeto de rendición de cuentas para explicar la relación entre las Entidades Estatales y los contratistas, y la forma como a través de ellas son satisfechas las necesidades de las Entidades Estatales<sup>29</sup>.

En la compra pública deben considerarse tanto la autonomía de la voluntad como el interés público. Por lo tanto, el proyecto establece que las reglas del derecho comercial y civil son aplicables al Sistema de Compra Pública salvo lo previsto expresamente en la ley y en los Acuerdos Comerciales<sup>30</sup>. Estas estipulaciones particulares hacen referencia principalmente a las facultades especiales y a la forma de seleccionar a los contratistas principalmente.

<sup>28</sup> Alchian, A. A. (1950). Uncertainty, evolution, and economic theory. The Journal of Political Economy, p 211-221.

<sup>29</sup> Spiller, P. T. (2009). An institutional theory of public contracts: regulatory implications en Regulation, Deregulation, Reregulation: Institutional Perspectives, editado por Claude Ménard, Michel Ghertman, Editorial Edward Elgar Publishing.

<sup>30</sup> Artículo 9 del proyecto de articulado.





#### D. Riesgos del contrato

El contrato es el acuerdo de voluntades para dar, hacer o no hacer algo, en el cual las partes establecen sus obligaciones.

La teoría económica del derecho afirma que el contrato es una relación incompleta porque en el momento del acuerdo las partes no pueden establecer la forma de manejar la totalidad de los riesgos. Identificar todos los riesgos es muy costoso para las partes y puede convertirse en un incentivo para no realizar un negocio jurídico. Por eso, las partes buscan completar en lo posible el contrato al identificar y asignar los riesgos, lo cual crea situaciones de discrecionalidad y de rigidez. Discrecionalidad porque el contrato no puede definir en detalle el comportamiento de las partes, y rigidez porque las obligaciones de las partes no reflejan de forma adecuada las contingencias fuera de la relación contractual<sup>31</sup>.

El contrato está sometido a riesgos porque las obligaciones que contiene deben cumplirse en el futuro y no conocemos el futuro, “Esto es, claro, la misma esencia del contrato está dirigida a que cada parte elimine ciertos riesgos a cambio de otros. Cada parte recibe la certeza del precio, cantidad y plazo y asume el riesgo del cambio de los precios de mercado, a la aparición de otras oportunidades o costos adicionales.”<sup>32</sup>

La regla general es que el riesgo de la ejecución de un negocio jurídico debe ser asumido por quien está en mejor posición para administrarlo, evitar la contingencia o mitigar su impacto, o por aquella que pueda disminuir el riesgo a menor costo (por ejemplo con seguros, o con un portafolio diversificado de inversiones). Por regla general, quien tiene a cargo la prestación del bien o el servicio o la construcción de la obra es quien mejor puede asumir los riesgos en la ejecución de un contrato<sup>33</sup>.

Gorbaneff y Cabarcas analizaron la litigiosidad del Sistema de Compra Pública para el Departamento Nacional de Planeación, las causas de las condenas en contra de las Entidades Estatales, y la posible relación entre las características y tipologías de los negocios jurídicos con la litigiosidad. La conclusión es que el concepto de ecuación contractual y el consecuente principio del equilibrio económico incentiva el oportunismo<sup>34</sup> del contratista y desincentiva su eficiencia, además de causar una distorsión en los efectos que debe producir la modalidad del pago prevista en el contrato o el tipo del contrato<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Battigalli, P., & Maggi, G. (2002). Rigidity, discretion, and the costs of writing contracts. *The American Economic Review*, 92(4), p 798-817.

<sup>32</sup> *Mishara Construction Company, Inc. v. Transit-Mixed Concrete Corp.* Supreme Judicial Court of Massachusetts 365 Mass. 122; 310 N.E.2d 363; 1974 Mass. LEXIS 635; 70 A.L.R.3d 1259; 14 U.C.C. El texto original en inglés es: “*It is, of course, the very essence of contract that it is directed at the elimination of some risks for each party in exchange for others. Each receives the certainty of price, quantity, and time, and assumes the risk of changing market prices, superior opportunity, or added cost.*”

<sup>33</sup> Posner, R. A., & Rosenfield, A. M. (1977). Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, p 83-118.

<sup>34</sup> En teoría económica el oportunismo o el comportamiento oportunista se define como la búsqueda de interés con posibles actos de engaño. Williamson, O (1993). *Opportunism and its critics*, en *Managerial and decision economics*, Vol 14, 9.

<sup>35</sup> Gorbaneff, Yuri y Cabarcas, Gina (2004). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. El trabajo es un producto de la consultoría al DNP sobre las causas del daño antijurídico en la contratación pública, realizada entre 2003 y 2004, según convenio 1911113. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972009000100003#nota\\*](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100003#nota*)



El propósito de proteger al contratista y particularmente a su patrimonio es comprensible. Sin embargo, creemos que esta protección es exagerada y no distingue el nivel de cargas del Estado de acuerdo con los negocios jurídicos. El nivel de cargas del Estado no puede ser el mismo en un contrato de obra pública o de concesión que demanda inversiones del contratista que en el de licenciamiento de software o en la compra de servicios de conectividad.

Los contratos deben ser mecanismos para reducir costos de transacción y ser fuente de información para que durante su ejecución las partes continuamente mitiguen riesgos y costos de transacción<sup>36</sup>. El equilibrio económico, así entendido, castiga los incentivos que puede crear el contrato, promueve el oportunismo del contratista y genera un seguro a su favor con cargo a los recursos públicos.

En Colombia el equilibrio económico de los contratos es aplicable a todos los negocios jurídicos onerosos suscritos por las Entidades Estatales sujetas al régimen general de contratación. La Ley 80 de 1993 en sus artículos 4, 5, 14, 27, 28 y 50 contiene disposiciones sobre el particular que llevaron a la interpretación de que el Estado es responsable de cualquier riesgo imprevisto. Esto es equivalente a un seguro que la Entidad Estatal expide a sus contratistas que trae como consecuencia un riesgo moral<sup>37</sup> pues la Entidad Estatal asume finalmente los riesgos de las decisiones oportunistas de sus contratistas.

La ecuación contractual fue la solución de la Ley 80 de 1993 a los riesgos contractuales imprevistos, concepto que de acuerdo con la sentencia C-333/96 debe ser interpretado en conjunto con el numeral 3 del artículo 4, el numeral 1 del artículo 5 y el artículo 50 de la Ley 80 de 1993. El numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 mezcla las consecuencias de riesgos imprevistos o no previsible con las consecuencias del incumplimiento del contrato. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 5, la administración debe restablecer las condiciones iniciales del contrato (ecuación)<sup>38</sup>, mientras que en el artículo 50 hay una indemnización integral. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales dedujeron del análisis de los textos legales un principio de responsabilidad de la administración contratante por todos los perjuicios derivados de cualquier modificación de las condiciones de ejecución de los contratos que no sean consecuencia de la culpa del contratista, eximiendo así de responsabilidad al contratista.

Las soluciones que eximen de cargas a una parte son similares a un seguro a costa de la otra parte, y hacen que no haya incentivos suficientes para realizar inversiones específicas (requeridas para el proyecto) a cargo de la parte asegurada. La parte que asegura el riesgo tampoco cuenta con suficientes incentivos para hacer lo que está a su alcance para mitigar el riesgo y cumplir su prestación porque cree que en cualquier caso termina respondiendo<sup>39</sup>.

En materia de administración del riesgo, la Ley 1150 de 2007 buscó que las Entidades Estatales estimaran de forma anticipada las contingencias que pueden ocurrir durante la ejecución de los

<sup>36</sup> Carlton W. Dennis Contracts, Rigidity, Equilibrium (1979) Journal of Political Economy, 1979, vol. 87, no. 5.

<sup>37</sup> El riesgo moral es un concepto económico que hace referencia a la situación en la cual un individuo tiene más información sobre sus propias acciones que un grupo social determinado, pero el grupo responde por los costos asociados a la falta de esfuerzo o de responsabilidad del individuo, lo cual distorsiona los incentivos para que el individuo sea responsable.

<sup>38</sup> La ecuación presupone una equivalencia, el uso del signo igual lo cual no es cierto porque el contrato es incompleto, en las relaciones contractuales hay asimetría de la información y además hay aleas propias del contrato

<sup>39</sup> Anderlini, L., Felli, L., & Postlewaite, A. (2007). Courts of law and unforeseen contingencies. Journal of Law, Economics, and Organization, 23(3), p 662-684.



contratos<sup>40</sup> como forma para limitar la responsabilidad del Estado frente a cualquier riesgo no previsto o imprevisible. La norma dispone que las Entidades Estatales deben identificar en la etapa de planeación los “riesgos previsibles involucrados en la contratación”<sup>41</sup> y asignarlos a alguna de las partes. La reglamentación inicial de la Ley 1150 de 2007<sup>42</sup> asoció el riesgo con las circunstancias que alteran el equilibrio financiero del contrato estatal<sup>43</sup>.

De esta forma, “se busca la determinación de responsabilidades en cabeza de cada una de las partes frente a la posible ocurrencia de riesgos propios de la ejecución del objeto contractual y el establecimiento de condiciones y reglas claras en materia de riesgos previsibles que, al incluirse dentro de los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, excluyan dichas circunstancias –si ocurren– de la posibilidad de alegar desequilibrios económicos de los contratos, reduciendo las consecuencias económicas y litigiosas frecuentes en los mismos”<sup>44</sup>.

En los últimos años ha habido un cambio en la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha llevado a afirmar que el rompimiento del equilibrio económico no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan costos adicionales durante la ejecución de sus obligaciones, si estos pueden clasificarse como propios del alea del contrato. Tampoco por el déficit propio del riesgo negocial, ni por los sobrecostos imputables al contratista<sup>45</sup> y ha afirmado que “el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato”<sup>46</sup>.

El Consejo de Estado ha determinado que la Entidad Estatal no debería restablecer el equilibrio económico del contrato en aquellos casos en que los sobrecostos estén relacionados con riesgos asignados al contratista<sup>47</sup>.

La justicia arbitral al pronunciarse sobre este tipo de asuntos regulados por la Ley 1150 de 2007 ha denegado las pretensiones relacionadas con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a causa de eventos previstos en las matrices de riesgos del proceso de contratación, indicando que los sobrecostos debe asumírselos la parte a quien le fue asignado el riesgo correspondiente de acuerdo a lo previsto en los documentos del proceso<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> Congreso de la República. Proyecto de Ley 20 de 2005. Gaceta del Congreso No. 458. Página 8.

<sup>41</sup> Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>42</sup> Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

<sup>43</sup> Uribe, Evamaría Reforma del Régimen de Contratación Estatal, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho 2010, p 228.

<sup>44</sup> Consejo Nacional de Planeación. Documento Conpes 3714. Página 8.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de febrero de 2013. Rad 24996. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de marzo de 2011. Rad. 20683. Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2013. Rad 24219. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011. Rad. 18.836 Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004. Rad. 14043. Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar.

<sup>48</sup> Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de arbitraje de Carlos Alberto Solarte Solarte, Luis Héctor Solarte Solarte, Cass Constructores & Cia S.C.A. y Constructora Ihs S.A.S. integrantes del consorcio Metrovías Malla Vial contra Instituto De Desarrollo Urbano –IDU–. Laudo del 26 de febrero de 2013. Árbitros: Martha Cediél De Peña, Martín Bermúdez Muñoz y William Namén Vargas.



A pesar de los esfuerzos recientes de la jurisprudencia, creemos que el texto de la ley ha dado lugar a un seguro a favor del contratista y a cargo del Estado que no es consecuente con la lógica comercial del Sistema de Compra Pública por las razones anteriormente expuestas, y que a pesar de que recientemente el seguro no es reconocido íntegramente por el Consejo de Estado, genera un alto volumen de reclamos presentados a las Entidades Estatales, una alta litigiosidad, además de no tener sentido en la mayoría de los objetos contractuales.

Las soluciones que encontramos en otras jurisdicciones para los contratos que requieren inversión privada de largo plazo (no para todos los objetos contractuales), incluyen cláusulas de estabilización para proteger un proyecto de los cambios adversos. La literatura señala cláusulas congelantes (*freezing clauses*) y cláusulas de equilibrio económico. Las primeras congelan las normas durante la ejecución del proyecto y de esta manera los Estados acuerdan que los cambios en la legislación con posterioridad al contrato no afectan el proyecto y si hay inconsistencias entre el contrato y la nueva legislación, la legislación nueva no es aplicable al contrato. Las cláusulas de equilibrio económico están diseñadas para estabilizar el retorno del inversionista, caso en el cual los cambios en el proyecto deben ser revisados por el Estado y el inversionista, para determinar el impacto económico y para que luego las partes puedan renegociar el contrato para mantener la posición económica del inversionista o pagarle una compensación. Naturalmente, los inversionistas prefieren las cláusulas de equilibrio económico que incluyen mecanismos de compensación y tratan de definir en estas cláusulas los mecanismos para estabilizar el contrato o recibir la compensación de forma efectiva<sup>49</sup>.

Otra cláusula utilizada tanto en el sector público como en el sector privado es la cláusula de cambios materiales adversos (*Material Adverse Change Clause* o *MAC Clause*), o efectos materiales adversos (*Material Adverse Effect Clause* o *MAE Clause*). Generalmente en los contratos que incluyen cláusula MAC hay una referencia a qué es sustancial (*material*), es decir, qué cambios deben llevar a las partes a modificar el valor y/o las condiciones del contrato y generalmente está asociado al contenido de una declaración que hace quien vende o quien entrega un activo (*representation*).

Es importante tener en cuenta que este tipo de cláusulas que negocian los Estados son para los proyectos complejos que tienen plazos largos y alta inversión, pero no es una norma general para todos los contratos.

En España hay otra solución. Solamente en el contrato de concesión de obras públicas el Estado está obligado a mantener el equilibrio económico en los términos considerados en el momento de su adjudicación en beneficio de la parte que corresponda cuando: (a) la administración por razones de interés público modifique las condiciones de explotación de la obra; (b) por fuerza mayor o actuaciones de la administración determinan la ruptura sustancial del equilibrio del contrato, para lo cual la norma define causas de fuerza mayor; y (c) cuando los supuestos previstos en el contrato para su revisión sucedan. El restablecimiento del equilibrio debe hacerse con las medidas necesarias para el efecto como modificación de tarifas, reducción del plazo de la concesión o la modificación de las cláusulas de contenido económico<sup>50</sup>. La observación frecuente es cuándo hay

<sup>49</sup> Clinch, David y Watsn, James (2010) *Stabilisation clauses – issues and trends*. Herbert Smith Freehills LLP, Lexicology.

<sup>50</sup> Numeral 1 del artículo 258 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, vigente hasta el 2 de abril de 2016.



una ruptura sustancial de la economía y cuando las partes están frente a un simple riesgo no previsto o imprevisible.

