

Tabla de contenido

I. Introducción	1
— Consideración previa: coexistencia de diversos regímenes contractuales	3
II. Sistemas establecidos en el estatuto general de contratación colombiano para la adquisición de bienes, obras y servicios.....	5
1. Licitación o concurso público.....	4
2. Contratación directa	5
La contratación directa determinada por la cuantía del contrato	7
III. Otros aspectos referidos a los sistemas de contratación en el régimen colombiano.	9
— La publicidad en las adquisiciones de bienes y servicios.....	9
Criterios de selección.....	10
Recursos de impugnación.....	10
Registros de contratistas.....	11
Autoridad rectora en materia contractual.	12
Los contratos de obra.	12
IV. Propuestas	13
En relación con la ley 80 de 1993 y sus reglamentos:	13
En relación con aspectos que no requieren reformas normativas	14

I. Introducción

En Colombia, la Constitución Política (artículo 209) establece que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de **igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**. En tal sentido, la adquisición de bienes y servicios, indispensable para el cumplimiento de los fines del Estado, debe realizarse conforme a los principios citados.

Entre las funciones que la Constitución atribuyó en forma expresa al Congreso, está la expedición del Estatuto General de la Contratación Pública (artículo 150). En desarrollo de esta competencia, fue promulgada la Ley 80 de 1993¹ que dispone las reglas y principios rectores de los contratos que celebran las entidades estatales y contiene, entre otras, regulaciones sobre su campo de aplicación, fines y principios de la contratación, inhabilidades e incompatibilidades para ofertar y contratar, contenido, forma e interpretación del contrato estatal, nulidad de los contratos, liquidación del contrato, control de la gestión contractual y solución de las controversias contractuales.

En la actualidad culmina su trámite en el Congreso de la República un proyecto modificador de la mencionada ley, mediante el cual se adoptan algunas medidas tendientes a fortalecer la transparencia y la eficiencia de la contratación estatal, el cual acaba de ser aprobado por la plenaria del Senado de la República. No obstante, debido a que al momento de elaboración de este escrito se surte el trámite de conciliación entre los proyectos aprobados por la Cámara de Representantes y el Senado de la República con el objeto de disponer de un texto único y que, por esta razón, no existe un texto definitivo, sólo es posible considerar

¹Publicada en el Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993

las disposiciones del mencionado proyecto como una eventualidad que señalaremos en cada caso que sea necesario^{1A}.

Los principios que consagra el estatuto general de la contratación pública vigente son:

1. Principio de transparencia (artículo 24)
2. Principio de economía (artículo 25)
3. Principio de responsabilidad (artículo 26)

Además, la Ley 80 de 1993 dispone que en la interpretación de las reglas contractuales se tengan en consideración "*los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos*" y establece el deber de **selección objetiva**

La ley (artículo 3º) consagra los **finés** de la contratación estatal desde la perspectiva del servidor público: i) el cumplimiento de los fines estatales; ii) la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; iii) la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines. Desde el punto de vista de los particulares que contratan con el Estado, los fines son: i) el logro de utilidades cuya protección garantiza el Estado; ii) la colaboración con las entidades estatales para alcanzar los fines asignados a éstas; iii) el cumplimiento de una función social que implica obligaciones

Es importante anotar que la Ley 80 de 1993 remite a la normatividad civil y comercial en todo aquello que no esté regulado particularmente por ella. Adicionalmente, en ejercicio de la potestad atribuida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el gobierno ha expedido varios decretos reglamentarios de diversos aspectos del estatuto de contratación, entre los cuales se destacan el decreto 679 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993; decreto 855 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley en materia de contratación directa; decreto 856 de 1994, por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio, modificado por el decreto 393 de 2002; decreto 92 de 1998, por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el Registro Único de Proponentes; decreto 2170 de 2002, por el cual se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan disposiciones en aplicación de la ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico; decreto 2434 de 2006 por el cual se dictan disposiciones sobre la publicación de información contractual por medios electrónicos

^{1A} Según el artículo 161 de la Constitución Política "Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, definirán por mayoría. Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto."

Una vez conciliado el proyecto aprobado en ambas cámaras, de acuerdo con los artículos 165 y 166 de la Constitución Política, pasará al Gobierno para su sanción. El Gobierno puede objetarlo por razones de inconstitucionalidad o inconveniencia, y cuenta con un plazo entre 6 y 20 días para formular dichas objeciones, caso en el cual devuelve el proyecto a la cámara en que tuvo origen.

