

Contratación estatal en Colombia en el marco de la Ley 80 de 1993 State contracting in Colombia under law 80 of 1993

María E. Arenilla Buelvas¹

<https://orcid.org/0000-0002-1619-8774>

Universidad de Sucre – Colombia

maria.arenilla@unisucrevirtual.edu

Nicanor S. Oviedo Rodríguez²

<https://orcid.org/0000-0002-5745-528X>

Universidad de Sucre – Colombia

conoviedo103@hotmail.com

Wilger A. Salcedo Arenilla³

<https://orcid.org/0000-0002-3412-8745>

Policía Nacional – Colombia

wilger.salcedo3774@correo.policia.gov.co

Recibido: 03/11/2020

Publicado: 10/12/2020

Resumen

La contratación pública como acto jurídico entre entidades se cimienta en obligaciones adquiridas en función de lo delineado en el acta de contrato. En este particular, el propósito del presente escrito es describir la contratación estatal en Colombia con base al direccionamiento de la ley 80 del año 1993, la cual establece las formalidades especiales del mismo. Metodológicamente se desarrolla bajo un enfoque cualitativo a partir de una revisión literaria de documentos legales y escritos de especialistas sobre lo enunciado. Encontrándose que lo tradicional de los contratos se centra en los acuerdos de voluntades, sin embargo, desde el punto de vista de la contratación pública, esta sinergia se rompe, porque la administración pública ejerce las disposiciones especiales cuando existe un incumplimiento por parte del contratista, ejerciendo la unilateralidad sin acudir al recurso contencioso administrativo. Por lo cual se concluye lo desvirtuado que ha resultado ser ciertas contrataciones viciadas por actos de corrupción que suprimen la naturaleza de la contratación estatal enmarcada en la satisfacción de las necesidades sociales.

Palabras Clave: Contratación pública, ley 80, administración pública, incumplimiento, corrupción

Abstract

Public procurement as a legal act between entities is based on acquired obligations based on what is outlined in the contracting document. In this case, the purpose of this document is to describe state contracting in Colombia based on the guidance of Law 80 of 1993, which establishes its special formalities. Methodologically is developed under a qualitative approach from a literary review of legal documents and writings of specialists on the statement. Finding that the traditional nature of contracts focuses on voluntary agreements, however, from the point of view of public procurement, this synergy is broken, because the public administration exercises special provisions when there is a breach by the contractor, exercising unilateralism without resorting to administrative contentious appeal. Therefore, certain contracts have been flawed by acts of corruption that suppress the nature of state contracting framed in the satisfaction of social needs.

Key Words: Public procurement, law 80, public administration, non-compliance, corruption

¹ Magíster en Tributación y Política Fiscal. Especialista en Gerencia de la Hacienda Pública. Contador Público. Egresada de la Universidad San Martín. Investigador de la Universidad de Sucre, Docente de la Universidad de Sucre.

² Contador Público. Especialista en Finanzas. Magíster en Tributación y Política Fiscal. Docente de la Universidad de Sucre, Investigador de la Universidad de Sucre.

³ Técnico en Servicio Nacional de Policía Nacional, Gestor de Participación ciudadana, Funcionario Público, Investigador Policía Nacional.

Introducción

Una de las formas en que se organiza la sociedad moderna es el Estado, donde de manera compleja los diferentes sectores sociales pueden tener participación en las decisiones que afectan a la comunidad y que buscan la satisfacción de sus necesidades. En Colombia la Constitución Política de 1991 producto de una asamblea nacional constituyente, define el accionar del estado y establece los principios bajo los cuales se direcciona su actuación para la satisfacción de los gobernados, dando el poder público al pueblo que de manera directa o por medio de las personas que lo representan expresan sus inquietudes sobre los diferentes lemas que a ellos le corresponden.

En el caso de los fines del Estado es claro que el artículo 2 de la carta política establece que el estado debe servir a la comunidad y velar por que participen en las decisiones que les atañen (Asamblea Nacional Constituyente. 1991), por lo cual las acciones de este deben ir encaminadas precisamente a buscar la manera más apropiada de garantizar el mejor nivel de vida posible de sus habitantes con las herramientas que dispone. En atención a esto, parte, de las acciones que el Ejecutivo realiza en la administración pública involucran la utilización de recursos económicos, por lo cual se deben utilizar los mecanismos necesarios para garantizar el uso eficiente de los mismos y que estos sean destinados para lo que fueron asignados, en función de la atención a las necesidades de la sociedad.

