



Artículo original

Recibido para publicación: 1 de octubre de 2015

Aceptado para publicación: 11 de noviembre de 2015

La contratación estatal en Colombia. Entre vacíos jurídicos y vicios de interpretación

Government procurement in Colombia. Between gaps legal and flaws of interpretation

Autores: Jairo Antonio Enamorado Estrada ¹

Correspondencia: en: jenamorado@unisimonbolivar.edu.co

RESUMEN

Este artículo de reflexión pretende exponer los avances que se han realizado con la intención de estructurar un estudio en el ámbito jurídico relacionado con la contratación estatal en Colombia y la afectación económica desde la perspectiva de la Ley 1150 de 2007 y los decretos que la reglamentan, utilizando como soporte interpretativo los planteamientos de la teoría del equilibrio financiero en el contrato.

Palabras Claves

Contratación estatal, normativa, reglamentación, afectación económica

ABSTRACT

This reflection article intends to explain the advances that have been made with the intention of structuring a study in the legal field related to government contracting in Colombia and the economic impact from the perspective of Law 1150 of 2007 and decrees that regulate, using interpretive approaches support the theory of financial balance in the contract.

Keywords

Government procurement, rules, regulations, economic impact

¹ Abogado, con Maestría En Derecho Procesal, Docente investigador de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla.

INTRODUCCIÓN

En Colombia la contratación estatal pese a la normativa y reglamentaciones existentes (traducidas en Decretos, guías y documentos CONPES) ha estado seriamente cuestionada tanto por la ciudadanía como por los expertos en el tema, cada uno en pro de sus intereses. Mientras esto sucede, a las entidades estatales se les hace difícil la aplicación cabal de las normas y los resultados de la mala o equivocada interpretación repercute en los desequilibrios del presupuesto asignado a la contratación de una obra o un servicio en tanto que no se hace una adecuada identificación, asignación y asunción de los riesgos previsibles en los contratos.

Es de la iniciativa de este artículo la presentación de estos aspectos como elementos en los cuales se esboza de manera preliminar la intención de abordar un estudio que se ocupe de tal situación, bajo el enfoque de la teoría del equilibrio financiero del contrato.

MÉTODOS

En la elaboración del artículo se recurrió a la recuperación de material bibliográfico en fuentes secundarias como bibliotecas e internet, sobre temáticas afines al tema. Luego se hizo una consulta y selección del material que de acuerdo con su pertinencia con la materia objeto de estudio se elaboraron fichas de análisis documental (resumen, textual, reseña, etc.), previa interpretación y análisis de su contenido

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Desde la promulgación del Estatuto General de la Contratación Pública contenido en la Ley 80 de 1993, en Colombia se mantenía una latente preocupación por la aprobación de una reforma que acabara con la onerosa situación que afectaba al Estado colombiano en materia económica por los riesgos asumidos en la por la ejecución de los contratos. Con la aprobación de la Ley 80 de 1993 y su entrada en vigencia en 1994, simultáneamente con la expedición de sus decretos reglamentarios, se dio inicio a una escalada de anuncios relacionados con sus reformas. En ese aspecto Colombia se caracteriza por ser uno de los países en donde la elaboración de normas para declarar inexecutable o reformar a otras se hace con tal celeridad que no da tiempo a que se asimilen las primeras. Sin embargo con esta (la Ley 80 de 1993) curiosamente transcurrieron 13 años precedida por varios intentos fallidos de reformas, hasta cuando el Congreso de la República aprobó la Ley 1150 de 2007, entrando en vigencia de manera inmediata, el 16 de Enero de 2008, con la excepción de los artículos 9º. y 17º.

Pese a todos los esfuerzos realizados, la buena voluntad y el espíritu de la norma de reciente aprobación, tal parece que los resultados que se observan en la actualidad no pueden catalogarse como los mejores, sobre todo porque quedó en manos y poder del ejecutivo por la vía de la reglamentación, amplísimas facultades para ocuparse de los más diversos temas relacionados con la contratación, algo que no ocurría con la Ley 80 de 1993, en la que el Ejecutivo solo fue autorizado para reglamentar lo relacionado con a contratación directa.

Razones como la de dar facultades plenas al Ejecutivo para el fortalecimiento de la eficiencia y la transparencia, culminaron por convertirse en verdaderos ropajes dentro de los cuales se fue encubriendo y proliferando aspectos como la corrupción, el clientelismo y el favoritismo se intentaban combatir desde los pregones de las campañas de los distintos aspirantes a la presidencia de la república y otras corporaciones públicas, estos vicios pueden generar grandes demandas al Estado que deban indemnizarse según criterios de reparación integral – teniendo en cuenta elementos de reparación integral según Arturo Monge (2011) -. Desde esta perspectiva, la agilidad y eficacia que se pretendía para con la contratación estatal, evaluada la aplicabilidad de la norma con la situación actual en esta materia concluye en que existe un ambiente de desconfianza, debido a las múltiples y variadas interpretaciones que del texto legal y reglamentario hacen los operadores jurídicos, por lo que en el país en lo que va de transcurrido de vigencia de la mencionada Ley 1150 se viva una lamentable dificultad jurídica y económica que afecta el equilibrio financiero de las entidades del Estado en materia de contratación.

Sin pretender expresar que se ha hecho de manera detallada un estudio que permita establecer sin equívocos y con buen juicio un balance sobrio desde lo jurídico y económico, la afectación que se dice y cuestiona en materia de contratación estatal, si se puede adelantar de manera preliminar que los propósitos sobre los cuales se edificó la reforma al estatuto de la Contratación incluyendo los documentos y reglamentaciones que le sirven de soporte, han pasado de ser simples procedimiento con trámites sencillos a engorrosas e interminables diligencias que agobian y desgastan a los que participan o son parte en un negocio con el Estado.

