

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

El pasado 3 de marzo de 2016 la Autoridad Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”² anunció que se encuentra preparando un proyecto de reforma del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública³. De acuerdo con los autores de la reforma, un primer objetivo consiste en eliminar los regímenes especiales de contratación que tienen varios organismos y entidades públicas con el fin de fijar un marco regulatorio único al que esté sometida la mayor parte de órganos que ejercen las actividades y funciones administrativas o que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. Como se está estructurando el proyecto de reforma, quedarían pocas excepciones⁴; una de ellas sería el caso de las embajadas, quienes seguirían teniendo un régimen especial para la adquisición de productos y servicios en el exterior; otra, el caso de las compras que se hagan con cargo a créditos de entes multilaterales o con ayuda internacional, en la medida en que en esos supuestos el país o el órgano multilateral donante establece las condiciones de contratación. Se prevé asimismo que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en

- 1 Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, Paris, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co Para citar el artículo: Zárate, A. (2016). Editorial. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 3-6, DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.01>.
- 2 El artículo 1.º del Decreto-Ley 4170 de 2011 establece que la Autoridad Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” es una unidad administrativa especial descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.
- 3 Esto implica la tarea de derogar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, así como sus decretos reglamentarios. También se espera que sean eliminados algunos apartes de las leyes 30 de 1992 y 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). Uno de los objetivos expresados por los autores de la reforma consiste en hacer menos enredado y unificar el Estatuto de Contratación. Hoy en día, incluso la Ley 100 de 1993, que define las condiciones del sistema pensional, incluye normas de contratación que se prevé sean derogadas.
- 4 Actualmente se encuentran por ejemplo exentas las empresas de servicios públicos, las universidades estatales, el Banco de la República, las empresas sociales del Estado, el sector defensa, las entidades financieras estatales.

las que el Estado tenga una participación superior al 50%, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al 50%, que estén en situación de competencia con el sector público o privado, nacional o internacional o en mercados regulados, puedan seguir contratando de acuerdo a las normas legales y reglamentarias aplicables a sus actividades industriales y comerciales⁵. Si lo que buscan los autores de la reforma es terminar con los regímenes especiales de empresas oficiales o mixtas de servicios públicos domiciliarios o de entidades financieras de naturaleza pública⁶, es preciso advertir que, al operar en mercados regulados, incluso en situación de competencia, ambos tipos de órganos quedarían cobijados por la "excepción general", tal como esta se encuentra hoy día consagrada por el artículo 93 del Estatuto Anticorrupción.

Otro aspecto que sin duda será objeto de un arduo debate legislativo se refiere al esfuerzo por eliminar del Estatuto de la Contratación Pública la disposición que señala que el Estado debe garantizar el equilibrio económico en los contratos. Para los autores de la reforma, se intentaría contrarrestar lo que es percibido como un estímulo para que los contratistas no presten la debida atención a la correcta determinación de los riesgos en la estructuración de sus propuestas, lo que termina por descargar esa responsabilidad en las propias entidades contratantes. Los autores de la reforma consideran de hecho que los riesgos deben ser estudiados desde el momento mismo en que se convoca el proceso de contratación, debiendo quedar en el contrato establecidas las reglas del juego para mitigarlos, y no en la ley. Es preciso aquí recordar que la razón por la cual se garantiza el equilibrio económico al contratista radica en que, como colaborador de la Administración Pública, cuando está ejecutando un contrato debe continuar garantizando la ejecución de este, aun cuando se den situaciones que normalmente en un contrato de derecho privado hubieran dado lugar a la terminación del mismo. En ese orden de ideas, el equilibrio económico es visto también como un principio que "compensa" inconvenientes como la fuerza mayor, permitiendo al contratista tener la seguridad de que, aun cuando deba permanecer en la ejecución del contrato, también tendrá derecho posteriormente a recibir una compensación por esos perjuicios que se le causan. El debate es incluso más problemático cuando se pretende solucionar la "falta de diligencia" del proponente en relación con los riesgos. Es cierto que ese principio de equilibrio económico es casi una garantía de tranquilidad para el contratista, ya que parece que pudiera liberarse del deber de estimar los riesgos, sabiendo que en cualquier caso le compensarán, pero no siempre esto es así. En efecto, son varios los fallos y laudos arbitrales en los que se condena

5 Art. 93 Ley 1474 de 2011.

6 De acuerdo a lo manifestado a la revista *Dinero*. Entrevista disponible en: <http://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/noticias/la-nueva-reforma-al-estatuto-de-contratacion>

al contratista que, teniendo la posibilidad de conocer un riesgo al momento de presentar la oferta, alega después que la falta de previsión es imputable u obedece a una omisión de la entidad estatal⁷.

Por otra parte, las exigencias propias de un escenario de posconflicto en el que se espera asegurar la atención de población desplazada, víctimas, desmovilizados, reinsertados y veteranos de la fuerza pública, requieren una revisión de los incentivos a los emprendimientos nacionales que actualmente existen en el sistema de compras y de contratación pública. A manera de ejemplo, dentro de las reglas de desempate de ofertas se prevé que la entidad estatal deberá preferir la propuesta del proponente que acredite que por lo menos 10% de su nómina está en condición de discapacidad, según las reglas establecidas en la Ley 361 de 1997. Sin embargo, ¿debemos entender que las personas arriba mencionadas, que se encuentran en condición de vulnerabilidad según la Corte Constitucional⁸, están cobijadas bajo el concepto de "situación de discapacidad"? Si la jurisprudencia constitucional incluye a la población discapacitada dentro de aquellos grupos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, frente a los cuales indica se deben adelantar acciones afirmativas, la disposición prevista en las reglas de desempate en materia de contratación pública no parece cobijar a otros grupos vulnerables como los adultos mayores, las mujeres madres cabeza de familia y, en el marco de los retos que se han identificado para un escenario de posconflicto, a víctimas, desmovilizados, reinsertados y veteranos de la fuerza pública.

Estos son solo algunos de los puntos que darán lugar a interesantes reflexiones durante los meses siguientes de lectura y discusión del proyecto de reforma y su exposición de motivos. Conscientes de la importancia de la contratación pública como una actividad económica fundamental de los gobiernos, la cual tiene impacto en la competencia en los mercados, influyendo en el grado de innovación y en el nivel de un sector específico de la industria, así como en el nivel general de competitividad de los mercados, y en los beneficios potenciales para toda la economía que puede tener una efectiva reforma al marco jurídico que le es aplicable, el equipo editorial de la *Revista digital de Derecho Administrativo* ha querido consagrar el presente número a este tema. Esperamos

7 V., por ejemplo, laudo arbitral del 13 de enero de 2016, Tribunal de arbitramento Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A.-CABG contra Agencia Nacional de Infraestructura-ANI, exp. 2767.

8 Por ejemplo, "consciente de las evidentes desigualdades y las grandes brechas sociales que existen en nuestro país, al consagrar el derecho a la igualdad, el constituyente del 91 incluyó también un mandato para que 'la igualdad sea real y efectiva', que implica que el Estado 'adopte medidas a favor de grupos discriminados o marginados'", en situación de vulnerabilidad. Dentro de estos se encuentran, entre otros, los niños, los discapacitados y los adultos mayores. Ver Corte Constitucional, Sentencia T-342 de 2014.

que las contribuciones de autores nacionales y extranjeros seleccionadas para integrar este número permitan enriquecer el diálogo en torno a esta reforma.

¡Una amena y provechosa lectura!