Particularmente, se diseñan programas, políticas, proyectos, todos de carácter público, para lo cual se invierten recursos, frente a este panorama la constitución define la competencias del congreso para aprobación de un estatuto general de contratación, que mediante la ley 80 de 1993, es adoptado en el país con la finalidad de que las entidades estatales buscan el cumplimiento de los mismos y la prestación de los servicios sociales, gracias a la participación de los particulares, los cuales obtienen utilidades al desarrollar y cumplir con estos fines ' (Gorbaneff, 2003).

Según lo anterior, se relaciona el contrato con un acuerdo entre las partes, donde el gobierno busca el cumplimiento de los fines del estado y los particulares o entes oficiales pretenden ejecutar la tarea, en las condiciones establecidas. También es reconocida la contratación estatal como un proceso complejo donde se requiere el conocimiento de la norma y sus disposiciones, para evitar caer en errores que posteriormente pueden traer responsabilidades de tipo penal, fiscal o disciplinaria.

Sin embargo, a pesar de lo enunciado anteriormente, se reconoce que el país ha afrontado a partir de la promulgación del estatuto general de contratación una serie de problemas de corrupción que han demostrado el incumplimiento por parte de los contratistas y las grandes pérdidas millonarias de recursos monetarios públicos.

Por esa razón, el presente escrito se fundamenta en una revisión literaria general de lo establecido en la ley 80 de 1993 conocido como el estatuto general de contratación en Colombia, para primero buscar una definición de los conceptos más relevantes a tener en cuenta en el sistema de contratación estatal, luego se realiza una descripción de algunos elementos importantes que contempla la norma y por último se referencian algunos de los principales problemas que afronta el estado en torno al sistema en mención.

En este sentido es una investigación descriptiva de carácter documental sustentada en una revisión literaria a partir de documentos legales que sustentan el sistema de contrataciones públicas enmarcadas por el estado colombiano y sus implicaciones. Asimismo, el enfoque de la investigación es cualitativo fundamentado en la recopilación de información sobre la contratación estatal y el accionar de los actores intervinientes en los procesos licitatorios en función de la atención del colectivo en común como responsabilidad de estado en atención social generalizada.

Generalidades de la contratación estatal en Colombia a partir de la Ley 80 de 1993

Se hace necesario iniciar abordando el término de *Entidades Estatales* como aquella institución del estado que con su accionar ayuda al cumplimiento de los fines de este, para contribuir a satisfacción de las necesidades de la comunidad. En función a ello, el artículo 2 de la ley 80 de 1993 establece como entidades estatales la nación, los entes territoriales, territorio de indígenas las empresas estatales, la procuraduría general de la nación, la fiscalía y en fin todas aquellas que puedan celebrar contratos de esta índole.

Asimismo, el *Contrato Estatal* en la intervención como contratante se reconoce al estado colombiano, que utiliza la contratación como herramienta para satisfacer las necesidades y cumplir con los fines de este. En tal sentido, (Patiño, 2008), lo define como la actividad preferentemente consensuada de la administración pública, desarrollada bajo condiciones legales, con reglas (claras) naturalmente prestablecidas con el propósito que el Estado cumpla con las finalidades previstas en el ordenamiento jurídico.

En el caso de la contratación pública existe un marco legal definido por la ley 80 de 1993 y otras normas, que debe cumplirse a cabalidad, por la responsabilidad que tiene el estado de buscar el alcance de sus fines. Por otra parte, el artículo 32 de la ley 80 establece como contratos estatales a aquellas actuaciones de carácter jurisprudencial que dan lugar a las responsabilidades de las entidades en cuestión, de acuerdo a las normas y disposiciones legales, así como también aquellas en el ejercicio de su autonomía (Congreso de la República, 1993).

Por otra parte, la figura del *Contratista* como la persona natural o jurídica que está a cargo de la ejecución de un contrato de cualquier tipo para entidades públicas o

privadas. Para este estudio en particular esta definición está supeditada al campo de lo público, por lo cual es normal que se entienda que en esta área de la contratación exista un mayor compromiso para el cumplimiento de las normas y por ende la responsabilidad social del contratante.

Asimismo, las *Clausulas Exorbitantes* como disposiciones contempladas en los contratos que se derivan del acuerdo de voluntades entre las partes, partiendo de esta premisa podríamos decir que en la contratación pública no existe igualdad entre las partes, puesto que la administración cuenta con ciertos privilegios que le otorga la ley y que le permiten actuar cuando se percibe algún tipo de inconveniente en el proceso.

Las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la administración, lo que hace que el principio de igualdad que caracteriza los contratos privados se rompa y que se le otorgue a las entidades públicas contratantes, privilegios, que le permiten desarrollar ciertas actuaciones unilaterales, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente; es decir, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, amparada en el principio de la ejecución oficiosa de los actos administrativos. (Giiachá, 2006).