Se alude a vacíos jurídicos e interpretaciones que no consultan con la normativa, y que hacen de los artículos que conforman la ley, calificada por algunos juristas y estudios del Derecho como “una verdadera colcha de retazos”

(Estrada Sánchez, 2009, p. 2), en la que se asumen y abordan temas de capital relevancia, pero también se regulan aspectos intrascendentes que entre otras cosas ya habían sido objeto de anulación por parte del Consejo de Estado por exceso en las facultades del Ejecutivo, en la misma medida en que se incluyen aspectos cargados de intencionalidad política, es decir una vuelta al favoritismo que tanto se cuestionó, empantanado la eficiencia y transparencia que se reclamaba cumpliría la norma.

La existencia de casos como la construcción del Túnel de la Línea , una obra ubicada en los límites de Tolima y Quindío, consta de 8,6 kilómetros y unirá a Cajamarca con Calarcá, garantizará la reducción del tiempo de recorrido en este tramo en 40 minutos y aumentará la velocidad de 20 kilómetros por hora, a 60. Adjudicado el contrato en el 2008 los trabajos se iniciaron en el 2009 y durante lo que va de los mismos ha mantenido una latente preocupación no solo de la ciudadanía que recibe directamente el impacto de la obra, sino también de la administración por los retrasos de los trabajos sufridos, el aumento de los costos y por el daño ambiental que les está causando a los moradores de ambas localidades.

Igual se argumenta con respecto al Decreto reglamentario 066 de 2008 expedido por el Gobierno colombiano, que en vez de contribuir con la efectividad en la aplicación de la norma, generó mayor confusión, como se puede derivar de una revisión comparativa entre los procesos que se darían para cumplir la norma, anunciados en el portal de contratación estatal y lo que viene ocurriendo en la práctica en materia de contratación, evidencia allí la existencia de muchas dudas en la interpretación de las normas, y la falta de preparación, capacitación y herramientas para aplicarlas, hasta el punto de volver a la eterna iniciativa de plantear nuevamente reformas a las reformas.

Mientras ello ocurre, las demandas contra el Estado colombiano en materia de incumplimientos a los contratos o las indemnizaciones por la ocurrencia de riesgos previsibles, se suman a las manifestaciones de protesta de la ciudadanía que es la afectada cuando se retrasan los trabajos.

Expertos en el tema han expresado sus notas comprensibles hacia la dificultad que afrontan las entidades estatales para definir los riesgos previsibles que puedan afectar la contratación, pero ello no se compadece frente a lo que se encuentra en algunos los estudios previos y pliegos de condiciones en los cuales se ha visto consignadas posiciones que demuestran la poca o ninguna ilustración sobre la materia. En tal sentido se ha convertido en una necesidad, la expedición de un decreto que se aborde el tema con claridad y que 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.

El otro aspecto que se encuentra en la baraja de las interpretaciones falaces es la determinación de los criterios de evaluación, es decir, los parámetros que permitan establecer 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.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto en materia de contratación estatal faltan muchos temas por reglamentar (los riesgos previsibles, las garantías del contrato, el rup y sus calificaciones, la promoción de la competencia, los acuerdos marco, entre otros), también es cierto que la petición por la elaboración de un nuevo decreto para corregir los errores de las anteriores reglamentaciones solucionaría como por arte

de magia los actuales vicios. Con respecto a ello se debe obrar con mesura y pleno conocimiento sobre los aspectos que serán objeto de reglamentación, si se tiene en cuenta que en Colombia la trayectoria sobre la promulgación de normas es bastante prolifera, de tal suerte que lo nuevo que intenta erradicar los males existentes, no resulte ser un reciente problema al cual se le deben buscar correctivos, con lo que persiste el ciclo vicioso que se alimenta de la permanente deficiencia o mala interpretación de la normativa.

Por todo lo anterior se sugiere a los funcionarios de las entidades estatales estudiar con juicio las disposiciones y los reglamentos pertinentes en aras de que la práctica no genere los vacíos jurídicos que han convertido a la incertidumbre y la confusión en la reina de la contratación en Colombia.

REFERENCIAS.

Becerra Salazar, A. D. (2008). Los riesgos en la contratación estatal. Estimación, tipificación y asignación. Bogotá: Leyer

Benavides, J. L. y Santofimio, J. (2010). Incertidumbre en la contratación estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Colombia, Congreso de la República. (1993). Ley 80 de 1993. Bogotá:

Colombia, Presidencia de la República. (2008). Decreto 2025 de 2008. Bogotá:

Colombia, Presidencia de la República. (2008). Decreto 2474 de 2008. Bogotá:

Colombia, Congreso de la República. (2009). Ley 1150 de 2007. Bogotá:

Gorbanef, Y. y Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y su efecto sobre la litigiosidad en la contratación pública en Colombia. (Febrero 11 de 2009), Estudio Socio Jurídico 11 (1), p.p 41-64

Monge, Arturo J. (2011) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de su jurisprudencia en materia de reparaciones. En Revista Justicia, Universidad Simón Bolívar. Vol. 16 Num. 19 pp. 132-150 - Junio 2011.

Rodríguez, L. (2009). El equilibrio económico y los contratos administrativos. Bogotá: Temis

Santofimio Gamboa, J. O. (). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la responsabilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico