

**Comentarios generales al Anteproyecto de Ley de Contrataciones
Administrativas del Sector Público
(Análisis Consultor Independiente)**

Se tienen los siguientes comentarios en relación con las mejores prácticas internacionales en la materia:

- **Ámbito de aplicación.** No se cumple con el propósito de lograr la aplicación universal de la Ley, a lo menos por las siguientes razones:
 - **No se deroga la Ley 622 de 2007 sobre “contrataciones municipales”.** Es de la mayor importancia que se tenga un solo modelo contractual público, lo que facilita tanto la operación del sistema como el acceso de los oferentes privados.
 - **La distinción entre contratos “administrativos” y contratos de “derecho civil” limita la aplicación de ley de contratación, genera un problema de competencia jurisdiccional e incentiva la estructuración de contratos que escapen a su alcance.** Se propone que haya una sola categoría de contratos, cuyo juez natural sea el contencioso administrativo. El régimen básico de todo contrato público debe ser el mismo, lo que no impide que se diferencie en la ley claramente aquellos en los cuales se estima necesario hacer uso de poderes excepcionales. Al mismo tiempo, en todo contrato se debe poder hacer uso de todos los instrumentos del derecho privado que no se encuentren expresamente

prohibidos, lo que le da al sistema la flexibilidad requerida para que el Estado pueda satisfacer sus necesidades sin limitarse a tipos de contrato específicamente regulados.

- **Se excluyen materias que no debieran estarlo:**
 - **Las subastas de “bienes particulares”.** Ello podría abrir un camino de escape a procesos de selección simplemente porque un particular organiza una subasta y el Estado concurre a la misma como comprador.
 - **Las adquisiciones militares.** Se prefiere que se les proteja con normas especiales que aseguren reserva cuando sea necesario, pero sin sacrificar la aplicación del conjunto de normas de la Ley.
- **Empresas públicas.** El tratamiento que se da al régimen de las empresas públicas es equívoco, dado que sólo estarán cobijadas en tanto “realicen funciones administrativas”. De seguro se generarán dudas interpretativas para establecer cuáles son “funciones administrativas” y cuales no, de un ente que no está llamado por naturaleza a cumplir “funciones públicas”. Surgirá seguramente también la dificultad de precisar qué es lo que se requiere contratar para el cumplimiento de esas funciones y que no, lo que será un lindero difícil de establecer en la práctica.
- **Régimen de proponentes.**
 - **El anteproyecto no es claro en establecer que las condiciones del proponente se evalúen sólo como criterio de habilitación en proporción al objeto a contratar.** Salvo por el caso de consultoría en donde la preparación y experiencia profesional de los candidatos deber

ser parte de la evaluación de la oferta, en los demás casos ello induce a error y favorece el direccionamiento de los procesos de selección. Corregir este aspecto permitirá además aplicar vigorosamente el principio de “subsannabilidad” de todo aquello que no afecte la oferta misma, en aras de hacer prevalecer lo material sobre lo formal.

○ **Prohibiciones: inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés**

- Es necesario desarrollar este tema en relación con servicios de consultoría con el propósito de asegurar un asesoramiento “neutral” a la entidad que lo contrata.
- Debe revisarse el listado de inhabilidades e incompatibilidades a circunstancias no recogidas. E.g. Personas jurídicas con participación de familiares cercanos de funcionarios, o las relativas a condenados por delitos contra el patrimonio, etc
- La inhabilidad para quien haya participado en el diseño no debe aplicarse cuando el objeto del contrato comprenda el diseño y la construcción
- En materia de “sanciones”, no se ve por qué el ente rector deba mediar en su imposición. Ellas obedecen a la necesidad de la entidad contratante de disciplinar el desarrollo del contrato en procura de su ejecución oportuna. Mucho menos se entiende que se involucre en ello como segunda instancia a la Presidencia de la República. Distinto es que las sanciones tengan consecuencias en el registro, para lo cual bastaría simplemente el reporte de esa circunstancia a la DGCE.

● **Planeación de los procesos de selección**

- Debe contemplarse el contenido mínimo de los estudios previos
 - Los estudios previos deben ser públicos, salvo en circunstancias excepcionales que justifiquen su reserva (adquisiciones militares, por ejemplo)
 - Los comités evaluadores deben aprobar los estudios previos
- **Estructura de los procedimientos de contratación.**
 - Los procesos de selección debieran tener como criterio principal de diferenciación la clase de objeto a contratar y no simplemente la cuantía, de manera que se maximice la eficiencia de la selección
 - No se desarrollan como métodos autónomos de selección las subastas inversas y los contratos marco, que son instrumentos de reconocida eficiencia en diferentes sistemas de contratación, tratándose de objetos contractuales cuya calidad se estandarice. La regulación de estas figuras debiera estar en la ley y en el reglamento, pero no dejarse al casuismo de lo que puedan decidir las entidades compradoras.
 - Los plazos mínimos se deben poder reducir cuando las publicaciones de las convocatorias y de los pliegos de bases y condiciones se hagan en el portal del órgano rector (DGCE). De todas formas el plazo debe ser suficiente para permitir la participación de proponentes extranjeros
 - En relación con la **contratación directa**:
 - Es completamente contrario a las buenas prácticas internacionales la posibilidad de que existan “exclusiones” de procedimiento autorizadas en nombre del interés público por el organismo de control. Las causales de contratación directa deben ser taxativas y objetivas, de manera que baste con verificar el supuesto de la norma para proceder a su aplicación. El control sobre esa “adecuación” debe ser “posterior”. La situación de