Consideración previa: coexistencia de diversos regímenes contractuales

En principio, todas las entidades estatales están sujetas al cumplimiento del estatuto general de contratación. Sin embargo, además de la aplicación de las normas civiles y comerciales en materia de contratación, existen numerosas excepciones algunas de las cuales tienen su origen en disposiciones anteriores al Estatuto (Ley 80 de 1993) que conservan su vigencia; otras han sido establecidas por normas expedidas con posterioridad al mismo:

Entre expedidas con anterioridad al Estatuto se distinguen aquellas que mantienen su vigencia por disposición de la propia ley 80 de 1993, y las que la conservan en virtud de expresas disposiciones constitucionales. Entre estos grupos de excepciones se destacan:

- Los contratos que celebren las universidades públicas (artículo 69 de la Constitución. Régimen especial regulado por la Ley 30 de 1992, artículo 57, Ley 647 de 2001, artículo 1)
- Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales (Ley 80 de 1993, artículo 13)
- Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales competentes en el tema. (Ley 80 de 1993, artículo 76)
- Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social (Parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993)
- En cuanto a las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, no se rigen por el estatuto general los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen. (artículo 38 de la Ley 80 de 1993)
- Los contratos que celebre el Banco de la República² (Constitución Política, artículo 371, Ley 31 de 1992, artículo 3)

Entre las excepciones establecidas por normas expedidas con posterioridad al Estatuto de Contratación, se cuentan:

- Los contratos que celebren las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios (artículo 31 ley 142 de 1994, artículo 3 ley 689 de 2001)
- Los contratos que se requiera realizar para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria, que celebre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (artículo 54, ley 105 de 1993)

² Banca Central encargada de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno

- Los contratos que celebren las Empresas Sociales del Estado³ (artículo 195 ley 100 de 1993)

Como consecuencia de la existencia de la pluralidad de regímenes de contratación, numerosas entidades y numerosas actividades se rigen por normas especiales de contratación las cuales, por lo general, son dictadas por los propios entes beneficiarios del régimen excepcional, quienes frecuentemente son autorizados por la Ley para dictar sus reglamentos o estatutos internos de contratación. De esta manera, dichos organismos quedan facultados para determinar los procedimientos de selección, las cuantías o circunstancias que imponen el empleo de cualquiera de ellos y las excepciones a los mismos; los actos y actuaciones que deben ser objeto de publicación; la organización y funcionamiento de registros propios de proveedores y los eventos en que deben emplearse, etc.

El proyecto modificatorio de la ley 80 de 1993 no da respuesta adecuada a esta problemática pues al paso que –según el texto aprobado por el Senado de la República- somete al régimen general de contratación algunas entidades y actividades hasta ahora excluidas del mismo (Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo), excluye otras que debían acatar totalmente sus disposiciones (Escuela Superior de Administración Pública) o se hallaban sometidas a un régimen mixto (contratación de los establecimientos de crédito y entidades financieras estatales).

³ Mediante las cuales la Nación y las Entidades territoriales prestan directamente los servicios de salud

Sistemas establecidos en el estatuto general de contratación colombiano para la adquisición de bienes, obras y servicios

Hechas las anteriores precisiones, los sistemas de contratación vigentes en Colombia para la adquisición de obras, bienes y servicios son:

1. Licitación o concurso publico

La licitación pública (denominada concurso público cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados) es un procedimiento cuyo trámite se surte de acuerdo con las reglas definidas por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 en las contrataciones cuyo valor estimado es superior a la denominada "menor cuantía" (determinada en función del presupuesto de cada entidad) y en todos aquellos casos en los cuales la Ley no haya dispuesto otro procedimiento. Sus características son:

- Es un procedimiento que parte de una convocatoria pública y en el que pueden intervenir, en la forma establecida por las normas, tanto los participantes en el procedimiento como los terceros interesados y la ciudadanía a través de veedores ciudadanos que tienen las atribuciones señaladas por la Ley; por consiguiente, es un procedimiento basado en el principio de libre concurrencia o competencia;
- En virtud del principio de transparencia (artículo 24 de la Ley 80 de 1993), tanto el procedimiento de selección como la ejecución del contrato se desarrollan con sujeción a las prescripciones contenidas en los pliegos de condiciones los que constituyen la Ley del contrato;
- De acuerdo al principio de economía (artículo 25 de la Ley 80 de 1993) los trámites son los estrictamente indispensables para garantizar los derechos de los participantes y el interés de la administración y se realizan en plazos perentorios;
- También de conformidad con el principio de economía, es un procedimiento para cuya iniciación la ley exige que se hayan realizado los estudios, diseños y proyectos necesarios para determinar exactamente el objeto contractual y la forma de ejecutarlo; que se haya analizado y concluido sobre la conveniencia y oportunidad de la contratación; y que se cuente con una certificación sobre la existencia de recursos presupuestales para cumplir las obligaciones económicas que se deriven del contrato que se celebre. La omisión de esta fase preparatoria, de acuerdo con el principio de responsabilidad, hace incurrir al servidor público en falta gravísima sancionable disciplinariamente, según lo dispone el numeral 30 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; la entidad puede incurrir en responsabilidad patrimonial.
- Quienes intervienen en el procedimiento, esto es, la entidad contratante y sus servidores, los asesores, consultores e interventores, y el contratista responden penal, civil o disciplinariamente en la forma establecida por la ley (artículo 26)
- En aplicación del principio de transparencia, las actuaciones y los actos son públicos y los expedientes que se conforman están abiertos al público;
- También en desarrollo del mismo principio los actos expedidos con ocasión de la actividad contractual son motivados y susceptibles de impugnar administrativamente mediante el recurso de reposición excepto el acto de adjudicación y judicialmente mediante la acción contractual;

El proceso licitatorio y el concursal se desarrollan a través de las siguientes etapas:

