

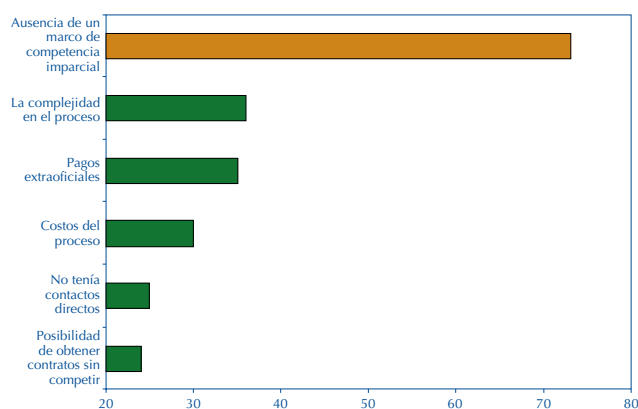
LA REFORMA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ¿UNA REFORMA EXITOSA?

I. Introducción

La regulación de la contratación pública es esencial para la adecuada utilización de los recursos públicos. En primer lugar, a través de la contratación pública se ejecuta una gran parte del presupuesto. Más de la mitad del presupuesto anual de las entidades de nivel central se ejecuta a través de diferentes esquemas de contratación. En el 2004, las entidades públicas del orden nacional y territorial suscribieron 161 mil contratos de monto superior a la mínima cuantía que ascendieron a \$20,4 billones, es decir, 8% del PIB. El presupuesto susceptible de contratación se estimó en \$34,3 billones o 13,5% del PIB.

En segundo lugar, la regulación no debe entenderse solamente como una herramienta de control contra la corrupción. También debe diseñarse como una herramienta que permita desarrollar las políticas públicas, y que actúe de manera coordinada y articulada dentro de los diferentes roles del Estado como administrador de los recursos públicos. Estas dos funciones de la contratación son complementarias. Si la regulación no controla la corrupción, muchos contratistas con las capacidades requeridas dejan de participar, y se puede llegar a un mundo donde ni se controla la corrupción, ni se ejecutan las políticas públicas de manera eficiente. Tal como lo muestra el Gráfico 1, en el 2004 el 73,1% de los empresarios encuestados afirmaron que no participaron en procesos de contratación pública por la ausencia de un marco de competencia imparcial.

Gráfico 1
ABSTENCIÓN EN LA CONTRATACIÓN
EMPRESARIOS, 2001-2003 (%)



Fuente: "Información y corrupción en Colombia", DNP, mayo de 2005.

El artículo 209 de la Constitución consagra los objetivos de una contratación transparente y eficiente, que luego fueron reglamentados por la Ley 80 de 1993, o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Después de más de diez años de aplicación del estatuto de contratación, diversos estudios, la mayoría contratados por el mismo gobierno, demostraron que esta ley es obsoleta y que es necesario adecuarla a las realidades actuales, especialmente ahora, después de una profunda crisis económica que terminó en mayores exigencias de eficiencia por parte del Estado. Basado en estos estudios, la administración del presidente Uribe presentó al Congreso tres proyectos de reforma a la ley de contratación.

Los dos primeros no surtieron el trámite necesario en el Congreso, y, después de casi cuatro años, el 15 de Mayo pasado el Congreso aprobó una reforma a la ley de contratación del sector público.

El proyecto aprobado se presentó al Congreso durante la segunda legislatura del 2005. En su momento, ECONOMIA Y POLITICA lo estudió y encontró adecuada su estructura, aunque sugirió revisar algunos de sus artículos para impedir ciertas formas de corrupción. Este número se dedica a analizar la reforma aprobada y los cambios que el proyecto sufrió en su paso por el Congreso. FEDESARROLLO encuentra que la reforma mejora la forma de contratación del sector público, pero que algunos de los cambios introducidos durante los tres primeros debates pueden terminar debilitando su función de herramienta de transparencia y eficiencia.

2. El proyecto de reforma a la ley 80 de 1993

La reforma a la Ley 80 de 1993 sufrió un largo camino. Los proyectos de ley 007 del 2003 (Cámara) y 035 de 2004 (Cámara). no lograron ser aprobados debido a la congestión en la agenda legislativa. En efecto, estos proyectos de reforma compitieron con reformas tan importantes como la reelección presidencial y la discusión de la Ley de justicia y paz. Sin embargo, estos intentos generaron el ambiente para la discusión sobre la ley de contratación, y en el 2005 cuatro nuevas propuestas de reforma se consolidaron en el actual proyecto de ley que se encuentra en trámite. Tres de estas fueron radicadas por miembros del Congreso, y una cuarta fue radicada nuevamente por el poder ejecutivo¹.