Por lo anterior, el proyecto hace referencia a los riesgos previsibles los cuales la Entidad Estatal debe identificar, tipificar, estimar, analizar, evaluar y asignar en la etapa de planeación del abastecimiento, lo cual es reflejado por las partes en el contrato al establecer la forma de gestionar el riesgo, con la asunción o la cobertura del mismo<sup>51</sup>. Frente a la ocurrencia de riesgos no previstos o imprevisibles en la ejecución de un negocio jurídico de ejecución sucesiva que hacen excesivamente onerosas las prestaciones, las partes pueden utilizar las disposiciones del contrato (cláusulas de estabilidad, MAC) para manejar el alea propia del contrato, y si esto no es posible la parte afectada debe acudir al juez para revisar las contraprestaciones mutuas o decretar la terminación del contrato. Sin perjuicio de que las partes de común acuerdo ajusten el valor de las prestaciones afectadas por la ocurrencia del riesgo no previsto o imprevisible, cumpliendo con los principios del Sistema de Compra Pública.

El derecho blando es en nuestra opinión, la mejor forma de establecer las cláusulas tipo para el manejo de los riesgos asociados a la ejecución de proyectos de mediano y largo plazo que requieren altas inversiones y que tienen una mayor exposición al riesgo, como es el caso de las concesiones de infraestructura de transporte.

#### E. Facultades especiales de las Entidades Estatales

Las facultades especiales son mecanismos fuera de lo común que tienen las Entidades Estatales en la ejecución de ciertos contratos. No hacemos referencia a facultades excepcionales<sup>52</sup> pues estos no son mecanismos de excepción, son facultades que tiene la administración respecto de ciertos contratos. Las facultades especiales las tienen las Entidades Estatales durante la ejecución de los contratos de obra, concesión y explotación de bienes del Estado, prestación de un servicio público o cuando el objeto implica el ejercicio de un monopolio estatal reconocido por la ley para evitar la parálisis de un proyecto, atender una situación de orden público o advertir la nulidad de un contrato.

Las facultades especiales<sup>53</sup> son para: (a) interpretar, modificar o terminar unilateralmente el contrato o declarar la caducidad de los contratos que incluyen estas cláusulas; (b) durante la selección del contratista, declarar una prohibición para los oferentes que presentan en una misma selección varias ofertas directamente o en asocio con sus familiares o empresas relacionadas<sup>54</sup>; (c) al declarar las condiciones de reversión cuando no hay acuerdo entre las partes sobre los bienes y las condiciones de la reversión<sup>55</sup> y (d) terminar unilateralmente cualquier negocio jurídico viciado de nulidad absoluta.

El proyecto establece que en los únicos negocios jurídicos en los cuales están incorporadas las facultades especiales son en los contratos de obra (no remodelación o adecuación de instalaciones),

<sup>51</sup> Artículo 10 del proyecto de articulado.

<sup>52</sup> Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario. Real Academia de la Lengua Española **Excepcional** 1. adj. Que constituye excepción de la regla común. 2. adj. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez.

<sup>53</sup> Artículo 14 del proyecto de articulado.

<sup>54</sup> En la normativa actual la única consecuencia de este comportamiento es que la Entidad Estatal debe tener en cuenta solamente la oferta presentada primera en el tiempo, pero quienes actúan de esa manera pueden repetir esa conducta en otros procesos de selección apostándole a que la Entidad Estatal no conozca la relación entre los oferentes.

<sup>55</sup> Es importante tener en cuenta que el ejercicio de la función administrativa es determinar los bienes objeto de reversión cuando no hay acuerdo y no la cláusula de reversión o su ejercicio.



concesión y explotación de bienes del Estado, prestación de un servicio público o cuando el objeto implica el ejercicio de un monopolio estatal reconocido por la ley.

Es recomendable incluir en el reglamento los paneles de expertos como mecanismo de solución de controversias antes de que la Entidad Estatal ejerza cualquiera de las facultades especiales.

#### F. Función administrativa

Las actuaciones de las Entidades Estatales en el Sistema de Compra Pública tienen como propósito cumplir su misión, ejecutando sus recursos para poner a disposición de las personas bienes, obras y servicios. En el Sistema de Compra Pública las actuaciones y las actividades de las Entidades Estatales son las del proceso de abastecimiento y solamente cuando ejercen las facultades especiales ejercen una prerrogativa pública. Por lo anterior, en el proyecto la regla general es que las actuaciones de las Entidades Estatales en el Sistema de Compra Pública no son función administrativa salvo cuando se realicen en el ejercicio de una de las facultades especiales. Lo anterior para equiparar los derechos y obligaciones de las partes cuando están en condiciones de igualdad.

El Sistema de Compra Pública por regla general no comporta actos administrativos. La Entidad Estatal ejerce exclusivamente la función administrativa al usar una facultad especial que no tendría una de las partes si el negocio jurídico es entre privados.

Es importante insistir que en el Sistema de Compra Pública las Entidades Estatales ejercen la función administrativa durante la ejecución del contrato, a través de actos administrativos, exclusivamente cuando: (a) usan las facultades especiales en los contratos de obra, concesión y explotación de bienes del Estado, prestación de un servicio público o cuando el objeto implica el ejercicio de un monopolio estatal reconocido por la ley; (b) cuando la Entidad Estatal termina unilateralmente cualquier negocio jurídico viciado de nulidad absoluta; (c) al declarar las condiciones de reversión cuando no hay acuerdo entre las partes sobre los bienes y las condiciones de la reversión; y (d) al declarar una prohibición a los oferentes que han presentado en una misma selección varias ofertas directamente o en asocio con sus familiares o empresas relacionadas.

En la selección las Entidades Estatales ejercen la función administrativa a través de actos administrativos, exclusivamente cuando declara una prohibición para un oferente por haber presentado en una misma selección varias ofertas directamente o en asocio con sus familiares o empresas relacionadas.

#### G. Prohibiciones y conflicto de intereses

Los países tienen diferentes aproximaciones frente al conflicto de intereses, descriptivos o prescriptivos. El informe de la OCDE sobre el Sistema de Compra Pública de febrero de 2016<sup>56</sup> hace referencia a la existencia de las dos aproximaciones en sus países miembros. En la aproximación descriptiva la normativa fija las situaciones de conflicto de interés de forma general y en relación con los servidores públicos, para que la regla general y los ejemplos sirvan de guía al servidor público para prevenir y evitar los conflictos de intereses. La aproximación prescriptiva requiere la definición legal de las situaciones específicas que son consideradas incompatibles para el servidor público o

<sup>56</sup> OECD. (2016), Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>



que generan un conflicto entre el interés general y los deberes del servidor público. Esta aproximación está basada en reglas explícitas y casuistas.

Colombia optó por la aproximación prescriptiva que establece inhabilidades e incompatibilidades para participar en el Sistema de Compra Pública. A pesar de que el significado de las dos expresiones nos lleva a la palabra impedimento<sup>57</sup>, la Ley 80 de 1993 distinguió las situaciones que afectan la capacidad para participar en el Sistema de Compra Pública (inhabilidades) y las situaciones en las que puede haber un conflicto entre el interés general y el particular (incompatibilidades). Sin embargo, no hay diferencia en el efecto ni en el impacto de una u otra situación, por lo cual el proyecto recoge en una sola norma las inhabilidades e incompatibilidades que hay dispersas en la legislación colombiana y las llama prohibiciones.

El proyecto recoge las prohibiciones existentes en otros cuerpos normativos y las organiza así<sup>58</sup>: (a) para participar en procesos de selección y contratar con las Entidades Estatales; (b) relativas a las ofertas múltiples en un mismo proceso de selección y establece una prohibición de 2 años como consecuencia de no atender esta prohibición<sup>59</sup>; (c) para los servidores públicos y quienes hayan tenido tal calidad; (d) para los parientes, cónyuges y compañeros de los servidores públicos; (e) para ser interventor del contrato del cual es contratista o es contratista una persona relacionada; (f) las excepciones; y (g) las prohibiciones sobrevinientes.

El proyecto reduce el ámbito de aplicación de la incompatibilidad establecida en el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011 teniendo en cuenta las propuestas del sector de la infraestructura de transporte, eliminando la prohibición relativa a la posibilidad de ser a un mismo tiempo contratista de una Entidad Estatal y supervisor de alguno de los contratos que ejecuta tal Entidad Estatal. Lo anterior porque la función del interventor está atada a la revisión de derechos y obligaciones de un contrato determinado lo cual no tiene por qué generar un conflicto frente a la participación del interventor en otros procesos de selección que no tiene relación alguna con el contrato a cuya ejecución le hace seguimiento.

El proyecto establece unas excepciones al régimen de prohibiciones las cuales son aplicables cuando por la naturaleza y la forma del abastecimiento, la relación entre las personas que actúan a nombre de la Entidad Estatal y del proveedor no afecta la objetividad que debe tener la decisión sobre el gasto público. Estas excepciones son las siguientes<sup>60</sup>: (i) la adquisición de bienes, obras o servicios a un oferente en particular en desarrollo de una obligación legal; (ii) la adquisición de bienes o servicios de consumo masivo ofrecidos al público en general en condiciones uniformes; (iii) la adquisición de bienes y servicios y la contratación de obras al amparo de Acuerdos Marco; (iv) cuando la participación de los servidores públicos en juntas o consejos directivos se realiza en virtud de un mandato legal; y (v) los celebrados en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política. La norma incluye el ordinal (v) anterior puesto que los principios establecidos en el proyecto si son aplicables a estos negocios jurídicos y en consecuencia consideramos prudente hacer la excepción de forma expresa.

<sup>57</sup> Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario. Real Academia de la Lengua Española. **Inhabilidad** 1. f. Falta de habilidad, talento o instrucción. 2. f. Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio. **Incompatibilidad** 1 f. Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí. 2. F. Impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez.

<sup>58</sup> Artículos 21 a 27 del proyecto de articulado.

<sup>59</sup> Esta prohibición debe ser declarada de acuerdo con lo mencionado en los literales E y F anteriores.

<sup>60</sup> Artículo 25 de proyecto de articulado.



El proyecto introduce un cambio respecto de la norma contenida en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 para decir de manera expresa que la prohibición sobreviniente no afecta la totalidad de los contratos en ejecución, solo aquel que dio origen a la prohibición salvo que se trate de una prohibición relativa a la capacidad del contratista.

Dada la aproximación prescriptiva de Colombia, no hay lugar a prohibiciones (inhabilidades e incompatibilidades) que no hayan sido expresamente definidas en la ley. En consecuencia, en ocasiones hay conflictos de intereses que no corresponden a la lista taxativa consagrada en la ley que ponen en contradicción: (a) el interés general; y (b) el interés particular del proponente o del contratista. Todos los seres humanos tienen intereses personales y personas cercanas, y estos intereses o los de las personas cercanas pueden entrar en conflicto con el interés general. Esta contradicción puede llevar a que la decisión de un servidor público en el marco del Sistema de Compra Pública sea influenciada por los intereses particulares.

Es importante pensar en el conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública y distinguir este conflicto del que pueden llegar a tener los legisladores o quien hace una designación de un servidor público. Para el efecto, creemos que es importante señalar en qué etapas del proceso de abastecimiento hay lugar a estos conflictos. En la etapa de planeación de un proceso de abastecimiento las personas que tienen interés, directo o indirecto, en la industria objeto del proceso de abastecimiento no deben participar, pues el diseño del proceso puede verse influenciado. En las etapas posteriores puede surgir un conflicto de intereses que no fue identificado en la planeación o un conflicto de interés que no era posible identificar en la planeación. Por lo anterior, quien tiene un conflicto de intereses no debe participar de decisión alguna del proceso de abastecimiento.

El artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 por medio de la cual fue expedido el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo establece que los servidores públicos que estén en una situación de conflicto de intereses deben declararse impedidos y la posibilidad de que los interesados en las actuaciones administrativas a cargo de un servidor público lo recusen. La norma citada establece las causas del conflicto de intereses. El artículo 12 de la ley citada establece el trámite para los impedimentos y recusaciones. En nuestra opinión estas normas no son la solución adecuada al conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública por cuanto (a) el conflicto es justamente la contradicción de intereses que no ha sido establecida como una prohibición legal; (b) el funcionario ad hoc debe tener ciertas características para que la fórmula realmente solucione el conflicto de intereses; y (c) los plazos son muy largos para el manejo de un proceso de abastecimiento.

El proyecto establece que el conflicto de intereses de los servidores públicos en los procesos de abastecimiento ocurre cuando hay una contradicción entre: (a) el interés general; y (b) el interés particular del servidor público, la cual no haya sido descrita taxativamente en la ley y que Compra Eficiente debe definir los lineamientos para el manejo del conflicto de intereses en el Sistema de Compra Pública<sup>61</sup>.

El servidor público que esté en una situación de conflicto de intereses en un proceso de abastecimiento debe abstenerse de participar en deliberación o decisión alguna relativa al proceso. Si la persona es quien tiene funciones propias para la toma de decisiones del proceso de abastecimiento (representante legal, ordenador del gasto, estructurador, evaluador, entre otros), la Entidad Estatal debe encargar un funcionario ad hoc quien debe ser un par del servidor público en

<sup>61</sup> Artículo 28 del proyecto de articulado.





conflicto. Si el servidor público en conflicto es la cabeza de la Entidad Estatal, el funcionario ad hoc debe ser un par por fuera de la Entidad Estatal y este funcionario ad hoc debe garantizar la independencia del equipo de trabajo del proceso de abastecimiento.

El derecho blando ha sido utilizado en otras jurisdicciones para establecer políticas y lineamientos para el manejo de conflictos de intereses y esto es lo que el proyecto propone.

#### H. Directorio de proveedores

El registro de proponentes ha sido una actividad relevante dentro de la gestión de la compra pública desde el Decreto 222 de 1983. El interés por reunir información sobre los proponentes respondió en principio a la necesidad de reducir costos de transacción y permitir que el comprador público acceda a la información básica del proponente antes de empezar a evaluar las ofertas.

En el Decreto 222 de 1983, el registro de proponentes era responsabilidad de cada Entidad Estatal y los interesados en tener negocios jurídicos con una Entidad Estatal debían asegurarse de hacer parte del registro con anterioridad al inicio de los Procesos de Contratación. El registro además de reunir la información básica del interesado, cumplía fines de habilitación en la medida en que la idoneidad del proponente era verificada en ese momento, y no durante la evaluación de las ofertas.

La desventaja de este esquema era la fragmentación de las funciones de registro en todas las Entidades Estatales, situación que impedía aprovechar el conocimiento acumulado por los diferentes registros, por cuanto la misma información era requerida, almacenada y administrada por varias Entidades Estatales generando altos costos para el Sistema de Compra Pública, tanto para compradores como proveedores. Cada registro tenía particularidades lo cual incrementaba el costo de la transacción.