1. Elaboración de los análisis de conveniencia y oportunidad, de los estudios técnicos necesarios y de los estudios de precios; obtención de las licencias y autorizaciones establecidas por la ley para la realización de la actividad que constituye el objeto del contrato, y de la certificación de disponibilidad presupuestal; elaboración del proyecto de pliego de condiciones
2. Publicación del proyecto de pliego de condiciones, sugerencias y observaciones a los mismos, realización de los ajustes que la entidad estime pertinentes.
3. Anuncio de los aspectos esenciales de la licitación en el Boletín de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio de la entidad contratante
4. Divulgación de la licitación o concurso mediante avisos en diarios de amplia circulación y, en defecto de éstos, en los pequeños poblados, mediante bando y avisos en lugares públicos
5. Apertura mediante acto administrativo motivado
6. Publicación de los pliegos de condiciones definitivos
7. Término para presentar propuestas. Durante el mismo es posible aclarar, precisar y modificar los pliegos de condiciones
8. Evaluación de propuestas, elaboración y publicación del informe evaluativo
9. Adjudicación mediante acto administrativo o en audiencia pública cuando lo ordenan los órganos de control fiscal.

2.- Contratación directa

No obstante que en desarrollo del principio de transparencia el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece que la escogencia del contratista se debe efectuar siempre a través de licitación o concurso públicos, la misma norma contempla numerosas excepciones a esta regla las cuales, a más de algunas otras dispersas en el texto de la ley, desvirtúan el postulado consistente en que la licitación pública es la regla general:

- a. **Contratos de menor cuantía.** Dependen del presupuesto anual de la entidad estatal contratante y se fijan en salarios mínimos legales mensuales⁴. Según las cuantías vigentes para 2007, las entidades ubicadas en el rango de mayor presupuesto (como los ministerios) pueden contratar directamente por montos inferiores a U\$ 216.850; las entidades con presupuesto anual reducido pueden celebrar en forma directa contratos de valor inferior a U\$ 27.106,25.
- b. Empréstitos.
- c. Contratos interadministrativos (acuerdos entre dos entidades estatales), con excepción del contrato de seguro.
- d. Prestación de servicios profesionales
- e. Ejecución de trabajos artísticos
- f. Contratos para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.
- g. Contratos de arrendamiento o adquisición de inmuebles
- h. Urgencia manifiesta, que debe ser declarada mediante acto administrativo motivado. El estatuto general de contratación establece en su artículo 42 que existirá urgencia manifiesta cuando *"la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten*

⁴ El salario mínimo colombiano en pesos, es de \$433.700, que en dólares equivale aproximadamente a U\$ 216,85

situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.”

- i. Declaratoria de desierto de la licitación o concurso.
- j. Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación.
- k. Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.
- l. Cuando no exista pluralidad de oferentes.
- m. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.
- n. Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud
- o. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, salvo los contratos de obra, prestación de servicios, consultoría, concesión y encargos fiduciarios o fiducia pública.

La Ley 80 de 1993, en el párrafo segundo del artículo 24, dejó al gobierno la tarea de expedir el reglamento de la contratación directa, el cual debe garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia y selección objetiva. En tal sentido, el procedimiento para celebrar los contratos contemplados en algunas de las excepciones mencionadas ha sido regulado en los decretos reglamentarios 855 de 1994 y 2170 de 2002, estableciendo por regla general la selección libre y directa del contratista.

La contratación directa determinada por la cuantía del contrato

Para la celebración de los contratos denominados por el literal a) del numeral 1º del citado artículo 24 como “menor cuantía”, existen dos sistemas de contratación o procedimientos de selección.

El primero es la **Contratación directa mediante convocatoria pública**, sistema que la normatividad vigente en forma incorrecta denomina “contratación directa”. Se emplea cuando el valor estimado del contrato a celebrar supera el 10% de la menor cuantía definida por la Ley en función del presupuesto de la entidad estatal y es inferior al tope de la menor cuantía aplicable a la entidad. Mediante este procedimiento, aplicando los principios del estatuto de contratación, las entidades seleccionan en forma objetiva la oferta más favorable para cumplir el objeto del contrato, teniendo en cuenta los fines de la contratación y los principios de la función administrativa consagrados en la constitución.

Las etapas de esta modalidad de contratación directa son:

- a. Elaboración de los estudios previos, obtención de licencias, autorizaciones y disponibilidad de recursos presupuestales
- b. Publicación de los proyectos de pliegos de condiciones, observaciones, ajustes y publicación de pliegos definitivos
- c. Convocatoria de los interesados en contratar
- d. Recepción de expresiones de interés

- e. Conformación de la lista de oferentes. Si el número de estos supera los 10, la entidad puede realizar un sorteo para escoger 10 proponentes que presentarán oferta en el proceso de selección
- f. Término para presentar ofertas, evaluación y adjudicación del contrato

Entre las características de este proceso, conviene destacar:

- No cuenta con plazos perentorios fijados por la Ley o el reglamento, con excepción de los relativos a la publicación del proyecto de pliego de condiciones y el pliego definitivo.
- El contenido mínimo de los términos de referencia es el fijado por el artículo 10 del Decreto 2170 de 2002 (objeto y características, presupuesto oficial estimado, plazo y forma de pago del contrato, factores de escogencia de la oferta y ponderación de los mismos, criterios de desempate, requisitos o documentos para la comparación de las ofertas).
- La convocatoria es pública, pero se puede limitar el número de participantes que puede presentar oferta

Algunos de los contratos cuyo contratista puede ser seleccionado en forma directa bajo la normatividad vigente a la fecha de elaboración de este documento, quedarán sometidos al procedimiento de convocatoria pública (selección abreviada) de aprobarse la reforma de la ley 80 de 1993 que actualmente cursa en el Congreso, según el texto expedido por el Senado de la República.