En referencia al *Consortio* se establece que por lo menos dos o más personas deciden presentar una misma propuesta para que surta el proceso de adjudicación, teniendo en cuenta que cada una de ellas debe responder de forma solidaria por todas aquellas actuaciones contrarias a lo establecido en las normas respectivas (Congreso de la República 1993). Además, también se entiende esta figura jurídica como un modelo de colaboración en el campo del Derecho público, para la promoción y ejecución de obras y servicios de interés general. (Orozco, 2001).

Hablando de la *Unión temporal* se referencia cuando por lo menos dos o más personas se unen para presentar una propuesta que pretenden sea adjudicada, aunque la responsabilidad es solidaria, se debe tener en cuenta que en el caso de que exista un incumplimiento sus integrantes responden de acuerdo a su participación (Congreso de la República, 1993). Mientras que la *Adjudicación* es el acto administrativo motivado en el cual la administración selecciona al proponente que haya obtenido el mayor puntaje o que haya presentado el mejor precio, después del proceso de evaluación, sobre este no procede recurso. Y la *Liquidación* se presenta cuando se pretende hacer un ajuste de cuentas entre las partes, se produce con el objetivo de que tanto el contratista como el contratante con respecto a lo establecido en el contrato estipulen las acreencias a favor o no de cada uno (Hernández, 2009).

Luego de tener una idea general de los conceptos asociados a la contratación estatal o pública según la categorización expresa en la ley colombiana número 80, se esbozan a continuación las etapas del proceso contractual en el territorio neogranadino, con el propósito de buscar el cumplimiento de los fines del estado, a través de la participación de terceros que ejecutan el contrato para el cumplimiento de su objeto con fines

sociales, es por eso que la contratación se fundamenta en los principios de eficiencia, transparencia, economía y responsabilidad.

Antes de entrar a especificar las etapas que se deben dar para el proceso de contratación pública, es bueno conocer que tipos de modelos de selección se pueden realizar según el decreto 2474 de 2005:

- a) Licitación pública como el proceso de selección utilizado por las entidades estatales mediante el cual escoge a sus contratistas a través de una invitación de carácter público que se dirige a todas las personas potencialmente interesadas en ejecutar un contrato y que demuestren cumplir con los requisitos (Ministerio de Relaciones Exteriores, s.f.). Se realiza cuando el valor del contrato es considerablemente alto y su complejidad es mayor, y no es más que un procedimiento en el cual a través de una invitación pública se escoge a los contratistas que demuestren su interés para realizar el contrato para escoger una propuesta que represente mayor favorabilidad.
- b) Selección abreviada, utilizada cuando se requiere simplificar el proceso de contratación, debido a características como el monto y el tipo de contrato que se pretende realizar, el objeto y aquellas situaciones especiales que lo requieran, con el objetivo de que este proceso sea lo más eficiente posible.
- c) Concurso de méritos, esta modalidad se realiza por concurso abierto o preclasificación, con el objetivo de escoger consultores o proyectos los criterios a tener en cuenta la experiencia, conocimiento, entre otros (Manuel Sánchez Abogados Consultores y Asociados Ltda. 2009). Se debe tener en cuenta que dicha modalidad busca premiar más la capacidad intelectual que puede demostrar el contratista que el criterio económico que se utiliza en otros tipos de contratos, por lo cual cuando se requiere vinculación en propiedad por ejemplo de personas a la planta de personal de entidades estatales, se adelantan concursos de méritos donde se aplican una serie de instrumentos que buscan seleccionar a las personas más capaces.
- d) Contratación directa, esta modalidad de contratación opera en los casos específicos que contempla la ley, en la que se debe tener en cuenta el principio de economía también, ya que se busca la selección de la propuesta más viable desde este punto de vista. Entre los casos en los que se puede presentar este tipo de contratación encontramos la urgencia manifiesta, los empréstitos, cuando se quieren arrendar inmuebles, para los de carácter científico y tecnológico, entre otros (Ministerio de Relaciones Exteriores, s/f).

Ahora bien, se referencian las etapas del proceso contractual que se desarrollan en la contratación estatal en Colombia de acuerdo a lo contemplado en la normatividad vigente. Sin embargo, se parte de la planeación como un proceso fundamental de la administración pública, porque permite por medio de un análisis del presente y de lo que queremos a futuro, tomar las decisiones más acertadas para la gestión de la administración, teniendo en cuenta aspectos o factores internos o externos que pueden influir sobre este proceso.