Por esas razones, la Ley 80 de 1993 introdujo una importante modificación en términos del registro de proveedores al crear un registro público administrado por las cámaras de comercio. El registro único eliminó la duplicidad de actividades y mejoró la eficiencia del Sistema de Compra Pública al confiar a una sola instancia esta actividad. El registro permitía clasificar y calificar a los proponentes e impugnar la clasificación y calificación y obligaba a las Entidades Estatales inscribir la información concerniente a los contratos ejecutados (cuantía, multas y sanciones).

La Ley 1150 de 2007 introdujo cambios adicionales. En primer término al tratar la contratación pública electrónica establece que el Registro Único Empresarial de las cámaras de comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucran la gestión contractual pública, deben integrarse<sup>62</sup>. En relación con el registro público la Ley 1150 establece la obligación de la inscripción en el RUP para aspirar a contratos con las Entidades Estatales con las siguientes excepciones: (i) contratación directa; (ii) contratación de prestación de servicios de salud; (iii) contratación de mínima cuantía; (iv) adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria ofrecidos por las bolsas de productos; (v) contratos relacionados con la actividad comercial o industrial de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta; y (vi) contratos de concesión<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Literal (d) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>63</sup> Artículo 6 de la Ley 1150 de 2007.



El RUP ofrece información de los proponentes relativa a los requisitos habilitantes de las personas registradas. La naturaleza del RUP como registro público hace que la inscripción, actualización y renovación del registro estén sometidos a recursos de reposición, y eventualmente, a litigios ante la jurisdicción contencioso administrativa.

El proceso evolutivo del registro de proponentes refleja el costo de los procesos de adaptación institucional en tiempo, recurso humano y recursos financieros para introducir un cambio, a pesar de que las condiciones del contexto permitan identificar la necesidad del cambio. Los altos costos de adaptación representan costos en efectividad y eficiencia para el Sistema de Compra Pública, que debe permanecer estático por períodos amplios, sometiéndose a la obsolescencia y desactualización.

Respecto al funcionamiento del RUP, la OCDE encontró que: “La misión de recopilación de datos identificó inconvenientes relacionados con el costo y los obstáculos para el registro en el RUP. Los proveedores deben suministrar una cantidad sustancial de información para inscribirse en el RUP, registro cuya renovación es obligatoria anualmente, y si el proveedor no renueva su inscripción en el plazo definido, es retirado del sistema. Adicionalmente, el registro implica el pago de aproximadamente \$64 USD, un costo que si bien no es prohibitivo, a algunos interesados les preocupa que esa suma y los requisitos documentales del registro disuadan a algunos participantes en el mercado de proveer bienes y servicios a las Entidades Estatales. En este momento solo se encuentran registrados 33000 proveedores en el RUP, una pequeña fracción del total de potenciales proveedores en Colombia”<sup>64</sup>.

El RUP actual presenta los siguientes inconvenientes: (a) es un registro aislado que no está integrado al Sistema de Compra Pública ni a sus plataformas electrónicas a pesar de la obligación expresa contenida en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007; (b) las excepciones a la obligatoriedad del registro limita la información disponible de muchísimos proveedores de las Entidades Estatales; (c) el costo del registro es visto por muchos actores del sector privado como una barrera de acceso al Sistema de Compra Pública y así lo expresaron a la misión de la OCDE que revisó el Sistema de Compra Pública en mayo de 2015; (d) el RUP es una especie de precalificación para participar en procesos de selección de las Entidades Estatales; (e) en principio es nacional pero no lo es por estar atado a la jurisdicción de las cámaras de comercio; y (f) es un registro del Sistema de Compra Pública pero opera por fuera de este.

El contexto actual es el resultado de cambios importantes como la creación de un ente rector del Sistema de Compra Pública y la entrada en funcionamiento del SECOP II, una plataforma electrónica de compra pública en la cual el proponente es usuario y en consecuencia requiere de un registro y actualización en el sistema. El SECOP II está en operación desde el segundo semestre de 2015.

<sup>64</sup> Traducción del documento “Harnessing Public Procurement Data, del Capítulo primero del informe OCDE. (2016), Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en> Texto original en inglés: “The fact-finding mission identified issues related to the cost and burden of registration in RUP. Suppliers are required to submit substantial documentation to register within RUP. Additionally, registration is required on an annual basis; if a supplier fails to register within the appropriate time frame, they are automatically removed from the system. Finally, there is a cost to register with RUP, currently approximately \$64 USD. While this cost is not prohibitive, some stakeholders expressed concern that the overall cost and burden together is a reason why some suppliers resist attempting to provide goods and services to the government in Colombia. There are currently only 33,000 registered suppliers within RUP, which is a very small fraction of total potential suppliers in Colombia.”



Por esto, el proyecto está enfocado en proponer un arreglo institucional que permita que la información de los proveedores en el Sistema de Compra Pública sea dinámico y pueda evolucionar con el paso del tiempo para garantizar los desafíos actuales, y permitir que se adapte de manera expedita y eficiente a nuevas necesidades y realidades.

El proyecto contiene disposiciones para conformar el Directorio Único de Proveedores con la información que los proveedores deben diligenciar para registrarse como usuarios en las plataformas, es gratuito y de acceso público, no es un registro público, y en el se incorpora la actividad del proveedor (ofertas, contratos y desempeño) en la plataforma y el cual está encaminado a reemplazar al RUP. El Directorio Único de Proveedores es administrado por Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública. La norma propuesta asigna una función administrativa a Colombia Compra Eficiente, consistente en la facultad de excluir y sancionar a los proveedores cuando la información incluida en el directorio es inconsistente. Esta facultad no se deriva de la naturaleza del Directorio pues este no es un registro público. Esta facultad proviene de la función de Colombia Compra Eficiente, como ente rector del Sistema de Compra Pública, de tener información confiable de los proveedores reales y potenciales, teniendo en cuenta que los únicos responsables por el contenido de la información son los mismos proveedores<sup>65</sup>.

La plataforma debe asegurar la interoperabilidad con los mecanismos de reporte de información financiera y contable del Estado<sup>66</sup>.

Finalmente, es importante mencionar que la sustitución del RUP evita, adicionalmente, la duplicidad de registros públicos.

#### I. Del contrato

El proyecto tiene un capítulo dedicado a los elementos del contrato y hace referencia a algunos negocios jurídicos en particular<sup>67</sup>.

##### *Contenido del contrato*

El proyecto recoge el principio de la autonomía de la voluntad para establecer el contenido del contrato, siempre que las estipulaciones no sean contrarias a la Constitución y que estén encaminadas a satisfacer las necesidades de la Entidad Estatal, a cumplir sus funciones y objetivos estratégicos. También establece que el contrato presta mérito ejecutivo, disposición que es frecuente incluir en los contratos regidos por el derecho privado.

##### *Perfeccionamiento*

Perfeccionamiento del contrato y al inicio de su ejecución el proyecto incorpora el concepto del expediente electrónico y de la firma electrónica y establece que para el inicio de la ejecución del contrato es necesario el registro presupuestal y la constitución de las garantías, cuando hay lugar a ellas<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Artículos 30 a 32 del proyecto de articulado.

<sup>66</sup> Vaidya, K., Sajeev, A. S. M., & Callender, G. (2006). Critical factors that influence e-procurement implementation success in the public sector. *Journal of public procurement*, 6(1/2), 70.

<sup>67</sup> Artículo 33 del proyecto de articulado.

<sup>68</sup> Artículo 34 del proyecto de articulado.



### *Anticipos y pago anticipado*

La Ley 80 de 1993 estableció que las Entidades Estatales pueden pactar el pago anticipado o la entrega de anticipos hasta por el 50% del valor del contrato. Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 estableció que el contratista en los contratos de obra, concesión, salud o en aquellos que son el resultado de una licitación debe recibir el anticipo, cuando este haya sido pactado, en una “fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable”. La Ley y el reglamento han buscado con sus disposiciones garantizar la adecuada inversión de los anticipos exigiendo una garantía de correcto funcionamiento del anticipo y mecanismos para su administración. Las fórmulas utilizadas han sido el contrato de seguro que cubre el correcto manejo del anticipo, la cuenta conjunta Entidad Estatal – Contratista o Interventor – Contratista, y la constitución de patrimonios autónomos.

El sector privado se queja de que las restricciones creadas para el manejo del anticipo han hecho que esos fondos sirvan para reembolsar costos incurridos por los contratistas, perdiendo así el propósito de esta institución. De otro lado, la discusión sobre la naturaleza de los recursos del anticipo administrados en un patrimonio autónomo no ha ayudado a su eficiencia. En nuestra opinión si hablamos de un patrimonio autónomo que recibe los recursos del anticipo de inmediato dejan de ser públicos pero esto no hace que tales recursos no estén afectos al interés público y que sean inembargables, salvo si el embargo proviene de la Entidad Estatal que lo entregó.

El proyecto fija en 30% del valor del contrato el valor máximo del anticipo<sup>69</sup>, obliga a la Entidad Estatal exigir al contratista una garantía de correcto manejo del anticipo y a incluir en el análisis de riesgo el asociado a su mala inversión y la forma de mitigar este riesgo. Cuando el valor del anticipo es superior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la Entidad Estatal debe exigir al contratista constituir un patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria para hacer el desembolso del anticipo al patrimonio autónomo correspondiente<sup>70</sup>.

El proyecto aclara que el pago a la firma del contrato del valor de derechos de uso diferido como licencias, soportes, mantenimientos de software, suscripciones a publicaciones o seguros, no es un anticipo ni un pago anticipado.

### *Multas*

El proyecto propone que las multas sean tratadas de la misma manera que las multas en los contratos regidos por el derecho privado<sup>71</sup>. En este punto, el proyecto se aleja de la Ley 1150 de 2007 y de Ley 1474 de 2011, del proceso requerido para la imposición de una multa y de la condición de conminatorias que actualmente tienen las multas, características que de una parte hacen muy difícil la aplicación de las multas, ponen a las Entidades Estatales en una condición de inferioridad respecto de las condiciones de cualquier contratante en el derecho privado y frente al contratista.

En el marco de la legislación actual, la Entidad Estatal frente al incumplimiento de un contratista debe convocar al contratista y al garante, a una audiencia pública para discutir sobre el incumplimiento. En la convocatoria, la Entidad Estatal debe explicar de forma detallada la situación, indicar porqué hay un presunto incumplimiento y las consecuencias del mismo. En la audiencia pública las partes

<sup>69</sup> Artículo 35 del proyecto de articulado.

<sup>70</sup> Artículo 36 del proyecto de articulado.

<sup>71</sup> Artículo 39 del proyecto de articulado.



presentan sus descargos y la Entidad Estatal debe decidir si impone o no la multa. La Entidad Estatal puede además suspender la audiencia si hay necesidad de practicar pruebas. Si la Entidad Estatal decide imponer una multa lo debe hacer en un acto administrativo que está sujeto a recursos<sup>72</sup>. En la práctica lo que ocurre es que el contratista y la aseguradora evaden la citación, buscan postergar la audiencia y si el contratista está en posibilidad de cumplir de forma extemporánea con su obligación lo hace y evita así la multa porque está es de carácter conminatorio. Si por el contrario el contratista no logra cumplir de forma extemporánea su obligación, la Entidad Estatal expide un acto administrativo e inicia la discusión vía administrativa de la multa.

El comportamiento descrito es comprensible si tenemos de presente que la normativa actual resolvió que las multas dan lugar a inhabilidades<sup>73</sup>. Esto en nuestra opinión destruye la virtud de las multas y dificulta la gestión del proceso de abastecimiento o gestión contractual. Es equivalente a resolver que el pago tardío de una obligación con intereses no extingue una obligación. Por esto nos apartamos de la vinculación entre las multas, el incumplimiento y las inhabilidades<sup>74</sup>. La inhabilidad tiene origen en la ausencia de capacidad del contratista por lo cual no vemos procedente convertirla en una sanción por incumplimiento. Creemos que lo que procede es establecer un régimen de multas propio del derecho privado que cree incentivos para cumplir oportunamente el contrato.

En el derecho privado, las partes pactan un procedimiento para la aplicación de las multas (que no son conminatorias) y los mecanismos para su pago, lo cual hace mucho más simple utilizar las multas como incentivo para el cumplimiento oportuno de las obligaciones. Con la disposición propuesta las Entidades Estatales tendrán que tener en cuenta en el esquema de pagos la posibilidad de deducir el valor de las multas.

En consecuencia, la Entidad Estatal debe estructurar las multas teniendo en cuenta el negocio jurídico en particular y su flujo de recursos, para que las multas sean un incentivo real para que el contratista cumpla con sus obligaciones.

#### *Cesión*

El proyecto permite la cesión total o parcial del contrato, siempre que el proveedor cuente con la autorización previa de la Entidad Estatal para el efecto. Los requerimientos del cesionario deben estar asociados con los requisitos exigidos por la Entidad Estatal para la selección, y con el estado de ejecución del contrato. La cesión de la participación de un integrante del Proponente Plural también requiere de la autorización previa de la Entidad Estatal<sup>75</sup>.

La Entidad Estatal debe tener en cuenta el mercado y el proceso de selección adelantado para seleccionar el contratista, y los principios del Sistema de Compra Pública<sup>76</sup>, para estudiar la solicitud de cesión del contrato. Los cesionarios están sujetos al régimen de prohibiciones establecido en el proyecto.

#### *Subcontratación*

<sup>72</sup> Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

<sup>73</sup> Artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

<sup>74</sup> Artículo 90 de la Ley 1174 de 2011.

<sup>75</sup> Artículo 40 del proyecto de articulado.

<sup>76</sup> Artículo 7 del proyecto de articulado.



El proyecto hace referencia a la posibilidad que tienen los contratistas de contratar con terceros algunas de las actividades previstas en el contrato, siempre que el contrato lo permita y sin que esto implique exoneración de la responsabilidad del contratista. También establece que los subcontratistas están sujetos al régimen de prohibiciones establecido en el proyecto<sup>77</sup>.

### *Incumplimiento*

El contrato es el acuerdo de voluntades para dar, hacer o no hacer algo, en el cual las partes establecen sus obligaciones. La normativa del derecho privado establece el marco general de las obligaciones y las consecuencias de su incumplimiento, obligando a la parte incumplida a cumplir y a reparar los perjuicios causados por su incumplimiento, o solamente a reparar los perjuicios causados. Sin embargo, la parte incumplida puede justificar su incumplimiento si hay caso fortuito o fuerza mayor.

En el derecho privado, en donde el supuesto es que las partes son iguales, el incumplimiento lo alegan las partes y la parte incumplida puede aceptarlo, pero si la parte incumplida no acepta el incumplimiento lo declara un juez. El artículo 1546 del Código Civil establece que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria si hay incumplimiento de una de las partes, caso en el cual el contratante cumplido puede pedir la resolución del contrato o su cumplimiento con la indemnización de perjuicios.

