

CRISIS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA
CONTRATACION ESTATAL

DANNY STIVER BOBADILLA MOTTA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSGRADOS FORUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ
2011

CRISIS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL

DANNY STIVER BOBADILLA

PROPUESTA PARA DESARROLLAR EL ENSAYO A FIN DE OBTENER EL
TITULO DE ESPECIALISTA EN CONTRATACION ESTATAL

Doctor WILLIAM BARRERA
Asesor asignado

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS-FORUM
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
BOGOTÁ
2011

INTRODUCCION

Tal y como va a ser precisado, se pretende como primera medida, demostrar las causa que dan origen al problema que se suscita dentro de la actividad contractual, relacionada principalmente con la vulneración al principio de transparencia en la actividad contractual del Estado.

Si bien las reformas que se han presentado en las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal, consisten-según el legislador- en la necesidad de profundizar la transparencia en la actividad contractual, también lo es que dicho fin se ve desvirtuado con la pluralidad existente tanto en procesos de selección, como en los criterios aplicables a los mismos

1. LA CRISIS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

La contratación estatal, es actualmente foco de amplios cuestionamientos, en lo que hace relación al manejo de los recursos del estado –*Estado entendido como aquel conjunto de organizaciones que en su totalidad poseen la facultad de establecer las normas que guíaran una determinada sociedad, ejerciendo su poder en un territorio establecido.*- que dejan en evidencia que el área de contratación pública es sensible a la corrupción.

La corrupción es un flagelo que ataca todos los sectores de la sociedad, y sin temor a equivocarnos este fenómeno se presenta en todos los países del mundo, por supuesto Colombia no está lejos de ocupar una de las primeras posiciones dentro de este no muy prestigioso ranking.

Para nadie es un secreto la influencia que ha tenido este fenómeno dentro de los procesos contractuales de la nación, tanto en las entidades territoriales como en las empresas, entes y demás establecimientos del sector público, ocasionando no solo un detrimento patrimonial, sino generando una falta de confianza e incredulidad por parte de los ciudadanos frente a todas las entidades del sector público.

Es menester entonces abordar dicha problemática enfocada básicamente a la influencia de dicho fenómeno dentro de los procesos de selección y la importancia de éstos en la actividad contractual, pues en un sin número de oportunidades a quedado demostrado, que por el hecho de no aplicar el proceso adecuado se ha puesto en juego el patrimonio público, destinado a satisfacer el interés general y las necesidades colectivas así como a los diferentes cometidos del estado.

Sobran razones fácticas para abordar este tema, pues día a día nos enteramos del desdén al que es sometido nuestro erario público por parte de las autoridades que aprovechan el esquema de contratación estatal en Colombia, el cual presenta una gran cantidad de vacíos, que permiten aplicar excepciones que benefician intereses particulares, como ocurre, por ejemplo, en los casos en que los contratistas llegan a manipular información a fin de presentar ofertas especialmente bajas en precios que permita ganar la licitación o en el caso en el que se presentan monopolios de contratistas, que son considerados como los únicos capaces de ofrecer productos o servicios al Estado, pasando a ser la

posición dominante en la actividad contractual, vulnerando entre otros principios esenciales de la contratación, la libre competencia.

De manera que es necesario hacer referencia a los criterios de selección con el fin de mostrar la evolución del tema que nos ocupa, a fin de determinar cuales son los aspectos que importan a la administración: ¿contratar por el mejor precio, escoger la mejor propuesta, o vincular al mejor proponente?, o será posible establecer un único criterio de selección en el que se atiendan todos los anteriores propósitos.

Conforme a lo anterior se debe adelantar un estudio encaminado a determinar cuales son los problemas que se presentan dentro del estatuto de la contratación estatal, para así enfocarnos a determinar cuales serían las posibles respuestas a los problemas identificados. Esto a fin de demostrar por qué es necesario que la entidad pública escoja al contratista basado en criterios objetivos de selección, dejando de lado consideraciones caprichosas o subjetivas, para que así predomine siempre el interés público y lograr una correcta escogencia del contratista en los procesos de selección, que logre los cometidos estatales vinculados con la administración y por consiguiente satisfacer el interés público que ha debido tenerse en su celebración.

Ahora bien con el transcurrir del tiempo y al estar frente a la necesidad de mejorar la eficiencia y transparencia en la contratación estatal, con la reformas a que ha sido sometido el estatuto de contratación y en general las normas que regulan esta actividad, el objetivo único no puede ser otro, que el de permitir que la contratación pública sea un instrumento de política económica y social al tiempo que incentivar en la misma la utilización de herramientas modernas, ligadas a la tecnología.

Esto no se trata de implantar un sin número de procedimientos, si no, disminuir dichos trámites junto a sus costos de transacción, a fin de obtener mayor transparencia y a la vez eficiencia que conduzca a reducir sobre costos relacionados con la compra pública, por ejemplo, disminuyendo los trámites para quienes venden a la administración, y no incurra en costos de transacción adicional en lo que puede incidir un particular que se dedica a la misma actividad.

Lo que conlleva a modificar las formas de selección, no creando más modalidades, contrario sensu, hacer de los que se creen unos más simples y expeditos, estableciendo principios para el tratamiento de las condiciones habilitantes de los proponentes; implantando de manera concreta el principio de selección objetiva; flexibilizando el régimen de garantías; dilucidando lo

concerniente a la liquidación; así como prohibiendo el cobro de pliegos de condiciones y poner a la par a las entidades estatales con los particulares en el desarrollo de todas las actividades industriales y comerciales.

Con la globalización y la tecnología que avanzan día con día, se debe implantar de manera progresiva dentro de la contratación estatal, los medios electrónicos, a fin de que existan equivalencias funcionales de los documentos electrónicos, de forma que sea posible sustanciar y adoptar decisiones administrativas del proceso contractual por estos medios, que posean el mismo valor jurídico de las consignaciones materiales, es decir de los documentos.

Ahora bien con las disposiciones que aplican en materia de contratación se dispone que la escogencia del contratista se efectuará con arreglo de las modalidades de selección de *licitación pública*, *selección abreviada*, *concurso de meritos* y *contratación directa*, esto conforme a la Ley 1150 de 2007 y la nueva modalidad denominada *mínima cuantía*, conforme al Decreto 1474 de 2011, lo que conlleva a pensar que la misma pluralidad en los procesos de selección, hagan que el fin que motiva la reforma a las normas de contratación pública, cual es la lucha contra la corrupción se desdibuje, generando desconfianza, toda vez que surgen un sinnúmero de interpretaciones de las disposiciones legales, más aun cuando estos deben reglamentarse, por parte del operador judicial.

Un ejemplo claro lo tenemos con el Decreto Reglamentario 066 de 2008, que contrario al fin para el que fue expedido-efectiva aplicación de la ley- aumento la confusión, desencadenando una mora en la ejecución de los contratos debido a las dudas que en cuanto a interpretación genera la reglamentación, pues se excede esa facultad reglamentaria, en lo relativo a la suspensión de la licitación y la revocatoria directa del acto de apertura, haciendo difícil su comprensión, interpretación y más aun la aplicación.

Por otro lado se origina en las entidades la dificultad de definir los riesgos que puedan afectar la contratación, por la misma falta de reglamentación, pero que no solo se centre en la distribución de riesgos, sino que se busque en caso de que suceda, el restablecimiento del equilibrio económico para que deje de ser una obligación única de la entidad del estado.

No existe tampoco claridad en los criterios de evaluación, pues definida la experiencia como factor habilitante y no ponderable, las entidades no pueden establecer de manera clara criterios con los que se pueda medir la responsabilidad y seriedad, que junto al precio, serían los dos únicos factores a los que se les

puede adjudicar puntaje en los procesos por licitación pública. Lo que lleva a que desde la misma creación del pliego se estén direccionando los procesos, abriendo las puertas a la corrupción.

Estas dificultades puede observarse de manera clara con el sistema de subasta inversa y en los casos en los que el precio se toma como único criterio para evaluar las ofertas, casos de selección abreviada, cuando se requiere adquirir elementos de características técnicas uniformes, más aun cuando se carece de herramientas tecnológicas, que hacen más dispendiosa la actividad de subasta, haciéndolas presenciales, que si bien es cierto permiten un ahorro en el erario público, también lo es que la eficacia no es la esperada, pues se dejan de lado aspectos tan relevantes como la mayor garantía ofrecida, lo que degenerará muy seguramente el incumplimiento de contratos, por falta de las mismas garantías e igualmente se puede prestar para la comisión de actividades delictivas, como es el lavado de activos y similares.

Con la implementación del nuevo principio de selección objetiva, en el establecimiento del “pasa, no pasa”, al hacer el señalamiento de los criterios de selección objetiva aplicable a cada uno de los procesos, se supone que las condiciones del proponente no podrán ser objeto de calificación sino de simple verificación, como criterios mínimos de capacidad del oferente, desvirtuando la objetividad que debería ser propia de los contratos.