El caso específico de la contratación estatal esta etapa es muy importante porque permite identificar cuáles son las necesidades del contrato, con qué recursos económicos cuenta la administración para la financiación, si el contrato se ajusta a los estudios previos como los técnicos, económicos y jurídicos, pero además si está ajustado al plan de necesidades y de compras, todo esto con el fin de satisfacer las necesidades de los director beneficiarios que son las comunidades (Ministerio de Relaciones Exteriores, s/f).

Seguidamente la publicación del proyecto de pliegos y convocatoria pública, para ello, inicialmente la administración pública plantea un proyecto de pliegos que después de los procesos de modificación respectivos se convertirán en los pliegos definitivos, sobre los cuales se desarrollara el proceso licitatorio. Como proyecto está sujeto a que las personas interesadas que lo revisen después de su publicación hagan las sugerencias, preguntas y observaciones, con el objetivo de mejorar lo contemplado en este documento, pero además se debe tener en cuenta que este proyecto debe ser lo más cercano posible al pliego definitivo, contemplando todas las reglas y condiciones bajo las cuales se va a desarrollar.

Como herramienta fundamental para la publicidad de la contratación estatal en Colombia el país cuenta con el portal único de contratación, que es una página de internet donde las entidades públicas que estén adelantando estos procesos suben toda la información respectiva para que el público pueda acceder a esta de manera transparente. Sin lugar a dudas esto permite que con mayor facilidad se pueda plantear por parte de los interesados las observaciones del caso, teniendo en cuenta que hay fácil acceso a la información.

Después que se atienden todas las recomendaciones y se realizan los cambios respectivos, so procede mediante acto administrativo de carácter general dar apertura al proceso de selección y se publican los pliegos de condiciones definitivos. Dando paso a la apertura de la licitación pública y pliegos definitivos, el cual debe contener el objeto del contrato, las publicaciones que se van a hacer con respecto al proceso y facilitar el acceso a todos los interesados del pliego de condiciono definitivo, con el objetivo de que toda la información necesaria que deban conocer los interesados se encuentre disponible y sea de fácil acceso. El pliego de condiciones se constituye en el acto jurídico que contiene las reglas de juego en torno al proceso de contratación,

contemplando aspectos como los costos, la calidad, evaluación, liquidación, monograma, entre otros, aspectos (Presidencia de la República, 2012). que sin lugar a dudas obedece a lo contemplado inicialmente en el proyecto de pliego, pero con los ajustes a los que haya lugar después del proceso de publicación Posteriormente se hace un proceso de tipificación del riesgo y las aclaraciones respectivas.

Seguidamente la preparación las ofertas, audiencias y adjudicación como acto administrativo de carácter definitivo sobre el cual no proceden recursos, en el que se mediante acto motivado se selecciona el proponente que haya obtenido la mayor calificación o presentado el mejor precio después de surtido el proceso de evaluación (Presidencia de la República, 2012).

Contratación pública: Suscripción, liquidación y actuaciones

Después de adjudicada la licitación aun proponente se procede a perfeccionar el contrato con la firma entre las partes, pero se debe tener en cuenta que en caso de que a la persona que se le adjudico no suscriba el contrato se procede a hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta constituida con anterioridad y de acuerdo a lo contemplado en la ley se procede mediante un acto motivado que se le adjudicara el contrato al segundo proponente con la calificación más alta.

Por otra parte, en atención a la liquidación del contrato estatal, el ajuste de cuenta entre las partes intervinientes es importante analizarlo puesto que el incumplimiento del contrato pactado o acuerdo mutuo entre las partes afecta el proceso, sin embargo, hay momentos que se da por terminado el proceso cuando existe algún tipo de inconveniente que no permita que se cumpla con el objeto contratado. Cuando se presenta un incumplimiento del contrato y se reconoce, se debe establecer que queda debiendo el contratista o que le queda debiendo la entidad a él, teniendo en cuenta que obligaciones no se cumplieron.

Cuando se perfecciona el contrato es claro que dentro del documento se pactan en caso de que se presente un incumplimiento del contratado unas prestaciones y contra prestaciones, teniendo en cuenta las obligaciones que tienen las partes, razón por la cual se pueden hacer inefectivas las multas o cláusulas penales pecuniarios (Hernández, 2009).

Cuando se presenta la liquidación se debe estipular mediante acta de acuerdos, conciliaciones y transacciones, acordadas entre Las partes para dar por terminado los inconvenientes y declararse a paz y salvo (Congreso do la República, 1993). Por otra parte, cuando se presenta la liquidación de manera unilateral por parte del organismo contratante se procede mediante acto administrativo motivado, Lo que da lugar a que se hagan efectivas las cláusulas pecuniarias y multas, y a una sanción al contratista que no inhabilita para contratar por un periodo de tiempo.