El proyecto elimina la posibilidad de que una de las partes declare el incumplimiento y busca que este sea alegado de acuerdo con el derecho comercial y civil y con los que las partes hayan establecido en el contrato.

La declaración del incumplimiento en la legislación actual pareciera estar encaminada exclusivamente a crear un título ejecutivo para efectos de cobrar la cláusula penal y hacer efectiva la garantía derivada del seguro de cumplimiento<sup>78</sup>. En este caso al igual que en el del procedimiento de multas, las Entidades Estatales están en una situación menos favorable que la de cualquier contratante en el derecho privado. En el derecho privado frente a un incumplimiento el contratante luego de intentar solucionar directamente el impase prepara la reclamación para presentarla al garante junto con la prueba sumaria del incumplimiento. Por el contrario en el sector público hay lugar a una alta litigiosidad asociada al acto administrativo que declara el incumplimiento concentrándose en la forma y no en el incumplimiento como tal.

Las normas del derecho privado deben ser aplicadas al seguro de cumplimiento a favor de las Entidades Estatales aseguradas. No hay razón para establecer condiciones particulares que en la práctica han hecho más complejo y largo hacer efectiva la garantía de cumplimiento de los contratos.

Por lo anterior, el proyecto propone una norma que remite el manejo del incumplimiento del contrato a las normas comerciales y civiles y a lo pactado en el contrato<sup>79</sup>.

### *Supervisión e interventoría*

<sup>77</sup> Artículo 41 del proyecto de articulado.

<sup>78</sup> Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>79</sup> Artículo 42 del proyecto de articulado.



La supervisión es la administración del contrato que incluye la gestión del contrato, el recibo de bienes, obras o servicios, el manejo de la relación entre la Entidad Estatal y el contratista, así como la gestión operativa, administrativa y financiera del contrato. Las Entidades Estatales pueden supervisar los contratos con su propio personal (nómina o contratos de prestación de servicios permanentes) o con terceros contratados para el efecto utilizando figuras como las oficinas de gestión de proyectos (conocida por las siglas PMO *Project Manager Office*).

La interventoría es una figura colombiana que tuvo origen en la necesidad de verificar la ejecución y el cumplimiento de las actividades de los contratistas. El Decreto 150 de 1976 hace referencia al interventor que debe ser ingeniero o arquitecto matriculado con experiencia en obras de naturaleza y especificaciones comparables a la obra a la cual le hace seguimiento<sup>80</sup>. Es clara entonces la relación entre el contrato de obra y la interventoría. El Decreto 150 de 1976 además de mencionar las funciones del interventor y su alcance, establece un régimen de prohibiciones para ser interventor refiriéndose por ejemplo al autor del diseño, lo cual de nuevo nos lleva a la relación entre el contrato de obra y la interventoría. La Ley 80 establece que la interventoría es obligatoria en los de obra que son resultado de una licitación o concurso público contratos y establece el régimen de responsabilidad de los interventores. A mediados de los 80 la interventoría dejó de ser exclusivamente de la obra pública y se vinculó a los proyectos, bien sean de comunicaciones, salud o de educación.

A pesar de que los comentarios de la academia, los gremios y los contratistas, y la evidencia mostraban la necesidad de vincular la interventoría a la etapa de planeación de los procesos de abastecimiento<sup>81</sup> y al papel del Ingeniero en la metodología FIDIC<sup>82</sup>, la Ley 1474 de 2011 respondió exclusivamente a los escándalos de corrupción, y vinculó la supervisión y la interventoría a la moralidad administrativa, alejándola de la administración del contrato. La Ley 1474 amplió: (i) los contratos en los cuales la interventoría es obligatoria; (ii) el régimen de responsabilidad de los interventores, haciéndolo más estricto; y (iii) el régimen de prohibiciones de los interventores<sup>83</sup>.

La legislación actual hace obligatoria la interventoría en todos los contratos de obra pública que son el resultado de un proceso de licitación, que en estricto sentido deberían ser todos los contratos de obra pública, incluyendo las adecuaciones menores, lo cual genera un costo para la Entidad Estatal en términos del contrato adicional y del costo de transacción que el privado tiene en cuenta en su oferta, relacionado con la comunicación interventor-contratista, gasto que no genera una mejoría en el seguimiento de la ejecución de los proyectos ni en la ejecución misma.

El proyecto propuesto establece que para la administración del proceso de abastecimiento la Entidad Estatal debe designar un administrador del proceso y establecer sus responsabilidades. La administración del proceso de abastecimiento la pueden hacer las Entidades Estatales con su propio personal (nómina o contratos de prestación de servicios permanentes) o con personas independientes a la Entidad Estatal y al contratista, caso en el cual estamos frente al interventor<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Artículo 96 del Decreto 150 de 1976.

<sup>81</sup> Jiménez Moriones, Manuel F (2010), *Interventoría de proyectos públicos*, en Seminario Internacional de Interventoría y seguimiento de proyectos públicos, Memorias. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Centro de Investigación para el Desarrollo (CID), 54-62.

<sup>82</sup> International Federation of Consulting Engineers -FIDIC-, federación fundada en 1913 con el ánimo de promover la industria de la ingeniería, ser una voz de los ingenieros en la escena global y recoger las buenas prácticas a través de los documentos estándar.

<sup>83</sup> Ver último párrafo del literal D presente documento.

<sup>84</sup> Artículos 44 y 45 del proyecto de articulado.



En el caso de la interventoría la supervisión técnica, financiera y administrativa del contrato debe iniciar en la etapa de planeación del contrato objeto de interventoría y el plazo del contrato de interventoría debe cubrir por lo menos el plazo del contrato sujeto de interventoría y hasta la fecha del recibo a satisfacción del objeto del contrato por parte de la Entidad Estatal. El plazo del contrato de interventoría puede cubrir hasta la fecha de la liquidación si así lo requiere la Entidad Estatal pero debe tener en cuenta el impacto que esto tiene en los costos del abastecimiento.

Colombia Compra Eficiente debe definir la forma, el contenido y el alcance de la actividad de administración del contrato y de verificar su cumplimiento de acuerdo con el tipo de abastecimiento y las capacidades de la Entidad Estatal.

Ahora bien, en este punto vale la pena revisar la responsabilidad de los interventores a la que hacen referencia los artículos 82 y 83 de la Ley 1474 de 2011, precepto que parece estar en contra de la necesidad de que haya un nexo causal entre el daño y su causa para que surja responsabilidad. El interventor es responsable de su función de vigilancia y de informar oportunamente a la Entidad Estatal cualquier dificultad que enfrente la ejecución del contrato pero no puede responder por el contratista. La responsabilidad del interventor más allá de lo que realmente está a su alcance ha creado un desincentivo para que las firmas de ingeniería calificadas participen en los procesos de selección de para interventoría<sup>85</sup> y la imposibilidad de utilizar la figura de la gestión de proyectos (PMO por sus siglas en inglés *Project Manager Office*).

Por lo anterior el proyecto propone que los interventores respondan civil, fiscal, penal y disciplinariamente por sus obligaciones pero no por las obligaciones de terceros<sup>86</sup>.

### *Liquidación*

La normativa colombiana hace referencia a la liquidación de los contratos<sup>87</sup>, a su oportunidad y a tres formas de liquidación: por mutuo acuerdo, unilateral y por vía judicial<sup>88</sup>, y recientemente limitó la obligación de liquidar los contratos a los de tracto sucesivo o cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, y los demás que lo requieran<sup>89</sup>.

En nuestra opinión el punto de partida debe ser liquidar los contratos que requieran de un balance final. Es posible que el contrato de largo plazo no lo requiera y el de corto plazo si lo requiera. De otro lado, es posible que un contrato de prestación única requiera un balance final, bien sea por la forma de entrega o por la forma de fijación del precio.

El proyecto propone que el acta de liquidación sea para todos los contratos que requieren un balance para lo cual la liquidación debe tener un corte de cuentas, el soporte, los ajustes, revisiones y

<sup>85</sup> Caicedo, Juan Martin (2015) ¿Es necesaria una reforma estructura al Estatuto de Contratación Pública? Presentación en las XIII Jornadas de Contratación Estatal de la Universidad de los Andes, 29 y 30 de octubre de 2015.

<sup>86</sup> Artículo 45 del proyecto de articulado.

<sup>87</sup> Artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

<sup>88</sup> Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>89</sup> Artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012.





reconocimientos a que haya lugar, así como las conciliaciones y transacciones. El Acta de Liquidación suscrita por las dos partes es un documento que presta mérito ejecutivo<sup>90</sup>.

Las partes pueden de común acuerdo liquidar el contrato en cualquier momento dentro del plazo de treinta (30) meses mencionado. Si el contratista no acude a la liquidación, la Entidad Estatal puede liquidar el contrato dentro de los treinta (30) meses siguientes al cumplimiento del plazo del contrato sin que esta sea el ejercicio de una facultad especial pues se trata de un ejercicio operativo. El Acta de Liquidación suscrita exclusivamente por la Entidad Estatal no presta mérito ejecutivo en contra del contratista pues se trata del registro de una situación que no ha sido explícitamente reconocida por la otra parte. Esta Acta de Liquidación es el registro de una situación la cual tiene efectos presupuestales para la Entidad Estatal; en consecuencia, la Entidad Estatal no ejerce facultades especiales con la elaboración y firma del Acta de Liquidación.

#### *Reversión*

El articulado hace referencia a la cláusula de reversión reproduciendo el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.

#### *Ausencia de tipicidad de los contratos*

El proyecto no hace referencia a tipos de contrato en particular como lo hace el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 pues la premisa es la aplicación del derecho privado y la autonomía de las Entidades Estatales para definir el alcance y contenido de los contratos que celebren para satisfacer sus necesidades y cumplir sus funciones y objetivos estratégicos, salvo en el caso del contrato de fiducia, los contratos interadministrativos y los contratos que requieren reserva. Naturalmente, el proyecto tampoco establece una relación entre el tipo de contrato y la forma de seleccionar el contratista pues esta definición debe estar atada al mercado en particular que por definición es cambiante y las recomendaciones del caso deben ser objeto de guías, manuales y documentos tipo o estándar.

#### *Fiducia*

El uso del contrato de fiducia en el Sistema de Compra Pública ha originado varias discusiones que resumimos así. La primera sobre si los recursos que ejecutan los fiduciarios en desarrollo de los contratos de fiducia constituidos por las Entidades Estatales son o no recursos públicos. La segunda es si el contrato de fiducia es utilizado simplemente como mecanismo para no cumplir con los procedimientos relativos a la selección de contratistas. La tercera es si el contrato de fiducia es una forma de diluir la responsabilidad de la administración pública en la ejecución del presupuesto generando costos adicionales. La cuarta discusión es si la fiducia es una herramienta para superar las restricciones de las normas presupuestales al permitir la ejecución de recursos en varias vigencias sin acudir a las vigencias futuras.

La primera discusión tiene un problema inicial en su planteamiento que es desconocer la naturaleza del patrimonio autónomo, lo cual genera otros problemas contables pues si hay un patrimonio autónomo no podemos afirmar que esos recursos autónomos aun hacen parte de la Entidad Estatal. Sin embargo, el hecho de que los recursos hayan dejado la Entidad Estatal para conformar un

<sup>90</sup> Artículo 46 del proyecto de articulado.



patrimonio autónomo no altera el hecho de que los recursos están afectos a cumplir con un propósito público.

El proyecto establece que el patrimonio autónomo constituido por una Entidad Estatal y administrado por una sociedad fiduciaria debe cumplir con las normas del proyecto, particularmente en lo relativo a la selección de contratistas. Así el proyecto soluciona la segunda discusión.

El patrimonio autónomo no libera al fideicomitente de su responsabilidad. Las decisiones de gasto público las toma el fideicomitente quien imparte instrucciones a la sociedad fiduciaria administradora del patrimonio autónomo. Por lo cual, el gestor fiscal del patrimonio autónomo es su fideicomitente que es quien imparte instrucciones. De esta manera, el proyecto soluciona la tercera discusión.

La cuarta discusión pasa por el papel de la planeación del proceso de abastecimiento y si la figura de la fiducia está considerada como un elemento necesario para satisfacer la necesidad de la Entidad Estatal y cumplir su misión con la orientación de generar mayor valor por dinero, el mecanismo que está previsto en el derecho privado y ha sido utilizado en el Sistema de Compra Pública colombiano es válido cuando la ley expresamente lo autoriza.

Por lo anterior, el proyecto establece: (a) la obligación de aplicar los principios y procedimientos a la selección de fiduciarios; y (b) la obligación del fideicomitente, del patrimonio autónomo y de la sociedad fiduciaria de adelantar procesos de abastecimiento de cumplir con los principios y procedimientos establecidos en el proyecto en la ejecución de su encargo<sup>91</sup>.

En este punto es importante mostrar la diferencia del régimen aplicable a: (i) el contrato de fiducia celebrado por una Entidad Estatal, en el cual el fideicomitente es la Entidad Estatal (artículo 48 del proyecto de articulado) y (ii) el contrato de fiducia constituido para efectos del manejo del anticipo en el cual el fideicomitente es el proveedor (artículo 36 del proyecto de articulado).

#### *Contratos interadministrativos*

El proyecto distingue entre el convenio interadministrativo, acuerdo en el cual dos o más Entidades Estatales se asocian para cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios a su cargo el cual no constituye compra pública porque no obedecen a una decisión de gasto público para la entrega de bienes, obras o servicios y el contrato entre Entidades Estatales en el cual una vende bienes, obras o servicios a la otra y que debe obedecer al resultado de un proceso de selección competitivo para garantizar cumplir este principio.

Establecer excepciones al régimen de la competencia para favorecer a un proveedor que tiene participación del Estado no es una decisión sabia en términos de competencia. Por lo cual, el proyecto establece la posibilidad de que las Entidades Estatales celebren contratos entre sí para la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la contratación de obras, siempre y cuando la Entidad Estatal que vende el bien, presta el servicio o construye la obra haya sido seleccionada en el marco de una selección competitiva<sup>92</sup>.

#### *Contratos que requieren reserva*

<sup>91</sup> Artículo 48 del proyecto de articulado.

<sup>92</sup> Artículo 49 del proyecto de articulado.



Los Procesos de Abastecimiento para la adquisición de bienes y servicios y contratación de obras, para la defensa y seguridad nacional que requieren reserva, están eximidos de la publicidad de acuerdo con las normas aplicables. Pero no están eximidos de cumplir con los principios y procedimientos, es decir con la necesidad de privilegiar la competencia<sup>93</sup>.

En este punto es conveniente distinguir entre el abastecimiento de seguridad, defensa e inteligencia que debe ejecutarse con cargo a gastos reservados (excepción a la aplicación de los procedimientos numeral 7 del artículo 4 del proyecto de articulado) de los Procesos de Abastecimiento que requieren reserva.

