

[ABC de la reforma al Sistema de Compra Pública \[1\]](#)

[Camilo Pérez Portacio \[2\]](#)



Abogado – Consultor Independiente

- [Leer más sobre Camilo Pérez Portacio \[2\]](#)

ABC de la reforma al Sistema de Compra Pública

Antes de manifestar en líneas generales algunas consideraciones es importante advertir la preocupación que surge por el momento actual de la legislatura venidera y las especiales condiciones que vive el país.

11/07/2016

Resulta interesante entrar a revisar lo que puede denominarse “*exposición de motivos*” y el articulado propuesto del proyecto que reforma el estatuto general de contratación de la administración pública que rige el Sistema de Compra Pública, y encontrarse frente a un compendio de justificaciones, razonamientos y fundamentos que persiguen cubrir la necesidad de una reforma integral que, entre otros muchos motivos, corrija situaciones que en los más de veinte (20) años de vigencia de la [Ley 80 de 1993 \[3\]](#) y sus modificaciones, han impactado de forma negativa los procesos de compra de las entidades del Estado.

Antes de manifestar en líneas generales algunas consideraciones sobre los tres capítulos I. Antecedentes; II. Propósito (con sus 19 literales); III. Estructura del articulado, y los 13 capítulos y disposiciones finales del articulado, es importante advertir la preocupación que surge por el momento actual de la legislatura venidera y las especiales condiciones que vive el país ante temas como la materialización de los acuerdos de La Habana, todo lo referente al post conflicto, la anunciada reforma tributaria estructural y un sin número de proyectos de orden legislativo que sin duda pueden rezagar la importante iniciativa que nos ocupa.

En primer lugar, se debe resaltar que se trata de un proyecto vanguardista, que su aprobación sin duda revolucionará las compras públicas en **Colombia**, en todos los niveles de la administración, e impactará, esperamos que, de forma favorable, en la dinámica económica y social del país.

De la lectura general del proyecto surge una primera **inquietud conceptual**, y es precisamente, donde se ubica el **Sistema de Compra Pública**, es decir, si en un todo es función administrativa o, como lo señala el articulado, solo algunos aspectos encuadran en tal definición. Este aspecto es de tal relevancia al punto que, según las cifras que describen los motivos y las citas de varios autores especializados en asuntos económicos que contiene el proyecto, la contratación pública o compras públicas son el mecanismo idóneo por naturaleza para ejecutar los recursos públicos; siendo así, como desligar tan importante propósito del concepto de función administrativa y de los principios de orden constitucional que para dicha institución define el artículo 209 de la Carta. No es un tema menor, seguramente se abrirá el debate académico y jurisdiccional en su momento para definirlo, por ahora simplemente lo dejamos planteado.

De los antecedentes del proyecto, en concordancia con las disposiciones finales del articulado y el propósito desarrollado en el literal R de la motivación, se desprende la intención loable del proyecto en el sentido de reivindicar la idea de contar con un estatuto contractual aplicable a todo el aparato estatal, es decir, **establecer un**

punto final a los regímenes especiales o de excepción que la legislación introdujo con posterioridad a la Ley 80 de 1993, desnaturalizando la finalidad de la misma. De igual forma, extraer del desarrollo legislativo situaciones casuísticas que, también con posterioridad a la expedición de la citada ley, desconocieron la idea original de contar con una norma de principios y reglas generales. El proyecto busca la simplificación y actualización de la normativa, más que actualización sería corrección, 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. Logrando esto, el avance será significativo.

El propósito de cada uno de los aspectos más relevantes del proyecto quedó plasmado en los literales A a S de la motivación, de la mano con la finalidad general de tener un único cuerpo normativo que será simple y flexible para adaptarse a nuevas tecnologías y necesidades. En ese orden de ideas, para una mejor comprensión del presente documento, omitiremos pronunciarnos frente a lo señalado por Colombia Compra Eficiente, para entrar de una vez a revisar aspectos del articulado que consideramos trascendentales.