Desde el momento en que se expide la Ley 80 de 1993, se pretende incluir, incorporar algunas reglas particulares para la evaluación de ofertas habilitadas. Las cuales pueden enunciarse como la variación de algunas de las pautas establecidas en el artículo 29 ibídem. Estas y a manera de ejemplo, vale citar: *i) Bajo ninguna circunstancia y en lo relacionado con los contratos de obrapública, el menor plazo podrá ser objeto de evaluación. ii) En los eventos en los que el proceso de contratación tenga por objeto la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el único factor de evaluación será el precio del bien o servicio correspondiente, iii) En las hipótesis de selección de consultores no resultará posible, tomaren consideración el precio de la consultoría como factor de selección.*

En relación con el aspecto antes descrito, se puede hacer referencia igualmente al artículo 68 del Decreto 2474 de 2008, donde se establecen los criterios de evaluación de las propuestas técnicas, aquí la calificación recae principalmente sobre la formación y la experiencia profesional del equipo de trabajo en relación directa con los servicios previstos, excluyendo aspectos como el económico.

Corolario y si bien cierto, con la modificación a la legislación aplicable en los procesos de selección, se pretendía garantizar la objetividad dentro de los procesos, también lo es que con el simple hecho de que exista pluralidad en estos y en los criterios de evaluación, queda totalmente desvirtuado el hecho de que el principio de transparencia sea respetado a cabalidad dentro de la actividad contractual del estado, por la misma dualidad interpretativa que ha de presentarse.

CONCLUSION

En Colombia existe una normatividad y marco legal vigente que regula y normaliza la contratación estatal, que permite guiar y controlar los procesos de contratación que hacen los servidores públicos, pero esta no es suficiente y eficaz hasta que exista una homogeneidad en los procesos de selección así como en la interpretación que de la norma se haga.

Aunado a lo anterior, se podría pensar en respaldar el principio de transparencia, con el respaldo de un marco legal externo, como es el estatuto anticorrupción y las leyes que existen en Colombia, que castigue de manera ejemplar el mal proceder de los servidores públicos, como también la sanción moral que debe imponer la sociedad.

El fenómeno de la corrupción hay que entenderlo desde el contexto social, para ello hay que procurar por generar una cultura anticorrupción en todos los estamentos de la sociedad, mediante programas diseñados desde la academia y los principales factores socializadores del pueblo colombiano

BIBLIOGRAFIA

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, La Nueva contratación pública en Colombia, Bogotá D.C.LEGIS.57p

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer, Régimen jurídico del contrato estatal, Bogotá, LEYER. 189p

VIVEROS ARCINIEGAS, Felipe, Reforma al régimen de contratación estatal, Universidad de los Andes, Bogotá 78p

VILLAMIZAR SCHILLER Eddy Alexander, El derecho colectivo “Moralidad administrativa” en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. Bogotá. Universidad del Rosario.173p

Nombre Asesor(a) Wilian Barrera Fecha asignación del Asesor: 24 de Junio de 2011

Título del trabajo de grado CRISIS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Nombre de los alumnos:

1. Danny Stiver bobadilla Motta

2. _____

3. _____

Especialización:

CONTRATACIÓN ESTATAL

DESARROLLO DE LA ASESORIA

Sesión	Fecha	Tema, aspecto o fase desarrollada	Observaciones
	5 de agosto de 2011	Una vez asignado como asesor para el desarrollo de mi ensayo jurídico, adelantamos una reunión en las instalaciones de la universidad donde se le dio a conocer al Dr. William el tema que pretendía desarrollar	El asesor considera necesaria hacer una inclusión de normas relacionadas con el tema, para hacer un diferencia entre los criterios de selección y los inconvenientes que genera dicha pluralidad
2a	19 de agosto de 2011	Se adelanto un reunión con el asesor en las instalaciones de la Universidad del Rosario, para conocer los vances hechos en el trabajo.	Visto el proyecto, el asesor considera necesario hacer profundización en el marco normativo, así mo correcciones de tipo formal relacionados con la gramatica y ortografía
3a	25 de agosto de 2011	Se envio el proyecto via correo electronico, a fin de que sea corregido en los aspectos dispuesto	El asesor manifiesta que se deben hacer estudios de jurisprudencia para tener mayor fundamentación en el desarrollo del ensayo, asi como algunas otras correcciones de tipo formal.
4a	13 de septiembre de 2011	Luego de haber adicionado jurisprudencia relacionada y adelantado las correcciones citadas se envio el ensayo para obtener la asesoria correspondiente	El asesor considero que el ensayo se encuentra ajustado a las observaciones que se dispusieron, por lo que en lo relacionado al fondo se encuentra finalizado, pero sugiere hacer las ultimas correcciones de forma relacionadas con la ortografia.
5a	20 de septiembre de 2011	Se envio el Ensayo con la totalidad de cambios formales	El Dr. William Barrera considera que el Ensayo esta finalizado en su totalidad por lo que solicita, se envíen los formatos para formalizar la aprobacion del ensayo

6a			
7a			
8a			
9a			
10a			

FIRMAS ALUMNOS:

DANNY STIVER BOBADILLA MOTTA

FIRMA ASESOR(a):

doctor(a) WILLIAM BARRERA