#### J. Límites a la modificación del contrato

Los contratos son naturalmente incompletos por lo cual no contienen todas las posibles situaciones que pueden afectar su cumplimiento. En el contexto de la compra pública la asimetría de la información entre la Entidad Estatal y sus posibles proveedores tiene consecuencias graves, el riesgo moral y la selección adversa<sup>94</sup>. Por esa razón, la decisión del procedimiento para seleccionar al contratista, la determinación de las obligaciones contractuales y la supervisión de la ejecución de los negocios jurídicos son importantes para administrar efectivamente los riesgos y para disminuir las consecuencias de la asimetría de información<sup>95</sup>.

La literatura económica ha encontrado que uno de los aspectos más relevantes para alcanzar un contrato óptimo es que exista un compromiso creíble de no renegociar las condiciones iniciales del contrato<sup>96</sup>, cuando existe un contexto de proyectos complejos de largo plazo, sujetos a conocimientos específicos y diversos riesgos. De lo contrario, el proveedor cuenta con una ventaja respecto de la Entidad Estatal en el momento de esa renegociación, e incluso puede comportarse de manera oportunista disminuyendo u ocultando su nivel de esfuerzo en la etapa inicial de ejecución del contrato<sup>97</sup>, y exigir sumas elevadas para continuar con la ejecución del proyecto ya comenzado<sup>98</sup>.

La posibilidad de renegociar los contratos puede reducir o eliminar los beneficios de un proceso con competencia abierta, al tener la oportunidad de modificar las condiciones, haciendo que las ofrecidas por quien no fue adjudicatario sean las mejores condiciones para la Entidad Estatal. De otra parte, si durante la competencia el oferente percibe la posibilidad de renegociar, adopta una estrategia de competencia distinta a si sabe que su oferta es "santa", es decir la expectativa de una negociación posterior genera mayor oportunismo y el afán por ser adjudicatario a pesar de la inviabilidad intrínseca de su oferta<sup>99</sup>.

En los Procesos de Abastecimiento de las Entidades Estatales no debe haber lugar a renegociación. De forma excepcional, en los contratos de plazo superior a una vigencia fiscal y en los cuales hay

<sup>93</sup> Artículo 50 del proyecto de articulado.

<sup>94</sup> Cox, J. C., Isacc, R. M., Cech, P. A., & Conn, D. (1996). Moral hazard and adverse selection in procurement contracting. *Games and Economic Behavior*, 17(2), 147-176.

<sup>95</sup> Baron, D. P., & Besanko, D. (1987). Monitoring, moral hazard, asymmetric information, and risk sharing in procurement contracting. *The RAND Journal of Economics*, 509-532.

<sup>96</sup> Hart, O., & Moore, J. (1999). Foundations of incomplete contracts. *The Review of Economic Studies*, 66(1), 115-138.

<sup>97</sup> Laffont, J. J., & Tirole, J. (1988). The dynamics of incentive contracts. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, 1153-1175.

<sup>98</sup> Rogerson, W. P. (1992). Contractual solutions to the hold-up problem. *The Review of Economic Studies*, 59(4), 777-793.

<sup>99</sup> Guasch, J Luis (2004) Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien, University de California, San Diego, Banco Mundial y Antoni Bosch Editor.



mayor incertidumbre de las dos partes, es comprensible que exista la posibilidad de renegociar las condiciones para atender situaciones inesperadas o inesperables<sup>100</sup> en el momento de la definición de las condiciones del contrato. En este último caso, el proyecto propone que las partes puedan acordar los mecanismos de reajuste como parte del manejo del riesgo y si la modificación no obedece a una situación identificada por las partes, estas deben renegociar las condiciones para atender situaciones inesperadas con un límite del 25% del valor inicial del contrato, teniendo en cuenta los incentivos de los proveedores, los beneficios de la competencia abierta, los cuales no deben perderse con la renegociación y el propósito de abastecimiento<sup>101</sup>.

#### K. Garantías

El propósito del proyecto es que en los Procesos de Abastecimientos las garantías exigidas amparen efectivamente los riesgos identificados de acuerdo con lo señalado en la sección D anterior. Las Entidades Estatales deben tener conciencia de que la garantía es un costo de transacción del Proceso de Abastecimiento y esta solamente se justifica cuando hay un riesgo que puede amparar de forma efectiva una garantía.

El reglamento debe establecer el tipo de garantías aceptables. Las cartas de crédito, las garantías bancarias y los contratos de seguro son instituciones jurídicas del derecho privado reguladas de forma efectiva, por lo cual la ley no debe hacer modificaciones pues estas operan de forma satisfactoria. Salvo por la disposición que es necesaria relativa a que los contratos de seguro no expiran por falta de pago de la prima o por revocación unilateral.

En relación con el cobro de las garantías es importante recordar lo expresado en la Sección I en el aparte dedicado al incumplimiento del contrato, sobre la necesidad de seguir la lógica propia del seguro y el procedimiento de reclamo. Para el efecto, el reglamento debe tener en cuenta el concepto del interés asegurable de acuerdo con las normas comerciales y civiles<sup>102</sup>.

#### L. Modalidades de selección de contratistas

Licitación es sacar algo a subasta o concurso público. Así lo entendió la Constitución Política en el artículo 273 al dar al Contralor General de la República la facultad de ordenar que la adjudicación de una licitación se haga en audiencia pública. La Ley 80 de 1993 siguió la misma línea al usar la expresión "licitación o concurso" para referirse a la competencia para seleccionar el contratista<sup>103</sup>. Esto es claro en el numeral 22.7 de la Ley 80 de 1993 que menciona el Boletín de Información de Licitaciones el cual debía cubrir todos los procesos competitivos.

La Ley 1150 de 2007 cambió el concepto de licitación, se alejó de la definición de la expresión y de la práctica internacional cuando estableció modalidades de selección, entre las cuales está la licitación pública y otros mecanismos que literalmente son licitación pública así no reciban ese nombre en la normativa (concurso de méritos sin precalificación, selección abreviada y mínima cuantía).

<sup>100</sup> Buehler, R., Griffin, D., & Ross, M. (1994). Exploring the "planning fallacy": Why people underestimate their task completion times. *Journal of personality and social psychology*, 67(3), 366.

<sup>101</sup> Artículo 38 del proyecto de articulado.

<sup>102</sup> Artículo 37 del proyecto de articulado.

<sup>103</sup> Numeral 8 del artículo 4, numeral 3 del artículo 5, artículos 8, 9, 11, 12, 27 de la Ley 80 de 1993, entre otros.



El concepto de licitación hace referencia, en la normativa de otros países y de la Unión Europea, a todos los mecanismos competitivos para seleccionar al contratista. Por lo cual, el proyecto vuelve a la lógica de la definición de la palabra licitación y de la Ley 80 de 1993, hace referencia a procesos competitivos y a la contratación directa.

El proyecto propone una nueva clasificación de las formas de seleccionar contratistas, teniendo en cuenta: (i) la información de la manera como las Entidades Estatales en Colombia han utilizados las modalidades de seleccionar contratistas consagradas en la Ley 1150 de 2007, (ii) el análisis de las restricciones de las modalidades existentes y (iii) las mejores prácticas internacionales. El proyecto distingue las modalidades de selección de las herramientas para la formación de precios y los tipos de contratos<sup>104</sup>.

### 1. Contratación Directa

La información registrada por las Entidades Estatales en el SECOP en 2011, 2012, 2013 y 2014<sup>105</sup> muestra que el valor de los contratos celebrados bajo la modalidad de contratación directa representó el 44%, 48,86%, 46,56% y 30,94% del total del valor de la contratación publicada en el SECOP.

Modalidad de Selección	2011	2012	2013	2014
Asociación Público Privada	0,00%	0,00%	0,00%	9,21%
Concurso de Méritos Abierto	1,61%	1,43%	1,85%	2,03%
Concurso de Méritos con Lista Corta	0,51%	0,31%	0,06%	0,02%
Concurso de Méritos con Lista Multiusos	0,00%	0,02%	0,03%	0,00%
Contratación Directa	44,00%	48,86%	46,56%	30,94%
Contratación Mínima Cuantía	1,96%	2,79%	2,27%	2,05%
Licitación Pública	26,25%	18,45%	19,18%	20,40%
Régimen Especial	10,64%	17,64%	21,83%	27,58%
Selección Abreviada de Menor Cuantía	10,17%	4,15%	3,94%	4,49%
Selección Abreviada protección población	0,48%	0,64%	0,82%	0,16%
Selección Abreviada servicios de salud	0,16%	0,07%	0,15%	0,20%
Subasta	4,23%	5,64%	3,30%	2,92%
Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: SECOP

En el año 2014, Colombia Compra Eficiente solicitó al Banco Mundial su apoyo para estudiar la contratación directa en el Sistema de Compra Pública colombiano<sup>106</sup>. El Banco Mundial hizo un estudio estadístico con base en la información registrada en el SECOP para identificar: (i) cifras consolidadas de contratación directa; (ii) Entidades Estatales con mayor porcentaje de contratación directa; (iii) tipo de bienes, obras y servicios más contratados; y (iv) la distribución de las causales más frecuentes utilizadas para justificar la contratación directa. También hizo entrevistas semiestructuradas a algunos secretarios generales de Entidades Estatales para identificar la relación entre las prácticas de contratación y el análisis estadístico con el propósito de explorar las causas prácticas de la contratación directa. Adicionalmente, el Banco Mundial revisó la experiencia internacional, el concepto de contratación directa en otras jurisdicciones y la cobertura que este concepto tiene en la legislación colombiana. La conclusión es que la legislación colombiana llama

<sup>104</sup> En ocasiones la subasta o la adquisición en bolsa de productos se convierten en modalidades de selección de contratistas y se pierde de vista que esta es una forma de dinámica de conformar la oferta.

<sup>105</sup> La calidad de la información registrada en el SECOP es responsabilidad de las Entidades Estatales; sin embargo, Colombia Compra Eficiente hace revisiones muestrales de la calidad y la oportunidad de la información.

<sup>106</sup> Contratación directa en Colombia: Elementos de derecho internacional y consideraciones empíricas sobre su prevalencia, Grupo del Banco Mundial, Práctica Global de Buen Gobierno, 2014.



contratación directa a cosas que no lo son y las Entidades Estatales abusan de la contratación sin competencia con la excusa de la dificultad de los procesos competitivos.

La contratación directa en la Ley 80 de 1993 es una modalidad excepcional del Sistema de Compra Pública para escoger a un contratista en contraposición a la regla general de la competencia. La Ley 1150 de 2007 se apartó de la Ley 80 de 1993, consagró nuevas modalidades de selección de contratistas y estableció causales expresas para la contratación directa que son: (a) urgencia manifiesta; (b) contratación de empréstitos; (c) contratos interadministrativos; (d) contratos de bienes y servicios del sector defensa, DAS y que requieren reserva para su adquisición; (e) contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; (f) encargos fiduciarios celebrados por las entidades territoriales cuando inician Acuerdos de Reestructuración de Pasivos; (g) la inexistencia de pluralidad de oferentes; (h) prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión o que solamente puedan encomendarse a personas naturales determinadas; (i) arrendamiento o adquisición de inmuebles. Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 dio alcance al literal (c) para establecer que el objeto del contrato debe estar relacionado con el objeto de la Entidad Estatal ejecutora, y la Ley 1753 de 2015 incluyó un literal (j) “contratación de bienes y servicios de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI), que requieran reserva para su adquisición.”

A continuación examinamos algunos de los literales anteriores que establecen causales para la contratación directa:

- Las operaciones de crédito público no hacen parte del Sistema de Compra Pública. Los negocios jurídicos entre Entidades Estatales cuando se trata de asociarse para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o prestar conjuntamente los servicios a su cargo tampoco son parte del Sistema de Compra Pública y en consecuencia, no deben tener una modalidad de selección en el mismo.
- Los contratos interadministrativos están referidos a los negocios jurídicos entre Entidades Estatales. Aquí debemos distinguir entre (i) los contratos entre Entidades Estatales en los cuales hay contraprestaciones mutuas; y (ii) los convenios interadministrativos en los cuales dos o más Entidades Estatales se asocian para cooperar en el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios a su cargo. En el marco de la libre competencia, es claro que en el caso del ordinal (i) la selección del contratista debe ser a través de un proceso competitivo. No tiene sentido que la ley permita a las instituciones que compiten abiertamente en el mercado usar las normas del derecho privado en sus procesos pero que las privilegie eximiéndolas de la competencia cuando el comprador de sus bienes, obras o servicios es una Entidad Estatal, pues esto es una forma de restringir la competencia.
- La reserva que requieren los contratos del sector defensa y de inteligencia no implica una contratación directa, de hecho estos sectores usan regularmente mecanismos competitivos para seleccionar sus contratistas, manteniendo la reserva de la información.
- Las mejores prácticas internacionales nos muestran mecanismos para seleccionar contratistas para proyectos ciencia, tecnología e innovación que no son contratación directa. Estos mecanismos están incluidos en el proyecto.



- La selección de entidades fiduciarias para los encargos fiduciarios celebrados por las entidades territoriales cuando inician Acuerdos de Reestructuración de Pasivos debe privilegiar la competencia. No encontramos una razón por la cual no deba hacerse un proceso competitivo para seleccionar a la entidad fiduciaria en estos casos.
- La decisión para arrendar o adquirir inmuebles debe estar precedido del examen de las posibilidades que tiene la Entidad Estatal y de un acercamiento y negociación con los propietarios de los inmuebles que mejor satisfagan la necesidad de la Entidad Estatal, lo cual no es una contratación directa pues corresponde a la selección de la mejor opción de acuerdo con unos criterios objetivos que debe definir la Entidad Estatal.

El examen anterior nos permite ver que solamente estamos frente a contratación directa en los casos de los literales (a) y (g) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, es decir cuando hay una urgencia manifiesta y frente a la ausencia de pluralidad de oferentes. Por lo anterior, el proyecto al referirse a la contratación directa establece una lista taxativa en la cual están los casos de los literales (a) y (g) mencionados.

El proyecto establece que las Entidades Estatales pueden contratar sin un proceso competitivo en los siguientes casos: (a) en el mercado no hay multiplicidad de proveedores; (b) los bienes o servicios objeto del contrato deben ser compatibles con los bienes y servicios existentes en la Entidad Estatal y para estos no hay multiplicidad de oferentes; (c) una persona tiene los derechos exclusivos para el bien, obra o servicio objeto del contrato; (d) urgencia manifiesta; y (e) los contratos para la compra de bienes por un valor total inferior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>107</sup>.

