



Breve perspectiva sobre algunas de las principales modificaciones hechas por la Ley 1882 de 2018 al Estatuto General de Contratación Pública

Juan Manuel Osorio García¹

Introducción

Desde luego que en los últimos años el ordenamiento jurídico ha venido constituyéndose en un escenario provisto de cambios y reformas dirigidas a la contratación estatal, en aras de estimular el desarrollo, la infraestructura y combatir el problema de la corrupción, consolidando y garantizando la seguridad jurídica, efectividad y transparencia.

Bajo dicha perspectiva, la dinámica cambiante que ha venido transformando el derecho de la Contratación Estatal en nuestra Nación, obedece a la apremiante necesidad de condicionar el actuar del Estado en el marco de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Todo ello, edificado en el objetivo de garantizar los fines esenciales del estado que, por supuesto

¹ Abogado Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana. Analista V, División de Gestión, Recaudo y Cobranzas, Seccional Ibagué, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

requieren bienes, servicios y obras que se obtengan mediante la contratación como función administrativa.

En ese orden de ideas, lo que se ha pretendido por medio de dichas reformas en los eventos en que la administración pretende celebrar determinados contratos, a fin de materializar la finalidad social del estado, indiscutiblemente será proteger el patrimonio público y propender por el principio de igualdad ante los administrados, per se a los beneficios y cargas públicas al momento de escoger la persona natural o jurídica con quien celebrará el contrato.

De esta manera, los contratos de la administración, en la medida deberán garantizar, en su cabal cumplimiento, las condiciones razonablemente previsibles, y se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados, puesto que la correcta planeación allana el camino para evitar las múltiples dificultades que se pueden presentar alrededor de las relaciones contractuales de las entidades estatales. De ahí, que la planeación como manifestación del principio de economía en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo (Sentencia 2012-00012 de diciembre 10 de 2015 Consejo de Estado).

Surtido estos requerimientos, la escogencia deberá ser a través de un preestablecido proceso de selección y en atención a criterios de rigurosidad, imparcialidad y objetividad, al particular que convide las mejores condiciones, lógicamente sin mediar ningún interés personal, o motivación de índole subjetiva.

Bajo tal perspectiva, la Ley 1882 de 2018 nació no como una reforma integral al Estatuto General de Contratación, sino que es el resultado de un consenso de medidas determinadas y puntuales con la firme intención de prevenir que las gestiones contractuales de las entidades estatales se sujeten y sean destinadas a satisfacer los intereses

públicos, coincidentes y que se consideren como “suyos propios”. Por ello, es que las entidades al celebrar los contratos y la ejecución de los mismos buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua, y eficiente, prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

De esta manera, vale la pena describir a manera de síntesis algunos de los principales cambios, modificaciones, o aportes novedosos que realizó la norma objeto de estudio y que han venido siendo objeto de discusiones, análisis y controversias en la práctica.

Ley 1882 de 2018, modificaciones al Estatuto General de Contratación Estatal

Presentación de las propuestas en dos sobres en el proceso de licitación pública. Conforme determinó el artículo 30 del estatuto, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011 y por los artículos 220 y 224 del Decreto-Ley 19 de 2012, en concordancia con el decreto reglamentario 1082 de 2015, el proceso de selección advertirá las siguientes fases: Estudio previo; Elaboración del pliego de condiciones; Orden de apertura de la licitación; Invitación pública participar en la licitación; Plazo de licitación; Aclaraciones y modificaciones de los pliegos; Estudio de las propuestas y Adjudicación. Por lo tanto, el pliego condiciones conforme lo indica el artículo 24, numeral 5 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, es un documento público orientado a describir el objeto del contrato, la normatividad jurídica que lo rige, los derechos y obligaciones recíprocas, la determinación y “ponderación de los factores objetivos de selección” y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar. (Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Luis Guillermo Dávila Vinuesa).