En atención a las actuaciones en función de la contratación estatal en Colombia, se denota la corrupción como principal problema que afronta la contratación pública en el país, pero nos quedamos cortos si afirmáramos que solo se presenta en esta función de la administración pública, sino más bien es un tema generalizado que ha desangrado el erario público colombiano y que a lo largo de la historia a involucrado hasta funcionarios de la más alta jerarquía en los diferentes estructuras organizacionales públicas.

La corrupción es un acto por medio del cual personas se apropian de manera ilegal de los recursos estatales para su propio beneficio "la apropiación privada (indebida) de un bien público", pero no es solo el hecho de que las personas se apoderen de recursos, si no también que toda aquella actuación que involucre la pérdida de los mismo también es un acto de corrupción que se da cuando una persona ilícitamente pone sus intereses personales por encima de los intereses generales que está obligado a servicios (Martínez y Ramírez, 2006).

Por otra parte, se pueden definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza. (Gómez, 2008).

Dentro de los principales factores que permiten el desarrollo de la corrupción están los comentados por Martínez y Ramírez (2004):

- El agente goza de arbitrio y tiene bajo nivel de responsabilidad
- Hay poca probabilidad de que el agente sea descubierto y sancionado rápida y eficientemente
- El agente posee poder monopólico sobre el diente.
- Bajo salario del agente.
- Escaso costo moral por aceptar sobornos.
- Mínima satisfacción moral para ser honestos.
- El cliente beneficiado por las circunstancias anteriores ofrece un soborno lo suficientemente alto para persuadir al agente a costa del principal.

Conclusiones

La contratación estatal en Colombia es un proceso complejo que se desarrolla sobre los principios de eficiencia, transparencia, economía y responsabilidad, con el objetivo de que terceros ejecuten los contratos públicos que le permitan a las entidades dar cumplimiento a los fines del listado, teniendo en cuenta que los contratados conducen a la satisfacción de las necesidades de la comunidad o para el buen funcionamiento de las entidades que también tiene un fin que beneficia de una u otra manera a la población.

Los modelos de selección de contratitas en Colombia buscan escoger a aquellas personas que ofrezcan mayores garantías para el cumplimiento del objeto del contrato, es así que a través de la licitación pública se contratan montos generalmente altos por medio de una invitación pública para escoger la propuesta más favorable, la selección abreviada busca simplificar el proceso de contratación de acuerdo a condiciones especiales, por otro lado el concurso de méritos busca escoger consultores o proyectos que demuestren tener las capacidades para ser seleccionados y la contratación directa que opera en casos especiales contemplados por la ley y que busca también seleccionar la propuesta más favorable.

La corrupción es el principal problema que atenta contra la contratación pública en el país, teniendo en cuenta que han sido muchos los casos conocidos en los cuales se han apropiado de manera ilegal de los recursos del Estado, pero también los costos de transacción por pago de comisiones desangran el erario público y desvirtúan los fines esenciales que debe cumplir el contrato para la satisfacción de las necesidades sociales.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente (1991), Constitución Política de Colombia, Bogotá: Colombia
- Congreso de la República (1993). Ley 80: Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Bogotá: Colombia.
- Gorbaneff, Y. (2003). La ley 80 y la teoría económica, Revista Vniversitas, páginas 25 – 44.
- Hernández, A. P. (2009). La liquidación del contrato estatal. Revista Externado, 1-15.
- Manuel Sánchez Abogados Consultores y Asociados Ltda. (2009). Régimen de contratación estatal modalidad de concurso de méritos. Bogotá: Colombia
- Martínez, F. & Ramírez, J. M. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana; una aproximación desde el neo institucionalismo, Revista Reflexión Política, 8(15). 148 - 192.
- Martínez, F. & Ramírez, J. M. (2004). La corrupción y los costos de transacción: Una mirada desde la contratación estatal colombiana. Revista Cuadernos de Administración Vol. (33), págs.38-59.
- Ministerio de Relaciones Exteriores (s.f). Régimen Contractual en Colombia. Bogotá: Colombia.

Orozco, J. D. (2001). Sobre los consorcios y registro único de proponentes en las legislaciones españolas y colombiana *Revista de derecho*, 17 280 -290.

Patiño, J. E. (2008). Presunciones de la contratación estatal. *Revista Principio Juris* (9), páginas 47-67.

Presidencia de la República (2012), *Manual de Contratación*, Bogotá: Colombia.