## 2. Competencia en la selección de contratistas

La modalidad de la selección de un contratista debe estar relacionada con el grado de certeza que tiene la Entidad Estatal de las especificaciones, cantidad, calidad y los costos del aprovisionamiento para satisfacer su necesidad. Si la Entidad Estatal no tiene información suficiente no puede diseñar un proceso competitivo que realmente optimice los recursos públicos, por lo cual para obtener mayor valor debe poder acercarse a los posibles proveedores, conocer el mercado y negociar con ellos. En teoría económica, en una punta está la competencia y en la otra la negociación, las formas para seleccionar proveedores están ubicadas entre estas dos puntas.

En general, el proveedor tiene información sobre sus costos de producción que el comprador no tiene, problema que la literatura llama el problema de la compra. La forma de seleccionar contratistas puede ayudar a mitigar los impactos del problema de la compra al hacer un balance para reducir costos e incentivos para facilitar cambios y compartir información<sup>108</sup>. La forma de seleccionar al contratista y la gestión del riesgo de acuerdo con lo establecido en la Sección D anterior, puede ayudar también a otro problema que se da en el sector de la construcción que consiste en que el comprador y el proveedor comparten dudas sobre aspectos clave del diseño y sobre el futuro regulatorio, y con posterioridad al inicio de la ejecución del negocio jurídico es necesario hacer cambios. Pero esto puede preverse y regularse en el texto del contrato.

<sup>107</sup> Numeral 5 del artículo 51 del proyecto de articulado.

<sup>108</sup> Bajari, Patrick y Tadelis, Steven (2006) Incentives and award procedures: competitive tendering versus negotiation in procurement en *Handbook of Procurement* editado por Nicola Dimitri, Gustavo Piga y Giancarlo Spagnolo, Cambridge University Press 121-139.



El *Handbook of Procurement*<sup>109</sup> recomienda tener en cuenta el objetivo de obtener valor por dinero, la estructura de pagos, la disponibilidad de la información y los riesgos para definir la forma de seleccionar al proveedor. El comprador público debe examinar si la mejor forma de seleccionar al contratista es a través de una competencia abierta, de una invitación limitada o contratando directamente, teniendo en cuenta el mercado y su necesidad.

La Directiva Europea<sup>110</sup> distingue el procedimiento de las técnicas e instrumentos. Establece los siguientes procedimientos: (a) procedimiento abierto; (b) procedimiento restringido; (c) procedimiento de licitación con negociación; (d) diálogo competitivo; (e) asociación para la innovación; y (f) procedimiento negociado sin publicación previa. Las técnicas e instrumentos de contratación electrónica y agregada que establece son: (i) acuerdo marco; (ii) sistemas dinámicos de adquisición; (iii) subastas electrónicas<sup>111</sup>; (iv) catálogos electrónicos; (v) actividades de compra centralizada y centrales de compra; (vi) compra conjunta esporádica; y (vii) contratación con participación de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

En la guía de compra para prestatarios del Banco Mundial<sup>112</sup> los procedimientos son: (a) competencia abierta; y (b) competencia limitada. En estos dos procedimientos hay referencia a la competencia internacional, a la competencia nacional, a la precalificación, y a la postcalificación. También la guía hace referencia a (i) procesos de una fase con uno y dos sobres y a procesos con varias fases; y (ii) mecanismos de evaluación (BAFO, negociación, evaluación por méritos). Adicionalmente, hace referencia a tipologías de acuerdo con el objeto de la compra (*commodities*), el contratista (agencias de Naciones Unidas), el tipo de contrato (APP) o la técnica de selección (subastas). Finalmente, hace referencia a acuerdos marco y a contratos basados en el desempeño.

### 3. Instrumentos del Sistema de Compra Pública y herramientas para la definición de precios

La Ley 1150 de 2007 estableció que para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de la selección abreviada, siempre que el reglamento lo señale, puede hacer uso de la subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de acuerdos marco de precios o en procedimientos de adquisición en bolsa de productos<sup>113</sup>. Si bien la Ley 1150 introdujo la posibilidad de utilizar estos instrumentos y herramientas en el Sistema de Compra Pública algunos utilizados desde entonces, y otros a partir de la expedición del Decreto 1510 de 2013, hoy incorporado en el Decreto 1082 de 2015, la redacción de la norma de la Ley 1150 creó una serie de restricciones que revisamos a continuación. También es posible que haya otras herramientas para conformar dinámicamente las ofertas y para definir los precios que no conozcamos y no parece tener sentido limitar la posibilidad de incorporarlas al Sistema de Compra Pública vía un decreto reglamentario.

Los acuerdos marco son instrumentos del Sistema de Compra Pública en los cuales hay agregaciones de demanda. Las subastas son herramientas para la conformación dinámica de las

<sup>109</sup> Ibidem

<sup>110</sup> Directiva 2014/24/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. 28.3.2014, Diario Oficial de la Unión Europea L94/65 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=celex%3A32014L0024>

<sup>111</sup> Excluye expresamente servicios y obras con prestaciones de carácter intelectual que no permiten métodos de evaluación automatizada.

<sup>112</sup> World Bank (2016), Procurement Regulations for Borrowers

<sup>113</sup> Literal (a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.





ofertas. Las ruedas en las bolsas de productos son herramientas para la conformación dinámica de las ofertas.

Es importante tener en cuenta que los principios de (i) planeación; (ii) responsabilidad y rendición de cuentas; (iii) eficacia; (iv) eficiencia; (v) economía; (vi) sostenibilidad e innovación; (vii) competencia; (viii) igualdad; y (ix) integridad y transparencia, deben orientar las decisiones de las Entidades Estatales y en consecuencia la escogencia de los instrumentos para contratar y las herramientas para la definición de precios deben estar orientadas a la generación de mayor valor por dinero, expresado en los principios.

(a) Agregación de demanda

Los acuerdos marco (*Framework Agreements*) son utilizados en el sector público y en el privado para agregar demanda. La Ley 1150 de 2007 en este particular trae consigo dos restricciones institucionales: (a) limitar los acuerdos marco a los bienes y servicios de características técnicas uniformes; y (b) llamar a estos acuerdo marco “de precios” pues las personas relacionan frecuentemente con los acuerdos de precios o la cartelización.

El objetivo de agregar demanda en el Sistema de Compra Pública es darle al Estado un mayor poder de negociación, ofrecer un mecanismo de coordinación eficiente de las adquisiciones para generar mayor valor por dinero. Si uno parte de esta idea, puede entonces pensar en bienes, obras y servicios que son heterogéneos, pero que tienen una alta demanda por parte de las Entidades Estatales (e.g. servicios de consultoría<sup>114</sup>, construcción de obras de infraestructura<sup>115</sup>) en los cuales es posible hacer Acuerdos Marco.

El hecho de que los bienes, obras o servicios sean heterogéneos no quiere decir que el Estado no pueda aprovechar las economías de escala que genera la agregación de demanda de las Entidades Estatales. Otro de los propósitos de los instrumentos de agregación de demanda es garantizar unas calidades mínimas en la prestación del servicio, el aprovisionamiento del bien, o la construcción de la obra, lo cual no exige características uniformes. Por ejemplo, una agregación de demanda para construcción de escuelas a nivel nacional no quiere decir que las escuelas deban tener un mismo tamaño o los mismos diseños. En ese caso la agregación de demanda de la construcción de escuelas tiene el objetivo de aprovechar las economías de escala generadas en la contratación en volumen de materiales y servicios de construcción, y adicionalmente el Estado estandariza las condiciones mínimas con las que éstas deben ser construidas. La estandarización es la de las calidades mínimas de las escuelas y no su diseño o tamaño. Un instrumento de agregación de demanda puede ser usado para construir hospitales o cárceles, lo cual permite generar un mayor volumen de competencia y tener las condiciones mínimas que necesita el Estado para construir ciertas edificaciones. Aquí debemos usar el sentido común, no proponemos agregación de demanda para gran infraestructura.

El proyecto busca que el concepto de acuerdo marco incorpore todos los instrumentos de agregación de demanda en los cuales Colombia Compra Eficiente: (a) invita al público en general a participar en una selección previa bien sea a través de una convocatoria abierta o con precalificación, y posteriormente las Entidades Estatales adquieren a los proveedores preseleccionados a través de órdenes de compra los bienes, obras y servicios objeto del instrumento de agregación de demanda;

<sup>114</sup> <https://www.gov.uk/government/publications/consultancyone-framework-agreement-phase-i-suppliers>

<sup>115</sup> <https://www.gov.uk/government/collections/education-funding-agency-contractors-framework>



o (b) invita al público en general a participar en una selección previa bien sea a través de una convocatoria abierta o con precalificación destinada a una Entidad Estatal específica, quien posteriormente adquiere a los proveedores preseleccionados a través de órdenes de compra los bienes, obras y servicios objeto del instrumento de agregación de demanda; o (c) negocia condiciones uniformes de adquisición de bienes o servicios en nombre de las Entidades Estatales con proveedores únicos cuando estos existen y los ofrece a las Entidades Estatales a través de catálogos; o (d) invita a los proveedores autorizados para prestar un determinado bien o servicio particular a ofrecer a las Entidades Estatales tales bienes o servicios en condiciones uniformes y en un catálogo; o (e) invitar a los Grandes Almacenes a publicar sus catálogos para ofrecer a las Entidades Estatales bienes para ser adquiridos a través de órdenes de compra hasta por la mínima cuantía. Las Entidades Estatales de la rama ejecutiva del nivel nacional están obligadas a usar los instrumentos de agregación de demanda. Las demás Entidades Estatales están obligadas a hacerlo cuando ejecutan recursos del Presupuesto General de la Nación, y en los demás casos tienen la opción de hacerlo pero en cualquier caso su decisión debe estar orientada a cumplir con los principios establecidos en el proyecto<sup>116</sup>.

(b) Subasta

La Ley 1150 de 2007 hace referencia a la subasta inversa como instrumento para conformar la oferta para la licitación pública y para la selección abreviada. La referencia exclusivamente a la subasta inversa hace que en Colombia no hayan sido utilizadas otras formas de subasta que pueden ser más aconsejables de acuerdo con las particularidades del mercado y del tipo de bienes y servicios<sup>117</sup>. De otra parte, estos instrumentos deben estar disponibles en cualquier proceso competitivo<sup>118</sup>.

(c) Bolsa de Productos

Las bolsas de productos pueden ser utilizadas para la conformación de las ofertas en cualquier modalidad o procedimiento para seleccionar contratistas aunque actualmente por ejemplo no es posible usarla en la licitación por disposición expresa del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 limitando así la posibilidad de hacer licitaciones de servicios alimentarios con ruedas en la bolsa<sup>119</sup>.

(d) Mínima cuantía

El proyecto incorpora las normas aplicables a la mínima cuantía al establecer que las Entidades Estatales en los Procesos de Abastecimiento con presupuesto menor al indicado en la siguiente tabla, deben aplicar las normas de selección de contratistas y de evaluación de las ofertas. Entre la fecha de la invitación de la Entidad Estatal a presentar ofertas y la fecha de presentación de las ofertas debe transcurrir por los menos dos (2) días hábiles<sup>120</sup>.

Presupuesto anual de la Entidad Estatal en salarios mínimos mensuales legales vigentes	Mínima cuantía en salarios mínimos mensuales legales vigentes
--	---

<sup>116</sup> Numeral 1 del artículo 52 del proyecto de articulado.  
<sup>117</sup> Ausubel, Lawrence M y Cramton Peter, Steven (2006) Dynamic auctions in procurement en *Handbook of Procurement* editado por Nicola Dimitri, Gustavo Piga y Giancarlo Spagnolo, Cambridge University Press 220-245.  
<sup>118</sup> Numeral 2 del artículo 52 del proyecto de articulado.  
<sup>119</sup> Ibidem.  
<sup>120</sup> Artículo 53 del proyecto de articulado.

Mayor a 1.200.000	100
Entre 850.001 y 1.200.000	85
Entre 400.001 y 850.000	65
Entre 120.001 y 400.000	45
Menos de 120.000	28

#### 4. Propuesta del proyecto

El proyecto sigue las prácticas del Banco Mundial y de la Directiva Europea para establecer los procedimientos, las técnicas y los instrumentos. Establece cuatro tipos de procedimiento para seleccionar contratistas: (a) competencia abierta; (b) competencia restringida; (c) la asociación para la innovación; y (d) la contratación directa<sup>121</sup>. Los tipos de procedimiento no están atados a objetos contractuales en particular.

El proyecto se aparta de las normas que excluyen componentes propios de la oferta en su valoración como la contenida en el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007<sup>122</sup>.

La regla de interpretación para establecer el mecanismo de selección aplicable debe ser el nivel de competencia, es decir si la modalidad indicada es con competencia abierta o restringida y adicionalmente debe tener en cuenta el criterio de selección de la mejor oferta. Por ejemplo, para los abastecimientos en los que es necesario contar con proveedores especializados con una situación financiera sólida y con capacidad de endeudamiento, el mecanismo de selección debe ser la competencia restringida por ser necesaria una precalificación.

Es importante tener en cuenta que el proyecto no establece plazos para cada una de las modalidades de selección siempre que entre la fecha de la invitación y la de recepción de ofertas haya por lo menos 30 días de acuerdo con lo establecido en los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia. El proyecto mantiene la contratación de mínima cuantía y establece que ese caso el plazo entre la fecha de la invitación de la Entidad Estatal a presentar ofertas y la fecha de presentación de las ofertas debe ser de por lo menos dos (2) días hábiles.

#### M. Ofertas y su evaluación

##### Ofertas

La Ley 80 de 1993 estableció que las ofertas deben ser completas<sup>123</sup> pero que las Entidades Estatales no pueden rechazarlas por asuntos meramente formales<sup>124</sup>. Puesto que la Ley 80 de 1993 incorporó las normas del derecho privado, las Entidades Estatales y los proponentes debían regirse por el dispuesto en las normas comerciales y civiles en relación con los requisitos de la oferta. La Ley 1150 de 2007 estableció que los requisitos de la oferta que no reciben puntaje en la evaluación pueden ser aclarados o complementados por solicitud de la Entidad Estatal y la ausencia de estos no invalida la oferta. Esta disposición dejó sin contenido la norma de la Ley 80 de 1993 que estableció que las ofertas deben ser completas. En nuestra opinión, esta disposición permite interpretaciones

<sup>121</sup> Artículo 51 del proyecto de articulado.

<sup>122</sup> "En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores."

<sup>123</sup> Literal b, del Numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

<sup>124</sup> Numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.



que generan comportamientos anticompetitivos y oportunistas, como el completar las ofertas cuando los proponentes conocen a sus competidores y los resultados preliminares de la evaluación.

Si seguimos la norma del derecho comercial de que las ofertas deben ser completas y que no pueden ser rechazadas por asuntos meramente formales podemos superar las discusiones frente a la subsanabilidad de las ofertas, lo cual ha generado comportamientos anticompetitivos asociados a la posibilidad de aportar documentos de la oferta luego de conocer los resultados de la evaluación y desconociendo la norma que establece que las ofertas deben ser completas para ser ofertas.