El otro sistema puede denominarse **Contratación directa mediante libre selección del contratista**, y está regulado actualmente por el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002. Se emplea en los casos en que el monto del contrato a celebrar es inferior al 10% de la menor cuantía establecida por la Ley en función del presupuesto de la entidad.

Podemos definirlo como la modalidad de contratación en la cual las entidades celebran el contrato tomando como única consideración los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas no obstante lo cual, de acuerdo con el artículo 24 parágrafo 2 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 2 del Decreto 855 de 1994, debe garantizarse el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, y el deber de selección objetiva.

Las características de este sistema son:

- Es un procedimiento cerrado, sustentado en una invitación a una única persona, seleccionada a discreción de la entidad contratante pero idónea y capaz para ejecutar el contrato
- La evaluación de la única oferta consiste en: i) verificación de las calidades y requisitos señalados para ejecutar el contrato; ii) comprobación de que el precio ofrecido concuerda con los precios del mercado; iii) constatación de que el bien, obra o servicio ofrecido coincide con el requerido por la entidad.

III. Otros aspectos referidos a los sistemas de contratación en el régimen colombiano.

La publicidad en las adquisiciones de bienes y servicios.

La Ley 80 de 1993 incluye disposiciones sobre la publicidad de los procesos contractuales, estableciendo la oportunidad para los interesados de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten. De igual forma, las actuaciones de las autoridades y los expedientes que las contienen son públicos. Sin embargo, el propósito de las normas (hacer más transparente la contratación) se ve afectado por la multiplicidad de regímenes contractuales ya señalada, en los cuales la publicidad está sujeta al criterio de cada entidad. También vale la pena aclarar que la contratación directa mediante libre selección del contratista, por regla general no goza de publicidad por ningún medio.

Los medios que la Ley reconoce como aptos para la publicidad de los procesos contractuales son:

- a. Los boletines mensuales de información de licitaciones que publican las Cámaras de Comercio (artículo 22.7 de la Ley 80 de 1993)
- b. La publicación de avisos en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad contratante, o en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión. (artículo 30 de la Ley 80 de 1993)
- c. Lectura por bando y fijación de avisos en lugares públicos (Artículo 30 de la Ley 80 de 1993)
- d. Sitio Web de la entidad contratante (artículos 1 y 2 del Decreto 2170 de 2002)
- e. Finalmente, la directiva presidencial 12 de 2002 creó el sistema electrónico integral de contratación estatal del cual hace parte un Portal Único de Contratación⁵ a través del cual el Estado interactúa con el público y ha sido objeto de regulación principalmente por el decreto 2434 de 2006. De acuerdo con el documento 3249 del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, el Portal Único de Contratación *"debe ser la puerta de entrada al Sistema, permitiendo no sólo acceder y mostrar la información que el mismo reúne, sino también proporcionar herramientas de gestión electrónica de contratación a las entidades que las requieran. En el Portal se encontrará información sobre la contratación que adelantan las entidades estatales del país, mostrando datos sobre cada uno de los procesos de selección que se encuentren proyectados o en curso, así como sobre la ejecución de los contratos celebrados."*

Las entidades sometidas al régimen general de contratación están obligadas a publicar en **portal único de contratación:**

1. los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia en los procesos de licitación o concurso público y en las denominadas contrataciones directas por convocatoria pública
2. las observaciones y sugerencias a dichos proyectos, con las apreciaciones de la entidad sobre las observaciones presentadas
3. el acto de apertura del proceso de selección, los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos y las aclaraciones, precisiones y modificaciones de los mismos incluyendo las solicitudes hechas por los participantes

⁵ Que se puede consultar en la URL www.contratos.gov.co

4. el acta de la audiencia pública para la realización de la conformación dinámica de la oferta en los procesos de contratación directa de menor cuantía, el informe de evaluación de las ofertas, el acto administrativo de adjudicación y el acta de la audiencia pública de adjudicación, el acto de declaratoria de desierta de los procesos de selección.
5. el contrato, las adiciones, modificaciones o suspensiones y la información sobre las sanciones que se impongan, la información relativa a entrega de informes y productos de los contratos, el acta de liquidación de mutuo acuerdo o el acto administrativo de liquidación unilateral, los contratos celebrados como consecuencia de la declaratoria de urgencia manifiesta, así como el acto administrativo que la declara.

A pesar de los esfuerzos realizados, mientras la Ley 80 de 1993 siga siendo sólo uno de los regímenes existentes, o mientras no se expidan normas que hagan obligatoria la publicidad de todos los procesos de contratación que involucren recursos públicos, con independencia del régimen al cual estén sometidos, una gran parte de las adquisiciones de bienes y servicios del Estado continuará siendo reservada y escapará al control de la sociedad civil.