Sin embargo, la Ley 1882 de 2018 modificó la Ley 80 de 1993 en lo referente al proceso de selección del contratista, estableciendo que la oferta en el proceso de selección objeto de análisis debe ser presentada en dos sobres. En donde el primer sobre contendrá los requisitos de (capacidad jurídica, financiera, organizacional y experiencia), requisitos que se conocen como habilitantes, y también lo estarán los concernientes a aquellos distintos a los que no otorgan puntaje.

Por el contrario, en el segundo deberá incorporarse únicamente la propuesta económica que como requisito sine qua non cumplirá con lo consignado en los pliegos de condiciones. Y a su vez, este último tendrá que estar cerrado hasta el día en que se celebre la audiencia de adjudicación del contrato.

Sin lugar a dudas, es una estipulación novedosa que pretende erradicar prácticas impropias en los procesos de selección de contratistas, eliminando de esta manera la posibilidad de que los oferentes conocieran con anterioridad a la audiencia de adjudicación, la propuesta económica de los demás oferentes; lo cual indudablemente provoca efectos nocivos restringido la libre competencia creando el escenario ideal para el fenómeno de la corrupción.

Consultores, interventores, asesores externos y la ampliación del régimen de responsabilidad. Desde la época del Decreto 222 de 1983, en el contrato de Interventoría ya se hablaba de la responsabilidad penal a que hubiere lugar por parte del Interventor, como también la de orden civil originada en el mal desempeño de sus funciones.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 amplió el rango de aplicación de dichas responsabilidades, haciéndolas extensivas a los Consultores y Asesores Externos, determinando que respondían civil y penalmente por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como también por los hechos u omisiones que le fuesen imputadas y causaran daños o perjuicios a las entidades.

A su vez, la Ley 1474 de 2011, adicional a la responsabilidad penal y civil, modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, estableciendo dos

responsabilidades, siendo aquellas la fiscal y la disciplinaria, originadas todas, “por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causaran algún perjuicio a la entidad, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hubiesen ejercido sus actividades o funciones de asesoría, consultoría o interventoría.

No obstante, con la promulgación de la Ley 1882 de 2018, precisó de manera acertada que, los consultores y asesores externos responden civil, penal, fiscal y disciplinariamente en dos supuestos: (i) por el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de los contratos celebrados por ellos y (ii) por los perjuicios causados a la entidad contratante derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido las actividades de consultoría o asesoría. Esto último siempre y cuando tales perjuicios hubiesen sido producto de hechos u omisiones que les sean imputables y sean constitutivos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por su parte, en lo que concierne a los interventores, determinó que era necesario restringir la responsabilidad penal, civil, fiscal y disciplinaria, únicamente a el incumplimiento de sus obligaciones originadas en el contrato y por los daños y perjuicios causados a las entidades y derivados de la celebración y ejecución de su respectivo contrato.

A su turno, el Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, que entrará a regir el 1 de julio de 2021, consagró a manera taxativa faltas inherentes y propias a los supervisores e interventores, relacionadas con no exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad, no informar a la entidad contratante hechos que puedan constituir actos de corrupción que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando se trate de situaciones de incumplimiento.

Pliegos tipo: Bases legales y jurisprudenciales. La implementación de los pliegos tipo responden a la ausencia de un derecho uniforme que ofrezca transparencia y seguridad jurídica, en aras de dis-

minuir la desbordada discrecionalidad de los ordenadores del gasto; no obstante, su inmersión en nuestro ordenamiento jurídico no es propiamente dicha una propuesta novedosa, en atención a que, el Decreto 1510 de 2013 en el artículo 159 en su momento contempló situaciones en las cuales se materializaba lo denominados documentos tipo en los pliegos de condiciones de los procesos de selección de contratistas. Empero, lo previsto en dicho decreto, de manera acertada el Honorable Consejo de Estado consideró que, aquella atribución contemplada por la norma *sub judice* constituyó “un traspaso indebido de la facultad reglamentaria a cargo del presidente de la República” (Consejo de Estado).

Y es que el año anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado, acudiendo a un criterio enmarcado en el principio de legalidad, declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, en su numeral 2, literal (a); numeral 3 y numeral 4, acudiendo el cual establecía que Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar: literal a) del numeral 2: “Manuales y guías para: la identificación y cobertura del Riesgo”; numeral 3. “Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis meses siguientes a la expedición del presente decreto”; y numeral 4. “Minutas tipo de contratos dentro de los seis meses siguientes a la expedición del presente decreto”. Motivo por el cual, concluyo que de ninguna manera se le puede otorgar la facultad a la Agencia Colombiana Compra Eficiente de expedir pliegos tipo y que sean vinculantes para las entidades estatales, si no existe disposición legal expresa que lo autorice, salvo en los eventos en que se trate de la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización.

Sin embargo, y con algo de acierto, la Ley 1882 de 2018 solucionó de cierta manera la controversia en mención, disponiendo de forma expresa y dándole atribuciones al Gobierno Nacional para expedir pliegos de condiciones tipo, razón por la cual, puede considerarse que el análisis de legalidad de los documentos tipo en los

pliegos de condiciones, está sujeta a la existencia de la ley objeto de reglamentación.

En palabras de la Honorable Corte Constitucional, la Ley 1882 de 2018 se convirtió en el límite que el presidente tiene para desarrollar su potestad reglamentaria, por lo tanto, todo acto en el cual el presidente ejerza la potestad reglamentaria, sería inconstitucional, si reglamenta una ley inexistente, o si en el acto de reglamentar va más allá de reglamentar la ley, y entra con el decreto reglamentario, so pretexto de reglamentar la ley, a legislar creando derecho o modificando leyes ya existentes, excediendo de esta forma la potestad reglamentaria; situación que a todas luces, en la norma objeto de estudio, no se presentó al no configurarse el vacío legal al cual se hizo referencia. (Corte Constitucional. Sentencia T-558 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería).

Así las cosas, la implementación de los documentos tipo o estándares será de obligatoria aplicación conforme lo dispuso la Ley 1882 de 2018, para las entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, que estén sometidas al Estatuto General de Contratación, en lo que tiene que ver con los procesos de selección en los contratos de obra pública, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños de obras públicas, y consultoría en ingeniería para obras.

Bajo tal óptica, la Ley 1882 de 2018 consagró que los temas a los que refiere los documentos tipo serán (a) las condiciones habilitantes, (b) factores técnicos y económicos de escogencia, y (3) ponderación precisa y detallada de los factores de escogencia. Así como también, señaló el Gobierno Nacional es imperioso al momento de reglamentar los documentos técnicos, tener en cuenta las condiciones y características reales y propias de cada región.

Otro aspecto trascendental es la controversial afirmación, por un sector, de la doctrina que considera que desde la entrada en vigencia de la Ley 1882 de 2018, la obligatoriedad de los documentos tipo para

elaborar los pliegos de condiciones en los contratos de obra pública afecta la autonomía de los departamentos, distritos, y municipios, toda vez que, en virtud de los códigos de régimen municipal y departamental, la contratación de los departamentos y municipios está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en lo que tiene que ver con: Tipos de contratos; clasificación y definición de los contratos; efectos de los contratos; responsabilidades contractuales de funcionarios y contratistas; terminación de contratos; principios sobre terminación de contratos; modificaciones e interpretaciones unilaterales; régimen de inhabilidades e incompatibilidades; y cláusulas obligatorias.

Pues bien, consideran algunos doctrinantes que “la autonomía de las entidades territoriales, en materia de contratación pública, está determinada por las normas del orden nacional, por lo tanto, el pliego tipo eventualmente incluido en norma nacional no vulneraría la autonomía de los contratantes”. De esta manera, podría señalarse que no existe vulneración al principio de autonomía de las partes en materia de contratos de obra pública; sin embargo, lo anterior entra en discusión con el numeral 3 del artículo 287 de la Constitución Política, que establece que el derecho en cabeza de las entidades territoriales de administrar sus propios recursos, normas íntimamente relacionadas con los fenómenos descentralización y desconcentración administrativa.