El proyecto de articulado establece que las ofertas deben ser completas. También establece el derecho de las Entidades Estatales a solicitar a los oferentes aclarar la información que parece inconsistente, respetando el principio de igualdad garantizando igual trato a todos los oferentes<sup>125</sup>.

#### *Evaluación de las ofertas*

La normativa actual establece la necesidad de que las Entidades Estatales establezcan reglas objetivas, justas, claras y completas para evaluar las ofertas y seleccionar la más favorable. El proyecto se aparta de disposiciones que establecen la imposibilidad de tener en cuenta criterios de evaluación como los certificados de calidad internacionalmente aceptados, el precio para seleccionar consultores y el menor plazo ofrecido en la obra pública, así como de la obligación de utilizar como único factor de evaluación el precio<sup>126</sup>. Estas restricciones en ocasiones llevan a que la selección no permita satisfacer la necesidad de la Entidad Estatal.

Las decisiones en el Sistema de Compra Pública deben estar orientadas a obtener mayor valor por dinero y estas restricciones son limitantes para seleccionar la mejor oferta. Por lo anterior, el articulado propone no restringir los criterios en la evaluación de las ofertas y tener en cuenta los siguientes aspectos, de acuerdo con el mercado del bien, obra o servicio y las condiciones del Proceso de Contratación: (i) la calidad; (ii) el precio; (iii) los costos del ciclo de vida del producto; (iv) las condiciones técnicas; (v) la experiencia del proponente o de su equipo de trabajo; (vi) las condiciones de entrega del bien, obra o servicio; (vii) el servicio posventa; (viii) las características estéticas o funcionales; (ix) aspectos de sostenibilidad ambiental y social; (x) innovación; (xi) la mejor relación costo-beneficio; (xii) la mejor relación costo-eficacia<sup>127</sup>.

#### *Requisitos para participar en procesos competitivos para el abastecimiento de las Entidades Estatales*

El concepto de requisitos habilitantes cumplió una función importante en la medida en que permitió que proveedores de menor tamaño accedieran al Sistema de Compra Pública puesto que antes de la Ley 1150 de 2007 los asuntos asociados a la capacidad legal, la experiencia y la salud financiera del proponente eran objeto de evaluación.

El concepto de la capacidad legal o jurídica está desarrollado en el derecho comercial y civil, entendida como la capacidad para celebrar y ejecutar un contrato, y hacer el ofrecimiento respectivo. La capacidad legal no es parte del ofrecimiento y por eso esta nunca ha recibido puntaje.

<sup>125</sup> Artículo 56 del proyecto de articulado.

<sup>126</sup> Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>127</sup> Artículo 54 del proyecto de articulado.



La experiencia como requisitos habilitante es vista en muchas ocasiones como una barrera a la competencia. Requisitos como experiencia derivada de contratos de aseo exclusivamente con Entidades Estatales por ejemplo, cuando estas es una actividad ordinaria que permite tener experiencia en el sector privado o en el público, o la exigencia de tener experiencia en una actividad exactamente igual a la del contrato para el cual se presenta oferta.

La dificultades que se presentan con los requisitos habilitantes relativos a la salud financiera del proponente pueden ser muy serias, pues son una mirada estática de la situación del proponente, miran la condición del proponente en el momento de la presentación de la oferta pero no hay revisiones durante la ejecución del contrato. En consecuencia, el requisito habilitante de capacidad financiera y organizacional no aporta a cumplir con el principio de eficacia y en consecuencia afecta el de competencia.

La Directiva Europea en su artículo 58 señala como criterios de selección: (a) la habilitación para ejercer la actividad profesional, (b) la solvencia económica y financiera; y (c) la capacidad técnica y profesional. Es decir la competencia está abierta a todos y estos son criterios de selección y no de habilitación.

El proyecto propuesto no establece norma alguna sobre requisitos habilitantes y deja al reglamento y a los documentos del Proceso de Contratación el establecimiento de requisitos de participación o de precalificación<sup>128</sup>.

El reglamento debe tener en cuenta el derecho de la Entidad Estatal de hacer un seguimiento continuo de la situación financiera del contratista en los contratos que requieren de su inversión teniendo en cuenta las metodologías de seguimiento propias de los contratos de crédito (*covenants*).

#### *Precios anormalmente bajos*

La normativa actual establece como consecuencia del principio de responsabilidad que los contratistas responderán por las ofertas con precios artificialmente bajos<sup>129</sup>. La dificultad que ofrece esta norma es que la oferta anormalmente baja manipula la competencia y esto sumado a las estipulaciones sobre equilibrio económico del contrato y adiciones a los mismos, no genera incentivos para que los proponentes presenten ofertas con precios de mercado. Sin embargo, hay ocasiones en que un agente del sector privado tiene válidamente unas condiciones extraordinarias que le permiten ofrecer precios muy favorables sin que ello constituya una práctica restrictiva del comercio y sin poner en riesgo la efectividad del Proceso de Contratación.

Por lo anterior, el proyecto establece la obligación de la Entidad Estatal de solicitar al oferente explicar las condiciones particulares de su oferta, incluyendo información detallada del análisis de precios en relación con el alcance del contrato, la metodología propuesta, el cronograma y la gestión de riesgos del contrato para evaluar si debe aceptar la oferta o rechazarla, y en caso de aceptarla si debe incrementar el valor de las garantías previstas en el contrato o exigir nuevas garantías para proteger a la Entidad Estatal de los riesgos adicionales del contrato relacionados con el valor del mismo<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Artículo 55 del proyecto de articulado.

<sup>129</sup> Numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

<sup>130</sup> Artículo 57 del proyecto de articulado.



### *Rechazo de ofertas*

Las discusiones sobre las causales de rechazo de las ofertas nos lleva a proponer en el articulado una lista taxativa de causales de rechazo de las ofertas así: (i) cuando la oferta es incompleta porque no tiene los elementos esenciales del negocio jurídico; (ii) las ofertas presentadas por quien es objeto de una prohibición de las que trata el literal G; y (iii) las ofertas anormalmente bajas<sup>131</sup>.

### N. Etapas del Proceso de Contratación

El proyecto tiene un capítulo en el cual establece cinco etapas del proceso de abastecimiento, una norma general sobre el plazo para seleccionar a los contratistas y otra sobre notificaciones.

Las etapas del Proceso de Contratación previstas en el proyecto son: (i) planeación; (ii) selección del contratista; (iii) manifestación escrita del acuerdo y publicidad del contrato; (iv) ejecución del contrato; y (v) liquidación cuando hay lugar a ella y la verificación de las obligaciones post-consumo y post-contractuales<sup>132</sup>.

En la etapa de la manifestación por escrito del acuerdo y publicidad del contrato, el artículo del proyecto establece que el oferente que resultó adjudicatario en el Proceso de Contratación debe presentar a la Entidad Estatal: (a) la legalización de documentos públicos otorgados en el extranjero y presentados con la oferta, de acuerdo con la normativa aplicable; (b) la presentación del original o de una copia determinada de un documento para acreditar una situación particular, cuando por disposición legal esto es necesario; y (c) la traducción oficial al castellano de los documentos originales, cuando el adjudicatario presentó con la oferta un documento en un idioma distinto al castellano sin la traducción oficial del mismo<sup>133</sup>. Lo anterior busca honrar el principio de presunción de la buena fe y evitar que las Entidades Estatales exijan documentos que dificultan la selección.

El artículo que hace referencia al plazo para seleccionar a los contratistas incorpora los Acuerdos Comerciales para efectos de que entre la fecha en que la Entidad Estatal comunica al público los términos y condiciones de la selección y la fecha presentación de las ofertas deben transcurrir por los menos 30 días calendario, salvo en la operación secundaria de los acuerdos marco pues en estos ya están seleccionados los proveedores o contratistas y en mínima cuantía<sup>134</sup>. Esta norma hace referencia a todas las formas competitivas de selección de contratistas.

El proyecto propone que los avisos y notificaciones que deban hacer las Entidades Estatales en sus procesos de abastecimiento los hagan en el SECOP. En el SECOP I a través de la notificación por aviso prevista en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, con la publicación de la decisión en el SECOP en el expediente correspondiente y en el SECOP II por notificación electrónica para lo cual los usuarios registrados en el SECOP aceptan en su registro la notificación electrónica de las decisiones que tomen las Entidades Estatales en los procesos de abastecimiento.

### O. Tribunal de Solución de Controversias antes de la firma del Contrato

<sup>131</sup> Artículo 58 del proyecto de articulado.

<sup>132</sup> Artículos 59 a 64 del proyecto de articulado.

<sup>133</sup> Artículo 62 del proyecto de articulado.

<sup>134</sup> Artículo 65 del proyecto de articulado.



El posicionamiento de la economía colombiana en la economía mundial y los procesos de integración económica han llevado al país a suscribir Acuerdos Comerciales o Tratados de Libre Comercio que en su mayoría tienen capítulos de compra pública. Esta es una consecuencia lógica del peso que tiene el Sistema de Compra Pública en las economías de los países y el interés que hay en el sector privado de acceder al mercado de las compras públicas de sus socios comerciales en condiciones de igualdad con los el sector privado nacional. En consecuencia, el Sistema de Compra Pública en Colombia debe adaptarse a las condiciones de los mercados internacionales. Lo anterior no impide que vía reglamento (decretos o circulares) el Gobierno Nacional cree incentivos puntuales en el Sistema de Compra Pública para alcanzar otros fines de política pública.

En la negociación de algunos Acuerdos Comerciales los socios comerciales de Colombia solicitaron la creación de un tribunal de solución de conflictos en el Sistema de Compra Pública originados antes de la celebración del negocio jurídico. Particularmente el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico establece “Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, Colombia trabajará con miras a implementar lo previsto en el Artículo 8.16.4, en un plazo máximo de ocho años contados a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo Adicional. Dentro de este plazo y de conformidad con lo previsto en el Artículo 8.23.2 (a), Colombia informará al Comité con relación a la adopción de tales medidas”.

La propuesta es crear un Tribunal que tome decisiones vinculantes, de obligatorio cumplimiento para las Entidades Estatales y los oferentes, decisiones que además deben ser tenidas en cuenta por las Entidades Estatales en futuros Procesos de Contratación, sin perjuicio, de que la decisión pueda ser posteriormente cuestionada por la vía judicial.

Teniendo en cuenta la situación fiscal actual, no consideramos conveniente en este momento la creación de una nueva institución con competencia para solucionar los conflictos del proceso de abastecimiento, entre las Entidades Estatales y los interesados en participar en los procesos competitivos y que surjan antes de la firma del contrato, en cualquier momento de la etapa de planeación o de selección. Sin embargo, es importante revisar el funcionamiento de estos tribunales en otras jurisdicciones, examinar las ventajas de una vía gubernativa a través de un órgano central que pueda resolver conflictos durante la selección de contratistas de una forma rápida, lo cual es garantía para la competencia y reduce la litigiosidad judicial del Sistema de Compra Pública, para efectos de diseñar en el futuro próximo esta instancia.

Mientras esta instancia se organiza y teniendo en cuenta la existencia de una jurisdicción especial con alcance nacional encabezada por el Consejo de Estado, con tribunales en cada departamento y un número de jueces administrativos suficiente para cubrir todos los municipios del país, la propuesta contenida en el proyecto es reorganizar las competencias para mejorar la velocidad con la cual la jurisdicción contencioso administrativo soluciona los conflictos del Sistema de Compra Pública antes de la firma del contrato.

El proyecto propone reorganizar las competencias y para el efecto modificar los artículo 152 y 153 de la Ley 1437 de 2011 para que los Tribunales conozcan de las controversias originadas en decisiones anteriores a la firma del contrato cuando el valor estimado del contrato exceda de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y si el valor estimado del contrato es menor conoce el juez administrativo en primera instancia<sup>135</sup>.

<sup>135</sup> Artículo 69 del proyecto de articulado.



Otra de las causas de la velocidad con la que los conflictos del Sistema de Compra Pública son resueltos en la jurisdicción contencioso administrativa es la falta de especialización de los magistrados de tribunales y del Consejo de Estado en el Sistema de Compra Pública. El magistrado que conoce de las controversias en el Sistema de Compra Pública, también conoce de las demandas de responsabilidad del Estado, que representan un volumen muy alto de litigios en el cual hay un gran porcentaje de controversias relacionadas con el conflicto armado. Una posible solución es elegir magistrados para los tribunales encargados exclusivamente de la solución de conflictos del Sistema de Compra Pública que tienen origen antes de la firma del contrato.

Mientras el Estado toma la decisión sobre la creación del tribunal y enfrenta las discusiones propias sobre la competencia, sus costos, es importante buscar en la propia administración de justicia fórmulas para que las decisiones a los conflictos que se presentan antes de la firma de los contratos sean decisiones oportunas. Esta es la razón del artículo propuesto para competencias.

#### P. Solución de Conflictos

El capítulo correspondiente del proyecto tiene tres artículos. El primero menciona el deber de utilizar mecanismos ágiles, rápidos y directos para solucionar las controversias que hayan sido previstos en la ley o en el contrato y sigue la línea de la Ley 80 de 1993 de prohibir cualquier restricción o limitación al uso de estos mecanismos. En el mismo artículo el proyecto establece expresamente, en consonancia con los cambios del Sistema de Compra Pública en el mundo, que los árbitros pueden conocer sobre la legalidad de todas las actuaciones de las Entidades Estatales en el marco del Sistema de Compra Pública, incluyendo las decisiones por medio de las cuales (i) interpreta, modifica o termina unilateralmente el contrato; (ii) declara la caducidad del contrato; y (iii) declara las condiciones de la reversión cuando no hay acuerdo entre las partes sobre los bienes y condiciones de la misma<sup>136</sup>.

En relación con los mecanismos alternativos de solución de controversias ha habido muchas voces que solicitan la inclusión obligatoria de paneles de expertos en los contratos de concesión de infraestructura de transporte. En nuestra opinión esta debe ser una decisión que tome la Entidad Estatal en la planeación del proceso de acuerdo con la complejidad del proyecto.

El segundo artículo menciona a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como el juez competente para dirimir las controversias presentadas en el Sistema de Compra Pública<sup>137</sup>. El tercer artículo se refiere a la competencia en relación con la cuantía del proceso de abastecimiento, lo cual fue mencionado en el literal O anterior.

#### Q. Normas relativas al ente rector del Sistema de Compra Pública

##### *Alcance de los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente*

El proyecto tiene en cuenta la existencia de Colombia Compra Eficiente como ente rector del Sistema de Compra Pública y sus funciones. Desde el inicio de su operación en 2012, Colombia Compra Eficiente ha generado el conocimiento necesario para desarrollar mecanismos de agregación de demanda y herramientas para facilitar los procesos de abastecimiento, y ha ofrecido a las Entidades

<sup>136</sup> Artículo 67 del proyecto de articulado.