Criterios de selección

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993 establece el deber de selección objetiva, el cual es exigible en todos los sistemas de contratación. Por tal se entiende la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta motivaciones subjetivas.

La Ley menciona los siguientes factores de escogencia:

- a. Al regular las licitaciones y concursos, la ley enuncia el cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, organización, equipos, plazo precio. Tanto los que la entidad determine para cada proceso de selección como su ponderación deben ser precisos y estar incluidos en los pliegos de condiciones. Una vez establecidos, la entidad debe ceñirse estrictamente a ellos para seleccionar el contratista.
- b. En la contratación directa, la ley dispone que el ofrecimiento escogido debe ser el más ventajoso para la entidad, luego del análisis previo a la suscripción del contrato. Más recientemente, el Decreto 2170 de 2002 dispuso que la adjudicación en los procedimientos iniciados por convocatoria pública se hace en forma motivada a la oferta que mejor satisfaga las necesidades de la entidad, de conformidad con los requisitos y los factores de escogencia señalados en los pliegos de condiciones, siempre que la misma sea consistente con los precios del mercado. Finalmente, reitera la contratación de servicios profesionales o la ejecución de trabajos artísticos, o los contratos para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, no requieren la obtención previa de varias ofertas, lo que implica que la selección se realiza a discreción de la Entidad.

Recursos de impugnación

Los recursos mediante los cuales se impugnan las decisiones expedidas con motivo u ocasión de la actividad contractual son de carácter administrativo o judicial.

Respecto de los primeros, por disposición del artículo 77 de la ley 80 de 1993, contra los actos administrativos sólo procede el recurso de reposición, el cual es definido por el Código Contencioso Administrativo (artículo 50) como aquel que se interpone ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque

Los recursos judiciales, por su parte, se ejercen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la acción contractual en virtud de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal puede pedir, entre otros, que se declare la existencia o la nulidad del contrato, se ordene su revisión, se declare su incumplimiento, se condene al responsable del incumplimiento a indemnizar los perjuicios ocasionados y, en general, que se hagan las declaraciones, restituciones y condenas que corresponda. No obstante, los actos proferidos antes de la celebración del contrato son impugnables mediante la interposición de la **acción de nulidad**⁶ o de la **acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho**⁷, según el caso.

Además de los recursos administrativos y judiciales, en virtud del principio de transparencia, durante el trámite de los procedimientos de licitación y concurso públicos se garantiza a los interesados la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual existen etapas que permiten el conocimiento de los informes evaluativos de las ofertas y la formulación de observaciones a los mismos. Dichas objeciones deben ser resueltas por el jefe de la entidad en el acto de adjudicación pudiendo dar como resultado la modificación de los puntajes y/o el orden de elegibilidad.

Registros de contratistas

La Ley 80 de 1993 en su artículo 22 creó el registro de proponentes, en el cual deben inscribirse todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles. De lo anterior, tenemos que para celebrar contratos de prestación de servicios o de concesión no se requiere estar inscrito en el Registro, ofreciendo dificultades la verificación de antecedentes de quienes aspiran a celebrar tales contratos.

El registro, que es público, es llevado por las Cámaras de Comercio con base en la autoclasificación por especialidades, grupos o clases y la autocalificación que hacen los inscritos con fundamento en su experiencia, capacidad financiera, capacidad técnica y capacidad de organización. El suministro de documentos o informaciones falsos para la inscripción, calificación o clasificación, ocasiona la cancelación del registro e inhabilita por diez años al proponente para contratar con el Estado.

También están sometidos a registro los precios de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra, en este caso el registro lo realizan las personas que aspiren a ser proveedores de la administración pública. Este Registro es independiente del que administran las Cámaras de Comercio, y es conocido como el Registro único de precios de referencia RUPR⁸. La consulta de este registro

⁶ Según el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, al interponer esta acción, se solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procede cuando el acto administrativo infringe las normas en que debería fundarse, cuando fue expedido por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

⁷ De acuerdo con el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con esta acción la persona afectada pide que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; y si es del caso también puede solicitar que se le repare el daño

⁸ Este registro hace parte del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE

es un requisito legal para la ejecución de los planes de compras de las entidades estatales.

Autoridad rectora en materia contractual.

En 2004, mediante el Decreto 3620, se creó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública⁹, con el objeto de asegurar la coherencia y la coordinación de las actividades de las entidades en materia de contratación; proponer la adopción de políticas orientadas a la reducción de los costos de operación y transacción de las entidades; formular medidas encaminadas a fortalecer la transparencia y visibilidad y proponer parámetros orientadores de una adecuada gestión contractual pública; formular directrices para el fortalecimiento de la planeación contractual a partir de la evaluación y monitoreo de la gestión contractual por indicadores; definir parámetros para la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica.

Considerando la naturaleza de la Comisión¹⁰, sus pronunciamientos no tienen fuerza vinculante, y está limitada a la formulación de recomendaciones y lineamientos de política que tendrá en cuenta el gobierno al momento de reglamentar el régimen contractual vigente, o proponer reformas al régimen existente.