Los intentos fallidos anteriores parecen haber generado el debate y el consenso necesario para alinear los intereses de diferentes partes y consolidar un solo proyecto. Adicionalmente, el Departamento Nacional de Planeación contrató una serie de estudios encaminados a identificar y diseñar la mejor forma de reformar la ley de contratación. El primer estudio, coordinado por el

Banco Mundial, culminó en el 2000 con el estudio “Informe de evaluación de adquisiciones del país -CPAR”, y generó el diseño de la “Misión de Contratación” en donde varios especialistas estudiaron 26 temas neurálgicos de la contratación². Basado en estos estudios el gobierno, expidió una serie de directivas y decretos encaminadas a fortalecer la Ley 80³.

¿Qué contiene la reforma a la ley 80? En primer lugar, se trata de modificaciones puntuales a la Ley 80. Es decir, no se trata de expedir un nuevo estatuto para la contratación, sino de modificar el actual. Los dos ejes centrales que busca la reforma son la transparencia y la eficiencia en la contratación pública. Tal como se afirmó anteriormente, estos dos ejes son complementarios. Una ley que a través de trámites y procedimientos engorrosos impida una buena gestión puede ser tan perjudicial como la corrupción en la consecución de las metas de las políticas públicas.

La reforma visualiza la complementariedad entre la eficiencia y la transparencia a través de la simplificación de los procesos de contratación y de la generación de información pública clara, transparente y verificable. La simplificación de los procesos permite que la contratación se ejecute de manera eficiente, a la vez que la información es una herramienta de ataque contra la corrupción. La simplificación de los procesos puede reducir en algunos casos la contratación de 4 ó 5 meses a algunas horas.

Específicamente, la propuesta original contenía 17 artículos a través de los cuales se busca modificar las reglas de contratación y generar mejor información para el control y el seguimiento:

- Modificar las modalidades de selección en la contratación de acuerdo a las características del objeto. Estas modalidades son: i) la licitación pública, cuando la complejidad del objeto amerite una cuidadosa evaluación; ii) la selección abreviada, cuando se trate de adquirir bienes de “características técnicas uniformes y

¹ El proyecto de ley 020 de 2005 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos” es la consolidación de los proyectos 013, 019, 032 y 083 de 2005.

² Ver Documento Conpes 3186 “Un política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, DNP; 31 de Julio de 2002, Bogotá.

³ Ver Documento Conpes 3249 “Política de contratación pública para un Estado Gerencial”, DNP; 20 de Octubre de 2003, Bogotá.

de común utilización⁴; y iii) selección de consultores (“concurso de méritos”). La reforma busca con estas modalidades que los gastos generales se contraten de manera diferente que los gastos de inversión.

- ❑ Modificar la evaluación de las propuestas. Esta se centraba en las características de los oferentes, más que en la propuesta técnica y el precio del producto contratado. Es decir, tenía más posibilidades de ganarse el contrato quien tuviera mejores características preestablecidas, independientemente del precio y de la calidad del producto que ofreciera. Con la reforma, las características del oferente son ahora un requisito mínimo, y la evaluación de la oferta se hará de acuerdo al precio y a la calidad. La verificación de las condiciones de los contratistas estarán en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio.
- ❑ Estas simplificaciones y readecuaciones se acompañan con el diseño del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOPI- para hacer seguimiento y control de la gestión pública.
- ❑ Otro punto importante es la repartición de los riesgos entre contratante y contratista. Para esto, la entidad conratante debe identificar e incluir en los pliegos de contratación todos los riesgos previsibles. Por su parte, el contratista debe valorarlos e incluirlos en el costo de su oferta. De esta manera se tendrá in horizonte claro de los riesgos y de sus costos, y la entidad contratante podrá conocer estos costos y negociar sobre ellos.
- ❑ En aras de la transparencia, los pliegos deben publicarse, y deben ir acompañados de todos los estudios que la entidad considere necesarios para desarrollar el objeto de la contratación. La reforma también busca eliminar algunos de los costos de la contratación que en últimas terminan siendo pagados por el Estado, como los costos de los pliegos.
- ❑ Otras medidas de transparencia son las relacionadas con el uso de subastas de licitación pública, y con la reglamentación de contratos interadministrativos que actualmente son una “vena rota de los recursos del Estado”⁵.