<sup>137</sup> Artículo 68 del proyecto de articulado.





Estatales tales mecanismos. En consecuencia, los documentos expedidos por Colombia Compra Eficiente son una guía que las Entidades Estatales están obligadas a tener en cuenta en sus procesos de abastecimiento como regla general, apartarse de la guía requiere una justificación relacionada con la particularidad de cada proceso<sup>138</sup>.

En línea con el Decreto Ley 4170 de 2011, el proyecto propone mantener la autoridad de Colombia Compra Eficiente como principal del Sistema de Compra Pública. Los participantes del Sistema de Compra Pública están obligados a tener en cuenta los pronunciamientos de Colombia Compra Eficiente (Circulares, guías, manuales, documentos estándar) y si alguno de estos documentos no es aplicable a un Proceso de Contratación en particular, por la especificidad o la particularidad del mismo, la Entidad Estatal debe justificar en los documentos del proceso el motivo por el cual debe alejarse de la buena práctica recogida por Colombia Compra Eficiente<sup>139</sup>.

Las circulares guías, manuales, documentos estándar hacen parte de lo que ha sido llamado derecho blando (*soft law*), cuyo valor ha sido reconocido en muchos países del mundo y discutido a fondo en la Unión Europea en la negociación de la última directiva de compra pública. El derecho blando permite aclarar conceptos, incorporar buenas prácticas, solucionar eventuales conflictos, entre otras.

#### *Sostenibilidad de Colombia Compra Eficiente*

Colombia Compra Eficiente estudió diversos modelos para su auto sostenibilidad de acuerdo con las recomendaciones de la OCDE y con la experiencia internacional. En Europa, luego de la crisis de 2008, optaron por crear el llamado rapel en los acuerdos marco que consiste básicamente en cobrar a los proveedores de los acuerdos marco un porcentaje por las transacciones, teniendo en cuenta el mercado relevante y la actividad del acuerdo marco. Este es un sistema fácil de financiación, no requiere esfuerzos de recaudo, pero desincentiva al proveedor a ofrecer descuentos adicionales a las Entidades Estatales. En nuestra opinión las herramientas y servicios que ofrece el ente rector del Sistema de Compra Pública deben financiarse con recursos públicos, de lo contrario creamos costos de transacción adicionales que restringen la eficiencia en el gasto por lo cual la propuesta no hace referencia al rapel.

Colombia Compra Eficiente es el administrador de las plataformas electrónicas que garantizan el acceso a la información del Sistema de Compra Pública y la contratación en línea, además de ser el promotor de los instrumentos de agregación de demanda. Mantener actualizadas estas plataformas tecnológicas, contar con el conocimiento técnico requerido para la estructuración de los instrumentos de agregación de demanda y manejar la información del Sistema de Compra Pública es costoso aunque este costo es menor que las consecuencias de no contar con esas herramientas. Por lo anterior, el proyecto contempla la creación de una tasa a cargo de las Entidades Estatales del nivel nacional por el uso del SECOP equivalente al 0.03% del valor total de sus procesos de abastecimiento, es decir del valor final de los negocios jurídicos surtidos en el SECOP. El Ministerio de Hacienda y Crédito Pública deberá hacer los traslados presupuestales correspondientes<sup>140</sup>.

Este ingreso permitirá mantener, administrar, operar y actualizar constantemente las plataformas que conforman el SECOP.

<sup>138</sup> Artículo 70 del proyecto de articulado.

<sup>139</sup> Bolton, P. y Dewatripont, M. (2012) Authority in Organizations, en Handbook of Organizational Economics, Princeton University Press, 342-372.

<sup>140</sup> Artículo 71 del proyecto de articulado.



R. Disposiciones Finales

Las Disposiciones Finales del proyecto hacen referencia a la vigencia, los Procesos de Contratación en curso, las modificaciones a otras normas y las derogatorias.

La propuesta es que la ley entre a regir un (1) año después de su promulgación y que no afecte los Procesos de Contratación en curso, entendidos como aquellos en los cuales la Entidad Estatal expidió el acto de apertura o la invitación o convocatoria en el caso de los regímenes conocidos como especiales, salvo por la norma relativa a las competencias de la jurisdicción que modifica los artículos 152 y 153 de la Ley 1437 de 2011 que el proyecto propone que entre en vigencia a partir de la promulgación de la ley.

El artículo de la derogatoria es expresa e incluye las varias normas del Sistema de Compra Pública que buscamos tener en un solo cuerpo normativo, así:

Derogatoria	Materia / Justificación
(a) Ley 80 de 1993 salvo por el parágrafo 2 del artículo 41;	<p align="center"><b>Ley 80 de 1993</b></p> <p>La propuesta de articulado tiene como objeto la regular integralmente el régimen de compra pública, y por lo tanto reemplaza totalmente el contenido de la Ley 80 de 1993, excepto por el parágrafo 2 del artículo 41, que contiene disposiciones sobre el endeudamiento de la Nación, un tema ajeno al contenido del presente proyecto.</p>
(b) Parágrafo del artículo 16 de la Ley 84 de 1993;	<p align="center"><b>Régimen especial Registraduría Nacional del Estado Civil</b></p> <p>Ese parágrafo autoriza al Registrador Nacional del Estado Civil para contratar directamente y para celebrar encargo de fiducia prescindiendo de los trámites sobre contratación administrativa, la propuesta busca que todas las adquisiciones de las Entidades Estatales se encuentren regidas por este cuerpo normativo.</p>
(c) Numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993;	<p align="center"><b>Régimen de contratación de Empresas Sociales del Estado</b></p> <p>Esta norma permite que las Empresas Sociales del Estado contraten mediante el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes, se reitera que la propuesta busca que todas las adquisiciones de las Entidades Estatales se encuentren regidas por un único cuerpo normativo contenido en el proyecto de articulado.</p>
(d) Artículo 54 de la Ley 105 de 1993;	<p align="center"><b>Régimen especial para la contratación de bienes y servicios relacionados con la seguridad aérea</b></p>



	Ese artículo contempla un régimen especial de contratación aplicable a obras civiles, adquisiciones, suministros y demás contratos requeridos para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria. El proyecto propone que todas las adquisiciones de las Entidades Estatales estén regidas por este cuerpo normativo.
(e) Artículo 200 de la Ley 115 de 1994;	<p><b>Contratación directa para la prestación de servicios educativos</b></p> <p>Esa norma autoriza la contratación con iglesias y confesiones religiosas con personería jurídica para la prestación de servicios de educación en los establecimientos educativos con arreglo a las normas del derecho privado. El proyecto pretende que no haya excepciones al Sistema de Compra Pública.</p>
(f) el artículo 91 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 5 de la Ley 1738 de 2014, el artículo 94 de la Ley 418 de 1997, prorrogados por el artículo 1 de la Ley 1738 de 2014;	<p><b>Caducidad e inhabilidad por violación al régimen de orden público</b></p> <p>Estas normas establecen reglas procedimentales sobre caducidad e inhabilidades en los contratos, un asunto tratado de manera integral en el proyecto.</p>
(g) Artículo 61 de la Ley 610 de 2000;	<p><b>Caducidad por declaratoria de responsabilidad fiscal</b></p> <p>Esta norma contiene una regla especial de caducidad para todos los contratistas que sean declarados responsables fiscalmente, un asunto tratado de manera integral en el proyecto.</p>
(h) Artículo 19 de la Ley 805 de 2003;	<p><b>Régimen Universidad Militar Nueva Granada</b></p> <p>Esta norma faculta a la Universidad Militar Nueva Granada a utilizar un régimen contractual de derecho privado, el proyecto pretende que no haya excepciones en el Sistema de Compra Pública.</p>
(i) Parágrafo del artículo 3 de la Ley 1148 de 2007;	<p><b>Adquisición de pólizas de seguro concejales</b></p> <p>Autoriza a los alcaldes de los municipios de 5 y 6 categoría la delegación de la adquisición de pólizas de seguros de vida a favor de los concejales en la Federación Colombiana de Municipios, la propuesta pretende que no haya excepciones al sistema de Compra Pública.</p>
(j) Ley 1150 de 2007 y las normas que las modifican, adicionan o sustituyen;	<p><b>Ley 1150 de 2007</b></p> <p>La propuesta tiene como objeto la regulación integral del régimen de compra pública, y por lo tanto reemplaza la Ley 1150 de 2007.</p>



(k) Artículo 1 de la Ley 1219 de 2008;	<p><b>Contratación directa de la Comunidad de Inteligencia</b></p> <p>El proyecto establece que la contratación con cargo a gastos reservados está por fuera del Sistema de Compra Pública pero debe cumplir con sus principios. Los Procesos de Contratación que tienen reserva por ser para la adquisición de bienes, obras o servicios para la defensa y seguridad nacional, deben respetar íntegramente la ley salvo por la publicidad, por lo cual no es aplicable el concepto de seguridad y defensa para establecer</p>
(l) Artículo 22 del Decreto Ley 4179 de 2011;	<p><b>Contratación directa de la Comunidad de Inteligencia</b></p> <p>El proyecto establece que la contratación con cargo a gastos reservados está por fuera del Sistema de Compra Pública pero debe cumplir con sus principios y los Procesos de Contratación con reserva deben respetar íntegramente la ley salvo por la publicidad.</p>
(m) La expresión “los contratos que celebre” del Artículo 10 del Decreto 4109 de 2011;	<p><b>Régimen de Contratación Instituto Nacional de Salud</b></p> <p>Establece un Régimen Especial de contratación para el Instituto Nacional de Salud, el proyecto busca eliminar las excepciones al Sistema de Compra Pública.</p>
(n) Artículos 1, 2, 4, 5, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 1474 de 2012;	<p><b>Estatuto Anticorrupción</b></p> <p>Estos artículos se refieren a aspectos sustanciales y procedimentales del Sistema de Compra Pública, que son objeto de reforma integral en la propuesta.</p>
(o) Artículo 7 del Decreto 4819 de 2010, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 96 de la Ley 1523 de 2012;	<p><b>Régimen de contratación Fondo Adaptación</b></p> <p>Esta norma establece un régimen de contratación especial para el “Fondo Adaptación”: La propuesta pretende que no haya excepciones al Sistema de Compra Pública.</p>
(p) Artículos 51, 217, 218, 219, 220, 221 y 224 del Decreto Ley 019 de 2012;	<p><b>Decreto antitrámites</b></p> <p>El artículo 51 regula el trato nacional por reciprocidad. La propuesta elimina esta posibilidad y restringe el trato nacional derivado de la aplicación de Acuerdos Comerciales y la normativa comunitaria.</p> <p>Los artículos 217 a 221 y el artículo 224 modifican artículos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 los cuales son derogados con la propuesta.</p>



<p>(q) Parágrafo 1 del artículo 13, el artículo 14 y el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013;</p>	<p><b>Proyectos de infraestructura de transporte</b>  Respecto del artículo 13, la propuesta regula la administración del riesgo en los Procesos de Contratación, lo cual hace necesaria la derogatoria de la garantía del equilibrio económico al contratista.  Respecto del artículo 14, la propuesta contiene reglas especiales sobre la solución de controversias en materia del Sistema de Compra Pública.  El artículo 72 incorpora la “capacidad residual” como una medida de concentración de contratos de obra por parte de un mismo contratista. Este riesgo en la propuesta debe ser administrado mediante la gestión de los riesgos del contrato (artículo 10) y los requisitos para participar en la selección de contratistas (artículo 55).</p>
<p>(r) Artículo 2 de la Ley 1742 de 2014;</p>	<p><b>Decisiones Proferidas en Ejercicio de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias</b>  La propuesta contiene reglas especiales sobre la solución de controversias en materia del Sistema de Compra Pública.</p>
<p>(s) Inciso final del artículo 5 y los artículos 31 y 33 de la Ley 1778 de 2016.</p>	<p><b>Inhabilidad por delitos contra la administración pública y por financiación de campañas políticas</b>  La propuesta incorpora en el régimen de prohibiciones las inhabilidades incluidas en las normas que se propone derogar (artículo 21, numerales 6, 7 y 9).</p>

S. Reflexión Final

Muchas Entidades Estatales y académicos han solicitado incluir disposiciones para hacer más flexible las normas presupuestales en materia de vigencias para facilitar la ejecución de contratos. Sin embargo, el proyecto no hace referencia a normas presupuestales por cuanto el proyecto es estrictamente para el Sistema de Compra Pública el cual debe funcionar con las normas presupuestales aplicables cualquiera que ellas sean.

Consideramos necesario fortalecer las competencias de los servidores públicos encargados de los procesos de abastecimiento de las Entidades Estatales. Para el efecto, Colombia Compra Eficiente trabajó en el diseño de un programa de formación de compradores públicos que busca fortalecer las competencias de los servidores públicos que toman decisiones de gasto público al intervenir en los procesos de abastecimiento. Este programa debe empezar a implementarse en el segundo semestre de 2016.



Finalmente, creemos importante llamar la atención sobre las estampillas aplicables a transacciones del Sistema de Compra Pública que son en la práctica un costo de transacción que los proveedores trasladan a las Entidades Estatales y que no sabemos si este valor es trasladado con costos adicionales por la dificultad que tiene el proveedor de establecer en cada caso las estampillas aplicables<sup>141</sup>. Entendemos la necesidad de los gobiernos de financiar la obra pública de las universidades o la cultura pero creemos que el mecanismo de las estampillas es ineficiente y genera sobre costos importantes en el Sistema de Compra Pública.

### III. Estructura del articulado

El articulado propuesto respeta en términos generales el contenido de la Ley 80 de 1993 intentando una redacción más simple e incluyendo los aspectos a los que hace referencia la sección Propósito del presente documento.

El articulado tiene Disposiciones Generales, Disposiciones Particulares y Disposiciones Finales. Las Disposiciones Generales tienen 8 capítulos relativos al objeto y aplicación de la ley, al Sistema de Compra Pública y sus principios, al régimen jurídico general, las facultades especiales de las Entidades Estatales, las prohibiciones y los conflictos de interés para participar en el Sistema de Compra Pública, una referencia al control fiscal, directorio de proveedores y los elementos del contrato. En las Disposiciones Especiales el proyecto tiene las normas relativas a los procedimientos para seleccionar a los proveedores, las ofertas y su evaluación y las etapas del proceso de abastecimiento. En las Disposiciones Finales están las normas relativas a la solución de conflictos, a Colombia Compra Eficiente, vigencia, modificaciones, derogatorias y el régimen de transición.

<sup>141</sup> Cada departamento y cada capital de departamento tiene un régimen distinto con estampillas que van del 0,5% al 35% del valor del contrato, con diferentes tarifas dependiendo del objeto del contrato y sin perder de vista las estampillas creadas a nivel nacional.