Así, no existe una autoridad rectora que pueda expedir regulación o que se encargue de administrar y consolidar los sistemas de información de la contratación pública, incluyendo los registros de contratistas, o que dicte los lineamientos para la interpretación de las normas de contratación. Son limitadas las herramientas con las que cuenta la Comisión, que no tiene autonomía presupuestal, personería jurídica ni patrimonio propio.

Los contratos de obra.

Los procedimientos establecidos (licitación o contratación directa en cualquiera de sus modalidades) se aplican indistintamente a los contratos de compra de bienes y servicios, los contratos de consultoría y los contratos de obra. Estos últimos son *definidos por la ley 80 de 1993 como los que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.* Cuando se celebran como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría debe contratarse con una persona independiente de la entidad y del contratista.

⁹ La información sobre las actividades de la Comisión puede ser consultada en el Portal Único de Contratación, www.contratos.gov.co

¹⁰ Artículo 45 de la Ley 489 de 1998: *“El Gobierno Nacional podrá crear comisiones intersectoriales para la coordinación y orientación superior de la ejecución de ciertas funciones y servicios públicos, cuando por mandato legal o en razón de sus características, estén a cargo de dos o más ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas, sin perjuicio de las competencias específicas de cada uno de ellos.*

El Gobierno podrá establecer la sujeción de las medidas y actos concretos de los organismos y entidades competentes a la previa adopción de los programas y proyectos de acción por parte de la Comisión Intersectorial y delegarle algunas de las funciones que le corresponden.

Las comisiones intersectoriales estarán integradas por los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de los organismos y entidades que tengan a su cargo las funciones y actividades en referencia.”

IV. Propuestas

Transparencia por Colombia ha promovido la realización de un estudio sobre el régimen de contratación vigente, enfocado a identificar los problemas derivados del marco normativo y aquellos que podrían considerarse como de carácter estructural. El documento se discutió en una mesa de trabajo realizada el 8 de mayo de 2007 en Bogotá D.C., con la participación de reconocidos expertos en el tema de contratación pública, los parlamentarios ponentes de la reforma a la Ley 80 de 1993, los responsables del área de compras públicas en entidades estatales del orden nacional, y representantes del sector privado que han sido y son proveedores de la administración.

Teniendo como presupuesto la subsistencia y persistencia de los problemas de la contratación pública desde la perspectiva de los riesgos de corrupción, no obstante los esfuerzos normativos realizados, la Mesa formuló, entre otras, las siguientes recomendaciones:

En relación con la ley 80 de 1993 y sus reglamentos:

- i. Recuperar el carácter general del Estatuto de Contratación. En lugar de incluir procedimientos detallados, propios de los decretos reglamentarios que se expidan, las disposiciones que se lleguen a aprobar deben buscar que todas las entidades públicas, sin importar el régimen especial de contratación que les haya atribuido la Ley, observen y apliquen los principios generales de la Ley 80 de 1993, sin hacer distinciones en aspectos como la cuantía o la modalidad del contrato. Incluso en los casos de libre selección del contratista, se deben respetar estos principios. Tal y como se anotó, el texto de la reforma aprobada por el Senado de la República mantiene la multiplicidad de regímenes existentes e, incluso, incrementa las excepciones al régimen general

- ii. Garantizar la interacción y actualización entre el portal único de contratación, el sistema de vigilancia de la contratación estatal y el registro de proponentes. El proyecto de reforma aprobado por el Senado contempla la creación del **Sistema Electrónico para la Contratación Pública** como un instrumento de apoyo a la gestión contractual pública, que permitirá la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control, e integrará los sistemas de información y control que involucran la gestión contractual pública, tales como: el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal, el Portal Único de Contratación y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, Sice, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

- ii. Modificar las disposiciones de la Ley 80 de 1993 que se han prestado para obviar la selección objetiva, como la contratación

interadministrativa con universidades públicas, con cooperativas y asociaciones de municipios, y los contratos con organismos de cooperación internacional. Se anota, no obstante, que el proyecto de reforma aprobado por el Senado de la República impone limitaciones a estas clases de contratos, lo que permite esperar la eliminación de los riesgos de corrupción generados por esta causa desde la expedición de la ley 80 de 1993

- iii. Visibilizar la contratación directa de las entidades sometidas a la ley 80 de 1993 y, en forma más general, la contratación de las entidades excluidas del régimen de la ley. Incluso sin una reforma legal, la facultad reglamentaria del Gobierno puede señalar la obligatoriedad de hacer públicos la totalidad de documentos, trámites y actuaciones precontractuales y contractuales, independientemente del tipo de contrato, su cuantía y las circunstancias particulares del proceso. Salvo cuando la Ley disponga en forma expresa la reserva del proceso, no tiene justificación alguna que la contratación directa, con mucho el procedimiento más utilizado, siga siendo invisible para la ciudadanía.