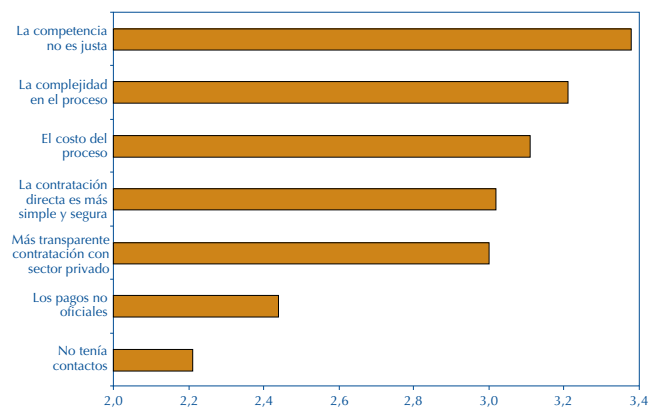
⁴ Ver exposición de motivos del proyecto de ley original.

¿Porqué resulta tan importante esta reforma? Tal como se anunció en la introducción, más de la mitad de los gastos del gobierno central se realizan a través de contratación. El monto de la contratación es entonces significativamente grande: en el 2004 fue de \$20,4 billones (8% del PIB), pero es susceptible de contratarse \$34,2 billones o el 13,5% del PIB. Gracias a esta reforma, los ahorros anuales de recursos públicos puede llegar a \$1.000 millones de pesos⁶.

Sin embargo, los efectos positivos de la reforma no se verán sólo en los ahorros en los recursos públicos. El Gráfico 2 muestra como los factores más importantes para que los empresarios no participaran en la contratación pública son la falta de competencia, la complejidad del proceso, y sus costos. Por su parte, el Cuadro 1 muestra como entre las prácticas más realizadas en la contratación están los ajustes a los pliegos al interés de una empresa.

De hecho, de acuerdo con Transparencia Internacional, la percepción de mayor corrupción se encuentra en los entes públicos (Gráfico 3). Aunque Colombia está por debajo del promedio de América Latina, la percepción de la corrupción en algunas instituciones es muy alta.

Gráfico 2
ABSTENCIÓN EN LA CONTRATACIÓN
EMPRESARIOS, 2004 (Calificación 1-5)



Fuente: “Información y corrupción en Colombia”, DNP, mayo de 2005.

⁵ Ver Gaceta del Congreso No. 96, Cámara de Representantes, Bogotá, Martes 27 de marzo de 2007, Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley No 057 de 2006 de Cámara, y 020 de 2005 de Senado.

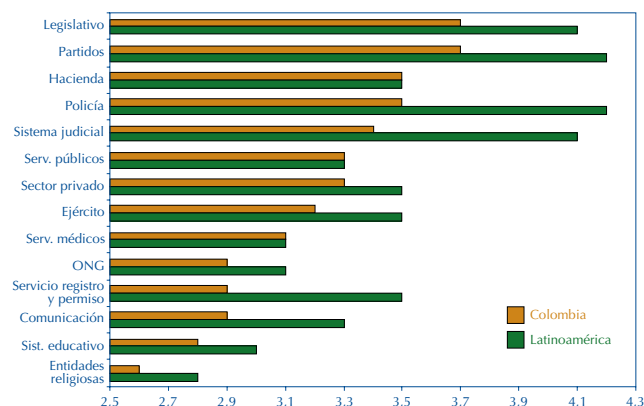
⁶ Ver Naranjo, Salomé, “El perfil de la contratación pública colombiana”, Proyecto de contratación pública BIRF-DNP, DNP, octubre 2006.

Cuadro 1
PRÁCTICAS DE CONTRATACIÓN CON EL ESTADO
EMPRESARIOS, 2004

Porcentaje de siempre + casi siempre	(%)
Monopolio de contratistas	38
Ajuste de especificaciones al interés de una empresa	33
Aprobación de ofertas que no cumplen requisitos	24
Fraccionamiento de contrato	23
Modificación injustificada de contrato durante ejecución	22

Fuente: "Información y corrupción en Colombia", DNP, mayo de 2005.

Gráfico 3
IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN EN DIFERENTES
SECTORES E INSTITUCIONES, 2006



Pregunta: ¿En qué medida percibe que los sectores siguientes se ven afectados en su país/ territorio por la corrupción?

(1: nada corrupto, ... 5: muy corrupto).

Fuente: Barómetro Global de la Corrupción de Transparency International 2006 - Informe.

En suma, además de la importancia de la contratación como herramienta para ejecutar las políticas públicas, la percepción de corrupción y la abstención de empresarios para participar son altas. Tal como se mostró, los principales artículos de la reforma aprobada van en esta vía de simplificar los procesos, abaratar sus costos, y hacer que las evaluaciones sobre las ofertas se hagan sobre la calidad y el precio y no sobre las características de los oferentes. Estas medidas invitarían a más empresarios a participar en la contratación. Diferenciar los contratos por el objeto del mismo, más que por su cuantía, van en la misma dirección. De hecho, tal como lo muestra la exposición de motivos, la simplificación en la con-

tratación, que ya había sido reglamentada en algunos puntos a través del decreto 2170 de 2002, había generado ahorros importantes en tiempo y en dinero. Por ejemplo, Ecopetrol ha logrado que sus procesos de contratación en algunos casos se reduzcan de 2 meses a 4 días hábiles. Por su parte, entidades como Ecopetrol, Banco Agrario, y FEN han obtenido ahorros que varían entre 18 y 38% de lo presupuestado inicialmente.