autorización previa hoy existente se agrava en el proyecto con el establecimiento de un “silencio administrativo positivo”. No se establece un sistema de publicidad efectivo.

- Se considera adecuado que a la contratación directa no se le trate como una “exclusión” de la Ley de Contratación Administrativa, sino como una modalidad de selección, que debe estar acompañada de ciertos parámetros mínimos que aseguren la objetividad de la misma. Tal es el caso de poder demostrar que la oferta escogida refleja las condiciones del mercado. Así mismo es necesario que sobre estos contratos y sobre sus soportes haya publicidad suficiente para permitir su control social.
- Las causales 6 y 11 no son justificadas, en la medida en que los oferentes debieran competir por la adjudicación de que se trate.
- **Uso de medios electrónicos.** Se observa:
 - Debe ser claro que se aplica el principio de “equivalencia funcional”, por virtud del cual si un documento se encuentra en medio electrónico, el mismo tiene el mismo valor probatorio que el que se encuentre en papel, siempre que el emisor del mismo haya producido el documento en las condiciones de seguridad que el reglamento establezca. En ese sentido resulta impropio establecer una dualidad, como lo hace el proyecto, entre constar “por escrito” o por medios electrónicos. Es claro que al usarse un medio electrónico en realidad “consta” por escrito.
 - Las reglas sobre el alcance y detalle de las publicaciones, así como sobre la manera de universalizar el uso del servicio debieran confiarse al reglamento, de manera que fuera posible su adaptación progresiva.
 - Hay un riesgo de simetría en la información al establecer que algunas publicaciones deban tener lugar tanto en el portal de la DGCE como en

las páginas web de las entidades contratantes. En ese sentido pareciera sólo necesario lo primero, lo que debiera ser obligatorio. Mantener la dualidad apareja el riesgo de inconsistencias que conduzcan a errores de los participantes y de la propia administración, aumentando el riesgo jurídico de la actividad contractual.

- Es necesario darle una salida a las publicaciones electrónicas para las entidades que transitoriamente no posean los medios para acceder al sistema
 - El avance hacia la publicidad a través del medio electrónico sólo tiene sentido si la información es de acceso público (sin claves restrictivas por ejemplo) y si la herramienta tecnológica cuenta con estándares internacionales de seguridad que garanticen que la información no es alterada
-
- En relación con el **régimen de garantías**.
 - **El esquema previsto es muy rígido.** Esta materia podría regularse con mayor facilidad en el reglamento, de manera que se pueda ajustar a las cambiantes situaciones de los mercados, en temas tan sensibles como las diversas clases de garantías admisibles, la no exigencia en veces de garantía de seriedad de la oferta, o la posibilidad de hacer flexible la garantía de cumplimiento de manera que se pueda fraccionar ante la presencia de proyectos complejos y de larga duración, etc.
 - **Debe ser claro que las garantías puedan funcionar a primer requerimiento,** con lo que debe bastar la declaratoria por parte de la entidad asegurada sobre la ocurrencia del hecho generador

- **Recursos**

- **Se estima que el recursos de nulidad ante la Contraloría General no tiene valor agregado.** En firme la decisión de la entidad, simplemente el afectado debe poder ir ante el juez del contrato, sin que deba mediar este recurso suspensivo. De resultar exitoso el recurso el juez del contrato tomará las medidas de reparación patrimonial que estime necesarias.

- **Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos**

- Para que el arbitraje sea efectivo, se debe conferir competencia a los árbitros en relación con todas las decisiones de la administración como contratante. Se podría ser conceder un recurso de fondo (no solamente formal) ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra el laudo cuando quiera que el mismo se haya pronunciado sobre el ejercicio de potestades “exorbitantes”, pero sólo en relación con ellas.
- En relación con la “mediación”, debe ser claro que la misma no requiere de pacto expreso en el contrato, sino de la simple voluntad de las partes. Debe ser claro que los funcionarios que representen a la entidad deben poder realmente negociar en aras de proteger el interés público, el que suele verse mejor servido por la ejecución del contrato que por una controversia con un contratista.