Sin lugar a duda, el asunto genera polémica en un estado puro, máxime si en el trasfondo del mismo se materializa un escenario en el cual jurídicamente existen interpretaciones perfectamente válidas. Ahora bien, en términos de la orientación filosófica que debiera tener las Entidades Estatales al analizar las normas jurídicas, es viable considerar que la interpretación más ajustada a derecho, es la que ha venido predicando la Honorable Corte Constitucional desde la sentencia C-520 DE 1994, consistente en que: “[...] La autonomía de que gozan las entidades territoriales debe desarrollarse dentro de

los marcos señalados en la Carta Política y con plena observancia de las condiciones que establezca la ley, como corresponde a un Estado social de derecho constituido en forma de República unitaria. Es decir, no se trata de una autonomía en términos absolutos, sino por el contrario, de carácter relativo. De todo lo anterior se deduce que si bien es cierto que la Constitución de 1991 estructuró la autonomía de las entidades territoriales dentro del modelo moderno de la descentralización, en ningún momento se alejó del concepto de unidad que armoniza los intereses nacionales con los de las entidades territoriales, que se encuentran limitadas por las regulaciones de orden constitucional y legal en lo que respecta a la distribución y manejo de los recursos que deben tener en cuenta aquellas pautas generales encaminadas a satisfacer las verdaderas necesidades de las regiones, departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas [...].”

En todo caso, lo que no se puede negar es que los beneficios de incorporar documentos tipo en materia contractual, pueden contribuir a generar la erradicación de los factores como el direccionamiento de los contratos, puesto que han existido ciertas prácticas arbitrarias y discrecionales, consistentes en los cambios de requerimientos establecidos o fijación de criterios subjetivos en los pliegos de condiciones, con el objetivo de favorecer a un solo proponente. Empero, hay que acudir a la realidad sociocultural y aceptar que no hay manera de asegurar que los mismos, garanticen la total eliminación de los fenómenos de la corrupción y colusión, bajo el entendido que, la implementación de aquellos debiera ir de la mano con el endurecimiento real de La Ley Penal y Disciplinaria y, desde luego, crear conciencia moral y social en los funcionarios públicos, así como también un correcto apego a las buenas prácticas en materia de contratación estatal.

Conclusiones

Examinado el panorama actual, por supuesto, que existen otras modificaciones que merecen ser analizadas; empero, serán materia

de estudio en futuras ocasiones en la medida que sean gradualmente reglamentadas y obtengan un pleno desarrollo jurisprudencial.

Es menester señalar que la Ley 1882 de 2018 no responde propiamente a una perspectiva en el marco de un contexto social y político, originado en la realidad del país, sino que se desprende del excesivo apego a normatividades foráneas que, desde luego, ostentan diferencias sustanciales inherentes a su propia cultura y sociedad.

Por ello, cabe advertir que en Colombia el problema de corrupción aumenta día a día, pese a los múltiples mecanismos de índole constitucional y legal creados para combatirla. Pues los mismos no resultan efectivos, dado a que el acaparamiento por parte de los consorcios o contratistas fuertes económica, financiera y técnicamente, y de la injerencia de carácter político que realiza una presión abismal encaminada a ajustar los procesos de selección, aprobación de ofertas y adjudicación de contratos para un oferente en concreto, es la realidad habitual de los procesos de contratación, lo cual deriva en una deslegitimación de las instituciones e insatisfacción o mala apreciación de las entidades estatales en general. Y que como se abordó en párrafos anteriores, la solución no radica enteramente en centralizar en determinadas instituciones del gobierno, el derecho que le compete a las entidades territoriales de administrar sus propios recursos.

Así las cosas, no es dable pretender que al cambiar algo necesariamente se corrija. Por ende, en la mayoría de ocasiones dichos cambios son innecesarios y otros meramente infortunados. Por lo tanto, el panorama reformista al que nuestro país está acostumbrado no debiera ensañarse a la persistente y poco saludable variación del derecho positivo, además, de lo permisiva y direccionada que suele ser, sino como se mencionó en apartes anteriores, buscar alternativas con fiel apego a la perspectiva sociológica y política de nuestra Nación.