3. Los cambios que se introdujeron en el debate

La ley aprobada tiene 34 artículos, frente a los 17 inicialmente propuestos. Entre los cambios más positivos se encuentran los Acuerdos Marco de Precios. Con estos acuerdos se busca garantizar la unificación de precios, especialmente para la compra a través del rubro gastos generales (i.e. sillas, papelería, y en general suministros). Estos Acuerdos Marco de Precios empiezan a acercar a la administración pública a un sistema de costos.

Sin embargo, existen dos puntos importantes no debidamente tratados por la ley. El primero se refiere a los regímenes excepcionales. Entre los diagnósticos de los estudios contratados por el DNP hay uno relacionado con la atomización de la normatividad de la contratación y la existencia de hasta 35 regímenes especiales. La reforma busca resolver este problema en su artículo 14 al afirmar que "Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta (...), sus filiales y las Sociedad entre Entidades Públicas (...) estar sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...)". Sin embargo, el artículo 13 afirma que las entidades no sometidas a la ley 80 deben aplicar los principios de los artículos 209 y 267 de la Constitución. Es decir, aunque la reforma trata de disminuir el número de regímenes especiales, deja las puertas abiertas para crear otros.

Por su parte, el cambio que FEDESARROLLO considera más grave en este proyecto de ley se relaciona con las concesiones. El artículo 29, "de la adición y prórroga de los contratos de concesión de obra pública", dice que aunque no habrá prórrogas automáticas a las concesiones, de todas maneras podrá adicionarse al valor de los contratos de concesión de infraestructura hasta un 60% del valor inicial del contrato, siempre y cuando no implique modificación del objeto contractual.

Por un lado, por su complejidad, los contratos de concesiones eben tener un Estatuto aparte. Las concesiones no se refieren solamente a la contratación de una obra, sino también a un complejo acuerdo entre contratista y contratante respecto a los ingresos para su mantenimiento durante un lapso de tiempo razonable. Adicionalmente, estos contratos son, en principio, diferentes, dependiendo del sector y de la tecnología de la contratación en la cuál se apliquen. Introducir en el Estatuto Orgánico de contratación este único artículo, por medio del cual se puede adicionar el 60% del valor original del contrato y de sus inversiones implica una renegociación permanente de los contratos, incluso cuando queda poco tiempo para su expiración, con la consecuente reversión de bienes a favor del Estado.

4. Conclusiones

FEDESARROLLO considera que, exceptuando los artículos relacionados con las concesiones, la reforma aprobada a la Ley 80 va en la dirección correcta para adecuar la contratación a las realidades actuales. Adicionalmente, esta reforma ajusta la contratación a la nueva realidad impuesta por el TLC con los EE.UU.⁷. Es de esperarse que los requerimientos para los contratantes no se conviertan en trabas que desdibuje un esquema de competencia.

La reforma también busca evitar la corrupción en la contratación a través de una información transparente con el diseño del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP. FEDESARROLLO considera que este es un paso importante, y espera que este sistema se implemente eficazmente en el menor tiempo posible. Para esto es también necesario tener en cuenta la organización institucional que se encargue de manejar y verificar la calidad del sistema.

Por último, la contratación pública debe adecuarse a otras herramientas que facilitan el uso de los recursos públicos, en particular, a las reglas que rigen el proceso presupuestal. Un estatuto que demore la contratación durante varios meses, frente a un presupuesto público que busca la eficiencia en el gasto y que busque evitar el uso de reservas como herramienta para que las entidades públicas se apropien de una proporción mayor de los recursos, es contradictorio. FEDESARROLLO considera que la reforma va en esta dirección, pero que aún es necesario hacer ajustes, tanto a la contratación como a las leyes e instituciones presupuestales mismas, para que el presupuesto y la contratación sean complementarios.

⁷ Ver, por ejemplo, la presentación del DNP en dónde se hace una comparación entre la Ley 80 teniendo en cuenta las modificaciones que el proyecto actual haría, y la ley "marco" sugerida por las Naciones Unidas (UNCITRAL). "La ley modelo de UNCITRAL sobre la contratación de bienes obras y servicios frente a la ley 80 de 1993", Gonzalo Suárez Beltrán, Proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP.