

# Contratación estatal: ¿reina la incertidumbre?

JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ\*

Tal vez la más esperada de las reformas legales del año 2007 fue la del Estatuto General de la Contratación Pública contenido en la Ley 80 de 1993. Desde su entrada en vigencia en 1994 y al tiempo que se expedían sus decretos reglamentarios, empezaron los anuncios de reforma. Trece años después y luego de varios intentos fallidos, el Congreso de la República aprobó la Ley 1150 de 2007 cuya entrada en vigencia, con excepción de dos artículos (9.º y 17) que tuvieron vigencia inmediata, se produjo el pasado 16 de enero de 2008.

A pesar de los esfuerzos, en nuestra opinión, el resultado no fue el mejor. Y no es que seamos reacios al cambio o defensores a ultranza de la Ley 80 de 1993, que como toda obra humana era imperfecta y susceptible de ser mejorada. Lo que ocurre es que el Congreso, una vez más, hizo una tarea pobre, dejó en manos de nuevos expertos la estructuración de la ley y le entregó al Ejecutivo, por la vía de la reglamentación, amplísimas facultades para ocuparse de los más diversos temas. La tridivisión de poderes sufrió un duro golpe y terminó el Ejecutivo haciendo la ley con la que va a contratar. Vale recordar que en 1993 el único tema que se autorizó reglamentar al Ejecutivo fue el relativo a la contratación directa.

Esta vez la bandera que ha motivado todas las reformas a las normas de contratación pública, la lucha contra la corrupción, se camufló con el ropaje del robustecimiento de la eficiencia y la transparencia. Pero la normativa que pretende hacer más ágil y eficaz la contratación estatal ha generado un ambiente de desconfianza. Por cuenta de las múltiples interpretaciones que del texto legal y reglamentario están haciendo los operadores jurídicos, durante el primer semestre de vigencia de la ley se ha vivido un verdadero caos en la contratación pública. De modo que aunque es prematuro hacer balances acerca de la efectividad de la reforma, podemos afirmar que por lo pronto no se ven cumplidos los propósitos

\* Profesor de Contratación Estatal del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

que la motivaron. Es opinión unánime entre los servidores públicos que los trámites más simples, como por ejemplo las contrataciones de mínima cuantía, son hoy, por cuenta de los vacíos y las interpretaciones, engorrosos procedimientos que desgastan a la administración pública.

Sus treinta y tres artículos son una verdadera colcha de retazos. Se abordan temas relevantes y estructurales como los criterios para determinar cuándo la selección de un contratista del Estado es objetiva (art. 5.º), la evaluación de las ofertas y el fortalecimiento del RUP (art. 6.º) y la definición de una nueva modalidad de selección, la selección abreviada (art. 2.º) y la definición y distribución de los riesgos previsibles (art. 4.º). Y al mismo tiempo se regulan temas tan intrascendentes como el del derecho de turno para el pago de las cuentas que presentan los contratistas (art. 19) y se reviven varias disposiciones reglamentarias que habían sido anuladas por el Consejo de Estado por exceso en las facultades del Ejecutivo. También se incluyeron normas relativas a las entidades sometidas al estatuto (arts. 20, 24, 25 y 26) y otras con un evidente tinte político, como las que se ocuparon de las prórrogas de los contratos de concesión (arts. 27 y 28), que muy poco impactan la dinámica de la contratación pública y en nada contribuyen a su eficiencia y transparencia.

El Decreto reglamentario 066 de 2008 que expidió el Gobierno nacional, lejos de hacer efectiva la aplicación de la ley, aumentó la confusión. Basta con hacer una revisión comparativa de los procesos anunciados en el portal de contratación estatal en lo que va corrido del año 2008 frente a lo acontecido en el mismo periodo del 2007, para concluir que ante las dudas en la interpretación de las normas, y la falta de preparación, capacitación y herramientas para aplicarlas, los funcionarios han optado por esperar a que se decante el alcance de las nuevas disposiciones y han retrasado la ejecución de sus presupuestos. Ni siquiera las normas del decreto —que, dicho sea de paso, contiene varias disposiciones que sin duda constituyen excesos evidentes en la facultad reglamentaria, como las relativas a la suspensión de la licitación y la revocatoria directa de acto de apertura— han resultado de fácil comprensión y aplicación para los ordenadores del gasto.

No ha sido fácil para las entidades estatales definir los riesgos previsibles que puedan afectar la contratación. En los estudios previos y pliegos de condiciones hemos visto consignadas las más absurdas tesis por cuenta de la falta de ilustración sobre la materia. Se hace necesario y urgente expedir un decreto que se ocupe del tema con claridad y que de paso precise que, a pesar de la obligación de definir y distribuir los riesgos, el restablecimiento del equilibrio económico sigue siendo un derecho de los contratistas y una obligación de las entidades del Estado. Tampoco ha sido fácil determinar los criterios de evaluación. Definida la experiencia como factor habilitante y no ponderable, las entidades no han podido establecer criterios serios para medir la calidad, que junto con el precio, son los dos únicos factores a los que se les puede adjudicar puntaje en los procesos de selección por licitación pública. De nuevo estamos viendo pliegos patológicos en los que se

califica la descripción de procedimientos y se asigna puntaje con criterios eminentemente subjetivos, volviendo a etapas ya superadas. Además, lejos de evitarse el direccionamiento de los procesos con el denominado sistema de "pasa no pasa", la discrecionalidad de quien confecciona el pliego para señalar los mínimos habilitantes de conformidad con lo que considere "adecuado y proporcional" ha dejado abierta las puertas a la corrupción.

Ni siquiera el novedoso sistema de las subastas y del precio como único criterio para evaluar las ofertas cuando se trata de selecciones abreviadas para adquirir elementos de características técnicas uniformes ha sido fácil de operar. La falta de plataformas informáticas ha forzado la realización de subastas presenciales que han permitido ahorros significativos para el erario, pero cuya eficacia aún no está verificada. Los contratos adjudicados por este sistema están en ejecución y no sabemos si se hará realidad la máxima de que "lo barato sale caro". Hubiera sido mucho mejor calificar en este tipo de ofrecimientos, además del precio, la mayor garantía ofrecida. Algunos temen que el sistema de subasta inversa no sólo dé lugar a numerosos contratos incumplidos y a la adquisición de productos de mala calidad, sino que pueda facilitar el lavado de activos.

El tiempo nos dirá si tenían la razón. Son, pues, innumerables los temas que han generado comprensibles confusiones y que hacen que hoy el tema de la contratación estatal represente muchos más riesgos para sus actores que antes de la reforma. Todavía no se conocen las interpretaciones de los organismos de control sobre las nuevas normas, y pasarán años antes de que el Consejo de Estado tenga la oportunidad de ocuparse de ellas.

Faltan muchos temas por reglamentar: los riesgos previsible, las garantías del contrato, el RUP y sus calificaciones, la promoción de la competencia, los acuerdos marco, etc. Por lo pronto, se anuncia un nuevo decreto que pretende corregir los "errores" del Decreto 066. De modo pues que no es ni alarmista ni exagerado sostener que reina la incertidumbre entre los actores de la contratación pública, que la ejecución del gasto ha sufrido un duro retraso y con ella la satisfacción de los intereses de los asociados, fin último de la contratación pública. Muchos han empezado a añorar la anterior normativa acogidos a la sentencia popular que señala que "es mejor malo conocido que bueno por conocer", y la verdad, si los funcionarios no estudian con juicio la nueva ley y los reglamentos no hacen las aclaraciones que se requieren, la confusión seguirá reinando y pronto se volverá a hablar de una nueva reforma a la ley de contratos estatales.