El primer capítulo desarrolla el objeto y aplicación de la ley, despejando dudas de la legislación anterior en el sentido de no entrar a definir entidades, servidores y servicios públicos, con un criterio orgánico, sino por el contrario, precisar unos destinatarios y ligarlos a un elemento fundamental como es, la naturaleza de los recursos que se ejecutan en el proceso de abastecimiento. El catálogo de excepciones recoge las que resultan lógicas, precisando que, si bien no se aplican en dichos procesos las reglas de la ley, si deberán emplear los principios. La capacidad abre la puerta a figuras novedosas, incluso atípicas, que permitan la celebración y ejecución de negocios jurídicos, brindando al respecto una mayor flexibilidad a la hoy vigente en la materia.

En el siguiente capítulo encontramos una definición nueva en nuestro ordenamiento jurídico contractual, referida al Sistema de Compra Pública, lo que realza la estructura ejecutora del gasto público en todos los niveles. De igual forma, se describen y desarrollan los principios que orientan el Sistema, elevando a tal la planeación que no era expreso en Ley 80 y cuyo desarrollo había sido jurisprudencial; vinculando otros del 209 constitucional, e incluyendo la competencia y la sostenibilidad e innovación en este rango. En cuanto a las definiciones se avanza con claridad en la delimitación conceptual de figuras que su aplicación es de común ocurrencia en las compras del Estado, no obstante, se dejaron por fuera definiciones importantes como la de urgencia manifiesta que, si bien se mantuvo más adelante como causal para contratación directa, su definición no figura en el proyecto de reforma.

Los **aspectos generales desarrollados** en el aparte siguiente, reiteran el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad en las compras públicas, así como la aplicación de las disposiciones civiles y comerciales en lo no regulado de forma expresa por la ley. En materia de gestión de riesgos contractuales, se desarrolla el tema recogiendo con ello toda la teoría desarrollada sobre ecuación contractual y equilibrio económico de los contratos, para dejar en manos de las partes, frente a la ocurrencia de riesgos no previstos o imprevisibles en un contrato de ejecución sucesiva que agrava las prestaciones a cargo de una de las partes de forma que estas resultan excesivamente onerosas, la solución y el ajuste del valor de las prestaciones afectadas cumpliendo los principios establecidos en la ley o terminando el contrato; si el acuerdo no se logra acudirán al juez del contrato. Se desarrolla con mayor claridad a la vigente actualmente, lo atinente a nulidades absolutas y relativas, así como su declaración y efectos. Se vincula, con rango legal, la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones al proceso de compras públicas.

De los poderes exorbitantes pasamos a las cláusulas excepcionales y ahora vamos para las facultades especiales, en cada reforma se ha limitado el ejercicio por parte del Estado de poderes que otrora le otorgaban una posición de privilegio frente al contratista, se observa que de forma expresa el articulado propuesto resalta que se adoptarán mediante acto administrativo susceptible de recurso de reposición y que implican el ejercicio de función administrativa. En cuanto a los efectos de su declaratoria, distintos a los señalados en la ley, se precisa que sólo la caducidad los genera y no configura prohibición sobreviniente.

En materia de prohibiciones y conflictos de interés, se compilieron las inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual que de forma dispersa se encontraban en varios textos legales, precisando su alcance y destinatarios e incluyendo algunas controvertidas del Estatuto Anticorrupción, como la referida a las interventorías en las entidades donde se ejecutan contratos de obra. Se observa un esfuerzo por describir y establecer conductas colusorias, y cerrar la llamada *"puerta giratoria"* de servidores públicos durante el año siguiente a su gestión como directivos y asesores en entidades estatales. No obstante, consideramos que se está desaprovechando la oportunidad de ser más rigurosos en la definición del conflicto de interés, limitándose la reforma a señalar la existencia del mismo a cuando hay una contradicción entre el interés general y el interés

particular del servidor público, para dejar en manos de Colombia Compra Eficiente la definición de lineamientos para el manejo de la figura.

Del control fiscal es poco lo que se puede decir, no hay cambio sustancial, mantiene el control posterior en desarrollo de la disposición constitucional y señala como parámetro los nuevos principios que desarrolla la reforma.