En relación con aspectos que no requieren reformas normativas

- i. Procurar que las reglas de juego sean objetivas en la fase precontractual, evitando que se incluyan condiciones accesorias que no están ligadas al cumplimiento del objeto del contrato, y que usualmente sólo buscan garantizar la selección del proponente que las cumple. De igual forma, en el periodo de ejecución del contrato, las modificaciones al mismo sólo deben permitirse en los casos en que varíen las condiciones existentes al momento de celebrarlo, siempre y cuando dichos cambios no hayan podido ser razonablemente previstos por las partes. Un control fiscal y social efectivo incidiría en la eliminación de prácticas contrarias a la selección objetiva, fácilmente verificables pero difícilmente tipificables o sancionables.
- ii. Fomentar la cultura de la legalidad en la formación académica, mediante proyectos piloto o acciones puntuales dirigidas a la niñez y la adolescencia
- iii. Fortalecer los organismos de control, lo que no quiere decir hacerlos más estrictos, sino reformar los mecanismos para la selección de funcionarios y mejorar la gestión, que debe enfocarse a la detección de las conductas más dañinas en términos de corrupción, sin dejar a un lado la divulgación de la labor de estos organismos y la generación de mejores prácticas, con el fin de coadyuvar en la prevención de actos de corrupción.
- iv. Incentivar las conductas íntegras, creando las condiciones que estimulen la buena gestión en los procesos contractuales mediante la inclusión de prescripciones de este tipo en los pliegos de condiciones, con el objeto de reconocer a las empresas que han implementado códigos de ética o programas anticorrupción dirigidos a sus empleados y directivos
- v. Optimizar los procesos de selección, capacitación y formación del recurso humano estatal asignado a las áreas de contratación. Se deben

promover acciones encaminadas al mejoramiento de la gestión de estas dependencias, protegiéndolas de las presiones de contratistas o de funcionarios de la entidad y dotándolas de las herramientas necesarias (recurso humano calificado, soporte tecnológico y jurídico, instancias de consulta) para minimizar los riesgos de corrupción. Por supuesto, la formación del recurso humano de los organismos que vigilan la contratación también se requiere para el fortalecimiento de los controles mencionado en un punto anterior.

- vi. La total financiación estatal de las campañas electorales y el voto obligatorio son considerados como los instrumentos aptos para modificar el escenario político vinculando servidores probos y para reducir los riesgos de corrupción debidos a la recuperación de los recursos invertidos y a las alianzas de los actores políticos con los grupos armados al margen de la ley. Dado que estas medidas van en contra de algunos sectores, las reformas necesarias sufren permanentes entorpecimientos.

El documento construido como resultado de la Mesa de Trabajo hace parte de los anexos de este escrito

ANEXO

ESTADÍSTICAS RELEVANTES

Las estadísticas presentadas en este documento han sido tomadas del estudio "Construcción del Universo de Referencia de la Contratación"¹¹, realizado por el consultor del Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP Juan Pablo Garzón, entre agosto de 2005 y marzo de 2006, bajo la dirección y supervisión de la consultora Salomé Naranjo, el cual consiste en una base de datos de contratos suscritos por 587 entidades públicas¹² en la vigencia 2004 cuyo valor a precios corrientes asciende a \$20.4 billones.

Se anota que del total de las 1615 entidades, 280 (17.3%) gozan de regímenes especiales para su gestión contractual y, de estas últimas, 174 (10.8% del total) son del orden nacional y 106 (6.6% del total) territorial.

El valor total de la contratación de las entidades con régimen especial y de aquellas sujetas al régimen general es similar alcanzando cada grupo una suma cercana a los 10 billones de pesos. Lo cual significa que aproximadamente el 50% de los recursos públicos susceptibles de contratar son ejecutados mediante contratos por las entidades beneficiarias de regímenes especiales de contratación, por lo general establecidos por ellas mismas.

Del valor total de la contratación de las entidades estatales sólo una tercera parte (1/3) se adjudica previa licitación. Las dos terceras partes restantes se contratan mediante procedimientos de contratación directa.

¹¹ Según se lee en el estudio, la rendición de la cuenta anual de la Contraloría general de la República es la principal fuente de información del universo, seguida por la Veeduría del Distrito Capital de Bogotá y por las entidades territoriales

¹² Aún cuando el universo total se integra con 1615 entidades, las escogidas alcanzan un 80% de la contratación pública total

Contratos suscritos por las entidades públicas, año 2004

**Número de registros y valor contratos, según tipo de régimen y modalidad de contratación(1)
Valores en millones de pesos**

Modalidad	Sin régimen especial		Con régimen especial		Total	
	Valor	Registros	Valor	Registros	Valor	Registros
Directa(2)	5,418,140	57,953	7,068,733	71,791	12,486,874	129,744
Convenio	965,139	3,513	637,927	52	1,603,066	3,565
Licitación	2,756,823	2,794	1,820,575	1,922	4,577,399	4,716
No clasificable(3)	1,030,619	18,804	686,087	4,130	1,716,706	22,934
Total	10,170,721	83,064	10,213,323	77,895	20,384,044	160,959

(1) La modalidad de contratación corresponde a la reportada por las entidades a las deferentes fuentes de información

(2) La contratación directa incluye a las entidades de régimen especial.

(3) No clasificable incluye tanto los errores de digitación como la ausencia de información.

Fuente: Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP - Universo de referencia de la contratación 2004.

Las entidades estatales con régimen especial ejecutan aproximadamente el 69% del valor total de la contratación mediante procedimientos de contratación directa, porcentaje al cual debe agregarse un 6% de convenios (que también se contratan directamente) para un total del 75% de los recursos contratados a discreción de la entidad y sólo un 17% mediante procedimientos públicos como la licitación. Esta también se halla facultada para decidir si hace pública o no la contratación y en cuales eventos.

Por su parte, las entidades sujetas al régimen general de contratación, ejecutan aproximadamente el 64% mediante procedimientos de contratación directa y sólo el 27% previa licitación pública

Contratos suscritos por las entidades públicas, año 2004

Distribución porcentual del valor y número de contratos según modalidad

Modalidad	Sin régimen especial		Con régimen especial		Total	
	Valor	Registros	Valor	Registros	Valor	Registros
Directa(2)	53.3%	69.8%	69.2%	92.2%	61.3%	80.6%
Convenio	9.5%	4.2%	6.2%	0.1%	7.9%	2.2%
Licitación	27.1%	3.4%	17.8%	2.5%	22.5%	2.9%
No clasificable(3)	10.1%	22.6%	6.7%	5.3%	8.4%	14.2%
Total	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

(1) La modalidad de contratación corresponde a la reportada por las entidades a las deferentes fuentes de información

(2) La contratación directa incluye a las entidades de régimen especial.

(3) No clasificable incluye tanto los errores de digitación como la ausencia de información.

Fuente: Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP - Universo de referencia de la contratación 2004.

En el nivel territorial, cerca del 57% de la contratación es directa pues a la denominada directa en estricto sentido, hay que acumular la correspondiente a los convenios que también se contratan directamente.



PROYECTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



Contratos suscritos por las entidades públicas, año 2004

Distribución Valor contratos por modalidad(1), según nacional/territorial

Modalidad	Presupuesto de la entidad			Total
	Nacional	Territorial		
Directa(2)	81.8%	18.2%		100.0%
Convenio	61.4%	38.6%		100.0%
Licitación	74.7%	25.3%		100.0%
No clasificable(3)	39.9%	60.1%		100.0%
Total	75.1%	24.9%		100.0%

(1) La modalidad de contratación corresponde a la reportada por las entidades a las deferentes fuentes de información

(2) La contratación directa incluye a las entidades de régimen especial.

(3) No clasificable incluye tanto los errores de digitación como la ausencia de información.

Fuente: Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP - Universo de referencia de la contratación pública, año 2004.

Las entidades con altos presupuestos, debido a que los rangos establecidos para señalar las modalidades de selección de contratistas dependen del presupuesto de las entidades, contratan cerca del 87% de los recursos directamente; el porcentaje se reduce al 73% (incluyendo el porcentaje correspondiente a convenios) en las entidades con presupuestos medianos; las entidades con bajos presupuestos contratan directamente el 68% de los recursos aplicados a la contratación



PROYECTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA



Contratos suscritos por las entidades públicas, año 2004

Distribución del número de contratos por nivel de presupuesto(2), según modalidad(1)

Modalidad	Presupuesto de la entidad				Total general
	Alto	Medio	Bajo	Sin información	
Directa(3)	86.8%	68.3%	68.3%	77.0%	80.6%
Convenio	1.2%	5.6%	0.1%	0.0%	2.2%
Licitación	3.0%	2.7%	2.7%	3.3%	2.9%
No clasificable(4)	9.0%	23.4%	29.0%	19.7%	14.2%
Total	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

(1) La modalidad de contratación corresponde a la reportada por las entidades a las deferentes fuentes de información

(2) Presupuesto alto mayor a 1.200.000, medio entre 120.000 y 1.200.000; y bajo menor a 120.000 SMMLV de 2004

(3) La contratación directa incluye a las entidades de régimen especial.

(4) No clasificable incluye tanto los errores de digitación como la ausencia de información.

Fuente: Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP - Universo de referencia de la contratación pública, año 2004.

Fuentes

"COLOMBIA: Informe del Diagnóstico de la Adquisiciones del País"
CPAR Update Report 28 de julio 2005
Documento del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo

"Agendas Ciudadanas para la lucha contra la corrupción, niveles nacional y territorial"
Contraloría General de la República - Embajada Real de los Países Bajos

"Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada"
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
2004. ISBN 92-1-333350-1

"Política de contratación pública para un Estado Gerencial."
Documento Conpes 3249. 20 de octubre de 2003.

"Informe sobre convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional 1998-2002"
Contraloría General de la República
Colección Análisis Sectorial y de Políticas Públicas

"Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal –SICE– y Portal Único de Contratación"
Cuaderno de Transparencia numero 12. Corporación Transparencia por Colombia.
ISSN: 1657-7736

"Probidad III. Encuesta empresarial sobre corrupción y probidad en el sector público"
Documentos de Coyuntura Número 10. Julio de 2004.
Confecámaras – Departamento Nacional de Planeación. ISBN 958-96775-0-9

"Aproximación Teórica y Práctica al estudio e identificación de riesgos de corrupción." Banco Mundial – Departamento Administrativo de la Función Pública.
Bogotá, junio de 2000.

"Sobre el papel y la naturaleza de la corrupción en Colombia"
Luis Jorge Garay S.
Documento presentado en el Foro de Lucha contra la Corrupción, Gobernabilidad y Desempeño Institucional, realizado en Bogotá el 21 de marzo de 2002

"Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública"
Departamento Nacional de Planeación. Diciembre de 2004