

Pasos inseguros en la nueva contratación

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE*

Con la expedición del Decreto 66 del 16 de enero de 2008, que reglamenta la Ley 1150 de 2007, la misión para la eficiencia y la transparencia en la contratación estatal da otro paso en las tareas que inició hace seis años y que no han sido nada fáciles. En Colombia las normas de contratación pública son un rompecabezas gigante desde que se expidió el Decreto Ley 150 de 1976, que no contribuye a la estabilidad jurídica, ni a la democratización del derecho, monopolio de abogados especialistas en esta materia; no se sabe si los pasos se están dando hacia atrás o hacia adelante.

Puede ser un retroceso como quiera que las piezas del rompecabezas en contratación superan ampliamente el número de 1.500 reglas, originadas en las siguientes fuentes materiales: las dos leyes: empezando por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, con 114 artículos. Todos los reglamentarios que el 66 de 2008 dejó vigentes, para un total de 30 decretos con cerca de 299 artículos. Las 48 jurisprudencias de constitucionalidad que profirió la Corte con ocasión de la Ley 80 de 1993, a las que se sumarán las sentencias de este año, ante las *dos* demandas admitidas contra la Ley 1150. Así mismo, similar número de sentencias de nulidad del Consejo de Estado desde 1993.

Infinito universo de fuentes en el cual cada inciso, numeral y párrafo vigente contiene como mínimo un supuesto normativo o regla (hecho y consecuencia jurídica); al hacer el ejercicio de contabilizar las reglas vigentes, suman más de 1.500, dispersas en 413 artículos que, como se vio, deben concordarse con las 82 fuentes normativas enunciadas. Armar este rompecabezas constituye un alto riesgo para los ordenadores de gasto, funcionarios, asesores y contratistas. Preparar manuales de contratación será un avance para minimizar la incertidumbre en ese juego.

* Profesor de la Universidad Externado de Colombia, Secretario General de la Procuraduría y cofundador del Instituto Seguridad Jurídica y Probidad.

La dilación o incertidumbre en asuntos como éstos, le da validez a la preocupación expuesta por el Procurador General de la Nación frente a la Ley 1150 de 2007, cuando advirtió que esta norma trasladaba la regulación de 23 asuntos esenciales del Legislativo a la discrecionalidad reglamentaria del Ejecutivo.

En los pasos que serían hacia adelante, el Decreto 66 de 2008 está compuesto de 83 artículos organizados con cuidado en títulos, capítulos y secciones, que reflejan las nuevas vías de contratación: licitación, concurso, abreviada y directa, con sus respectivas definiciones y procedimientos. En lo cualitativo, lo mejor del decreto es que materializa el deber de planeación en las entidades públicas. Ahora, ningún proceso contractual podrá iniciarse sin precisar ocho aspectos esenciales, que deben contener los estudios previos; se pretende erradicar la improvisación. Desaparecen las adendas a pliegos de condiciones que modificaban asuntos esenciales de la futura contratación y que facilitaban privilegios indebidos; el más mínimo cambio sustantivo al pliego o los estudios traerá como consecuencia la revocatoria del proceso y su nueva iniciación.

Hay dos asuntos muy relevantes todavía pendientes de ser desarrollados. El Sistema Electrónico de la Contratación Pública (SECOP), con todas las funcionalidades propuestas como la del "expediente virtual", no funcionará en el 2008, seguirá operando el portal único de contratación. Es difícil la transición informática, pero también es urgente, ya que los retrasos en el funcionamiento de la nueva plataforma tecnológica generan costos y riesgos por utilizar terceros en el procedimiento de las subastas inversas. El otro aspecto cardinal pendiente es el de los nuevos criterios de selección objetiva, como el "pasa o no pasa", o la escogencia en el concurso de méritos, que depende del juicio y responsabilidad de las cámaras de comercio al fortalecer los controles en el Registro Único de Proponentes (RUP). En este asunto el régimen de transición da la oportunidad de aplicar o no el RUP.

Respecto del concurso de méritos, el numeral 3, artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, y el artículo 54 del Decreto 066 de 2008 le dan identidad como modalidad de selección. Cambia sustancialmente su regulación, así:

a. Se aplica para la selección de consultores o proyectos según las definiciones legales del numeral 2, artículo 32 de la Ley 80 de 1993; b. Se podrán utilizar concursos por precalificación; c. Los de precalificación fueron los únicos reglamentados, salvo que se trate de selección de proyectos de arquitectura, en cuyo caso se debe utilizar sistemas de concurso abierto por medio de jurados; d. La conformación de la lista se hará mediante convocatoria pública, máximo seis oferentes y mínimo dos, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando criterios de experiencia, capacidad intelectual, capacidad organizacional, entre otros; e. Si el objeto contractual es de tipo complejo, de manera que involucre además de servicios de consultoría, otras prestaciones, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra,

la selección se debe adelantar mediante licitación pública o selección abreviada, según corresponda.

También se determina que deben surtir las siguientes etapas en los concursos:

1. Preparación de estudios y documentos previos. Preparación de los requerimientos técnicos como parte del pliego de condiciones.
2. Convocatoria pública para la presentación de expresiones de interés, la cual no podrá ser de menos de 10 días hábiles.
3. Precalificación y conformación de la lista corta.
4. Invitación a presentar propuestas, la cual no podrá ser menor de 20 días, la imprecisión subrayada sobre los días es del decreto, suponemos que al igual que en los otros casos se quiso decir *hábiles*.
5. Presentación y evaluación de propuestas técnicas.
6. Elaboración del informe de evaluación.
7. Apertura de la propuesta económica, definición del alcance de los servicios y del contrato.

He seguido esta reforma desde sus orígenes como delegado del contralor Antonio Hernández hasta septiembre de 2006, siempre la analicé con los colegas en la academia y ahora la tendré que aplicar como ordenador del gasto. Este proceso de cambio nos deja muchas reflexiones frente a las cuales todavía se pueden tomar medidas oportunas para que avance en sus propósitos esenciales:

1. Si la actividad de creación de normas no es técnica y sistemática, ni ofrece oportunidades de participación ciudadana, el Estado carece de seguridad jurídica, es decir, al derecho se le resta certeza, efectividad y validez.
2. Cambiar la ley y los reglamentos con acierto es importante; sin embargo, ello no es suficiente: paralelamente se debe continuar la formación ética de contratistas y funcionarios, sin declinar un ápice en control y sanciones.
3. Este año es definitivo para la divulgación y correcta aplicación de las nuevas normas de contratación estatal; Gobierno, Procuraduría, universidades y otras entidades estamos diseñando cursos, que se requiere trasciendan al ámbito práctico.
4. En el curso de las próximas semanas se expedirá el decreto reglamentario que modifica el 066 que corrige algunos errores y excesos en la potestad reglamentaria. Enhorabuena.
5. La dispersión y proliferación normativa es un alto riesgo, facilita la corrupción e incrementa fallas y condenas. Varios especialistas queremos contribuir a realizar un estudio jurídico integral, para construir un mecanismo sólido de consulta virtual de las normas; ese proyecto ha tenido eco en la Universidad Externado de Colombia, en Certicámara —organización líder en el uso de medios

electrónicos gubernamentales—, en el Secretario Jurídico de la Presidencia, quien llegó al final del camino a sortear las vicisitudes de una ley ya aprobada, y en la Fundación Konrad Lorenz.