El capítulo siete es de lo más relevante del proyecto, no sólo elimina el RUP y lo reemplaza por el Directorio de Proveedores, sino, que asigna la administración del mismo a Colombia Compra Eficiente, lo que quiere decir que, las Cámaras de Comercio serían las grandes afectadas, toda vez que perderían un importante protagonismo además de ingreso económico derivado de su no participación en el sistema de compras públicas. Resultan acertadas las facultades sancionatorias otorgadas a Colombia Compra Eficiente para los casos de inconsistencia en los registros, no obstante, el proyecto pudo empoderar mucho más a la entidad en otros aspectos.

El octavo aparte desarrolla el contrato, en cuanto a contenido, perfeccionamiento y requisitos de ejecución no se presentan cambios de fondo, se hacen precisiones entorno a lo que hoy rige. En materia de anticipos y pago anticipado hay dos aspectos a resaltar, bajan del cincuenta por ciento (50%) al treinta por ciento (30%) su valor tope de entrega, precisando además los contratos en los que pueden pactarse, los anticipos se reservan para los de ejecución sucesiva y los pagos anticipados para los de ejecución instantánea. De su manejo se precisan aspectos que ya hoy tienen vigencia sobre la garantía y la fiducia. Sobre garantías, se mantiene la de seriedad de oferta y la de los riesgos del contrato según lo reglado en la ley, dejando en manos del Gobierno Nacional la tipología de garantías que las entidades podrán exigir. La modificación de los contratos es tratada como adición en valor, limitándola al veinticinco por ciento (25%) del valor inicial, cumpliendo con unos parámetros de idoneidad, conducencia, necesidad y proporcionalidad; se desaprovecha el artículo para tratar las prórrogas del plazo de ejecución contractual, situación que claramente modifica las condiciones originalmente pactadas. Lo referente a multas anticipa una polémica, pasan a ser sanciones, pero su imposición es unilateral; en un Estado garantista como el nuestro no se observa posibilidad de que se logre imponer una sanción desconociendo lineamientos de debido proceso que goza de rango constitucional. Sobre cesión y subcontratación no hay nada diferente a lo que aplica hoy, ambas requieren autorización de la entidad contratante y surtirse bajo unos parámetros definidos en la ley. El incumplimiento y su declaratoria pronostica discusiones, remitir su trámite al acuerdo contractual y a las disposiciones civiles y comerciales resulta bastante abierto para un asunto tan sensible en el devenir contractual. Se introducen precisiones necesarias frente a la supervisión, interventoría y la responsabilidad del interventor, aspectos todos relevantes especialmente frente a entes de control. La liquidación se unificó en treinta (30) meses, bien sea bilateral o unilateral, señalando los contratos en que procede como aquellos que requieran un balance final, sin embargo, a nuestro modo de ver, faltó señalar de forma expresa que, si el contrato no es liquidado dentro del plazo fijado por la ley, se pierde la competencia por parte de la entidad para hacerlo. La cláusula de reversión se extrajo de las cláusulas excepcionales y se lleva al contenido del contrato con una clara lógica y técnica legislativa. Se describen tres tipologías contractuales, particularizando en cada uno de ellos aspectos determinantes para su celebración; el de fiducia sometiendo sus derivados al Estatuto de Contratación; el contrato interadministrativo diferenciándolo del convenio y estableciendo que su celebración debe estar enmarcada en una forma de selección de las que establece la ley; y finalmente, los contratos que requieren reserva solo se eximen de la publicidad pero no de la aplicación de los principios y las formas de selección de contratistas que fija el proyecto.

El capítulo noveno da un vuelco a las modalidades de selección de contratistas, para establecer, a partir de la vigencia de la nueva ley unas formas de selección que dejan de lado criterios atados al objeto o valor del contrato para su utilización, será discrecional de las entidades, atendiendo a los principios, a parámetros objetivos atinentes al contrato que se pretenda celebrar o como señala la disposición "*lo que más convenga al Proceso de Abastecimiento*", la escogencia o utilización de una competencia abierta; competencia restringida con precalificación; competencia restringida con invitación y posterior negociación; Compra Pública Innovadora; Contratación Directa. Se desligan herramientas para la definición de precios y agregación de demanda de las formas de selección, confusión que generó la **Ley 1150 de 2007**, precisando de esta forma el alcance y aplicación de los acuerdos marco, las subastas y puja en bolsas. Por último, se reglamenta la mínima cuantía, se establece una tabla de determinación y un plazo mínimo para su desarrollo bajo las normas de selección de contratistas y de evaluación de las ofertas.

Pasamos al aparte diez, habla de la oferta, su **evaluación, requisitos, subsanabilidad y rechazo**; salta a la vista que lo que hoy se conoce como selección objetiva, es decir, el escoger la oferta más favorable, pierde su rango legal y queda supeditado a que las entidades en los documentos de los procesos de abastecimiento fijen a

partir de unos criterios enunciativos que trae la disposición, calificables y evaluables todos. En cuanto a requisitos se mantienen unos habilitantes según la actividad a ejecutar, solvencia económica, capacidad técnica y profesional. De la subsanabilidad se dice expresamente que las ofertas deben ser completas y que las entidades cuando encuentren inconsistencias tendrán el derecho de solicitar aclaraciones; se califica entonces la subsanabilidad como un derecho de las entidades y no, como una prerrogativa del oferente. Lo que hoy se conoce como precio artificialmente bajo pasará a denominarse anormal, estableciéndose unos criterios para su aclaración y evaluación en cada caso que se presente. El rechazo de las ofertas asumirá rango legal y será un deber de las entidades cuando la oferta es incompleta; cuando es presentada por alguien incurso en prohibición y cuando se trate de ofertas anormalmente bajas.

Se define una hoja de ruta del proceso de contratación o abastecimiento, con particularidades y momentos al interior de cada etapa, planeación, selección, manifestación por escrito del acuerdo y publicidad del contrato, ejecución, liquidación y verificación de las obligaciones post-consumo y postcontractuales. Se establece como de treinta (30) días calendario el plazo mínimo que debe transcurrir entre la invitación y la presentación de las ofertas, salvo los casos de acuerdo marco y mínima cuantía. Se convierte el SECOP en el medio de notificación de las decisiones que se tomen en los Procesos de Abastecimiento; el último inciso, a nuestro modo de ver sobra, en la medida que debe ser un requisito para contratar con el Estado el estar inscrito en el Directorio de Proveedores del SECOP.

El capítulo doce desarrolla lo referente a la **solución de conflictos**, reiterando que los partícipes del Sistema de Compra Pública deben buscar solucionar sus diferencias y discrepancias en forma ágil, rápida y directa que, además, ninguna autoridad pública podrá prohibir o limitar la utilización de los mecanismos de solución de controversias; zanjando además de un tajo, la discusión reinante sobre las competencias de los árbitros frente a la legalidad de todas las actuaciones de las Entidades Estatales en el marco del Sistema de Compra Pública, asignando competencia expresa para pronunciarse al respecto. El juez competente no cambia, sin embargo, dos aspectos a resaltar, los asuntos previos a la suscripción del contrato no deben ser competencia de los jueces sino de una instancia administrativa que se pronuncie de forma expedita, llevar esos asuntos a la jurisdicción imposibilitará pronunciamientos oportunos, primero por la congestión judicial y segundo por el desconocimiento que en muchos juzgados e incluso tribunales hay de los asuntos contractuales; así mismo, no se está precisando el medio de control que debe emplearse para este fin. Los asuntos de competencia y su redistribución no impactan favorablemente en la medida que, como ya se anotó, no hay especialidad de la jurisdicción en los asuntos contractuales públicos.

Finalmente, se ratifica [Colombia Compra Eficiente](#) [4] como ente rector de los procesos de compra pública, precisando que sus documentos **son guías de obligatorio cumplimiento** en la actividad contractual de las entidades estatales. La tasa que se establece resulta acorde con los costos de sostenibilidad que acarrea un sistema de información robusto como el SECOP.

Estas líneas persiguen enriquecer el debate académico y legislativo que se avecina, del cual esperamos se afecte lo menos posible la estructura central de la reforma, saliendo avante para bien de todos los que de una u otra forma participan en los procesos del sistema de compra pública.