

ECONOMÍA Y POLÍTICA

ANÁLISIS DE LA COYUNTURA LEGISLATIVA



Comentarios a: cmejia@fedesarrollo.org

No. 8 - Agosto 2005

Director: *Mauricio Cardenas S.*
Editores: *Carolina Mejia M. - Gustavo Morales C.*

La reforma a la contratación pública

UNA TERQUEDAD ADMIRABLE

1. El entorno legislativo del proyecto: un panorama favorable

Por tercera vez consecutiva, el Gobierno presentó, al inicio de la presente legislatura 2005-2006, el proyecto de ley que busca modificar el actual régimen de contratación pública contenido en la Ley 80 de 1993. Se trata de un ejemplo de persistencia admirable, toda vez que la suerte del proyecto en legislaturas anteriores ha sido supremamente negativa, hasta el punto que en la última ocasión ni siquiera fue objeto de primer debate.

Sin embargo, en esta ocasión, el entorno político y legislativo parece ser mucho más favorable para la aprobación del proyecto. Para empezar, le corresponderá dar el primer debate a la Comisión Primera del Senado, que suele ser una de las comisiones más serias y estudiosas del Congreso. Adicionalmente, en este momento la Comisión está integrada por varios precandidatos presidenciales, que podrían utilizar el proyecto para dar ejemplo de seriedad, compromiso con el país y visión de largo plazo.

En tercer lugar, a diferencia de las legislaturas anteriores, en ésta oportunidad no hay en la agenda de la Comisión Primera, en particular, y del Congreso, en general, proyectos de complejo y polarizante contenido como si lo fueron los proyectos sobre reelección presidencial, garantías electorales, reforma pensional o el llamado “de justicia y paz”. En esa medida, es probable que este proyecto de contratación pública pase a la parte alta de la lista de prioridades de la Comisión.

En cuarto lugar, el gobierno mismo, a través del Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio del Interior, se ha encargado de presentar un proyecto más conciso que los anteriores, enfocado solamente hacia los aspectos del régimen vigente de contratación que requieren de urgente reforma, y por lo tanto, menos susceptible a las injerencias indebidas por parte de los grupos de interés.

En quinto lugar, a pesar de que en legislaturas pasadas el proyecto no surtió un trámite exitoso, su existencia le permitió al país dar un debate técnico y académico sobre los principales problemas en materia de contratación pública y sobre su posible solución. De esta forma, se puede pensar que el contenido de este último proyecto responde a un consenso importante, y por lo tanto, su discusión parlamentaria se dará en un contexto pacífico desde las tribunas gremiales y académicas.

Por último, las primeras señales sobre el trámite de este proyecto son positivas: el equipo de ponentes está integrado por Germán Vargas (coordinador, Cambio Radical), Hernán Andrade (presidente de la Comisión), Darío Martínez (liberal) y Antonio Navarro (Polo Democrático). El coordinador de ponentes ha manifestado públicamente su intención de radicar la ponencia a la mayor brevedad.

Todos estos factores permiten concluir que el proyecto (radicado como el proyecto No. 20 Senado 2005) no tendría razones para fracasar en esta ocasión.

2. El régimen de contratación pública: un equilibrio difícil

El legislador que enfrenta el desafío de redactar una nueva normatividad sobre contratación estatal debe conseguir un difícil equilibrio entre la necesidad de garantizar la mayor pulcritud en el manejo de los dineros públicos, por una parte, y por otra, un suficiente nivel de agilidad y eficiencia con el fin de no abrumar a la administración pública con una carga excesiva de reglas que paralicen su marcha.

En efecto, la existencia de un régimen especial para los contratos del Estado puede conducir, si se lleva al extremo, a una parálisis de la administración pública: una situación en que el cumplimiento de los requisitos y procedimientos legales es tan puntilloso que el Estado se vuelve incapaz de contratar al ritmo que las necesidades del gasto público exigen. Esto no es una hipótesis teórica. Son comunes las carreteras a medio construir, andenes sin terminar, o los proyectos de modernización tecnológica que se interrumpen abruptamente por algún lío legal derivado de la compleja estructura legal que rodea este tipo de contratos. En consecuencia, la sabiduría del legislador en esta materia consiste en respetar el hecho de que la contratación pública se hace con dineros públicos, y al mismo tiempo, impedir que esa circunstancia afecte la marcha eficiente y oportuna de la administración pública.

Para el logro de ese objetivo, la conocida Ley 80 de 1993 constituyó en su momento un avance importante en comparación a los regímenes anteriores. No obstante, es claro que aún existen vacíos y limitantes que el actual proyecto pretende suplir y, sobre todo, que la

dinámica de la economía y el surgimiento de nuevas modalidades de contratación, (especialmente para los grandes proyectos de infraestructura) no encuentran en el régimen vigente un marco suficientemente flexible. En consecuencia el proyecto busca mantener los principios básicos que deben inspirar la contratación con dineros públicos, pero pretende que su aplicación práctica sea más eficiente y ordenada.

3. La contratación pública y la economía

La ciencia económica ha estudiado el fenómeno de la contratación pública desde el concepto económico de *costos de transacción* y desde el efecto de la corrupción en el manejo de dineros públicos. Los costos de transacción, ampliamente estudiados en la literatura económica desde su introducción por Coase (1937)¹, se definen como el gasto en que debe incurrir una persona, empresa o entidad para que se lleve a cabo una transacción de bienes o servicios. Es así como mayores costos de transacción se traducen en menor actividad económica, menor dinamismo del sector productivo y, en últimas, en condiciones poco favorables para el crecimiento económico. Uno de los costos de transacción que ha identificado la literatura es el costo de negociar un contrato entre dos partes, que surge de la formulación de contingencias y repartición de responsabilidades entre las partes y potencialmente, de la renegociación y de la imposición de acuerdos que se realicen ex-post². En este sentido, la regulación del Estado sobre la contratación puede ser un factor que aumente los costos de transacción, si es compleja, inestable e inequitativa, o por el contrario, que los disminuya, si promueve la transparencia, las reglas de juego estables y poca tramitomanía.

En segundo lugar, la corrupción en el manejo de recursos públicos es costosa para la economía, no sólo en el sentido de la desviación de recursos hacia actividades improductivas, sino también en términos de capital social (Misas et al. 2005)³. Varios estudios del Banco Mundial y el FMI han señalado una clara correlación negativa entre el nivel de corrupción (percibido por los empresarios) y el nivel de inversiones y desarrollo económico⁴. Entre las conclusiones generales de algunos de ellos se menciona (relacionado a su vez con el punto anterior) que los sobornos aumentan los costos de transacción, así como la incertidumbre en la economía y la política, lo que afecta las decisiones de inversión de los empresarios. También se menciona la existencia de una relación inversa entre corrupción y pobreza y entre corrupción y distribución del ingreso, lo que repercute en el desarrollo de la sociedad.

De acuerdo a la Corporación Transparencia por Colombia “el país continúa rajado en materia de nivel de percepción de corrupción”. El Índice de Percepción de Corrupción 2004 de Transparencia Internacional, ubica a Colombia en el puesto 60 entre 146 países

¹ Coase, Ronald. (1937). *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.

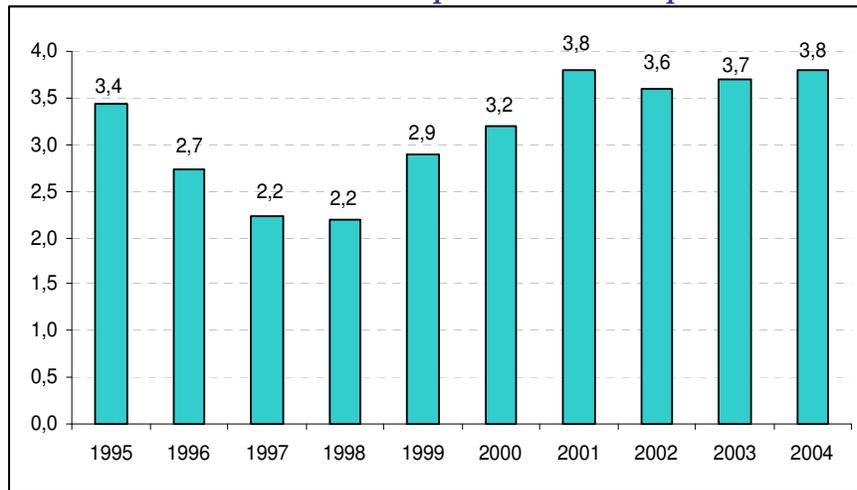
² Un análisis detallado del papel de los costos de transacción en el esquema de contratación pública en Colombia ver Gorbaneff, Yuri. (2002). “Contratación pública en Colombia y la teoría económica”. Archivos de Economía No. 205, Departamento Nacional de Planeación.

³ Misas, G., Oviedo, J. Y Franco, A. (2005). *La lucha anticorrupción en Colombia: Teorías, prácticas y estrategias*. Publicación de la Contraloría General de la República y PNUD.

⁴ Ver los estudios de Vito Tanzi, y Gordon Tullock al respecto.

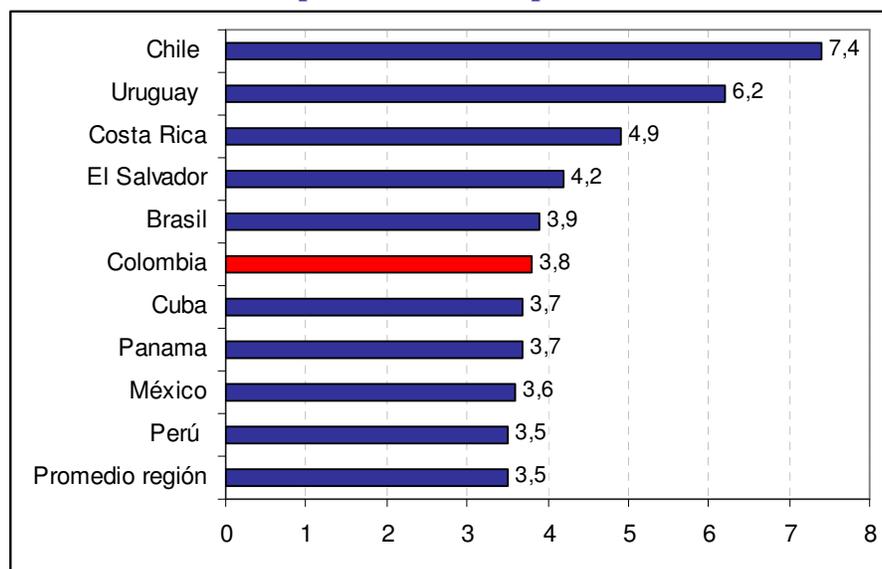
del todo el mundo, con un puntaje de 3,8 sobre 10 (10 es el máximo deseable), como muestra el Gráfico 1. Este puntaje no representa mayores cambios respecto a los últimos años desde 2001, pero representa una mejoría frente a los resultados obtenidos a finales de la década pasada, cuando Colombia ocupaba el puesto 79 entre todos los países. Si se compara Colombia con el resto de países latinoamericanos para el año 2004, vemos que a pesar de estar por encima del promedio de la región, se encuentra por debajo de países como Costa Rica, Uruguay y Brasil. En todo caso, los resultados del índice muestran que Colombia debe tomar medidas para mejorar la percepción de corrupción entre empresarios, académicos y analistas de riesgo, los encuestados para la construcción del Índice.

Gráfico 1. Evolución Índice de Percepción de la Corrupción en Colombia



Fuente: Corporación Transparencia por Colombia.

Gráfico 2. Índice de Percepción de la Corrupción 2004 en América Latina

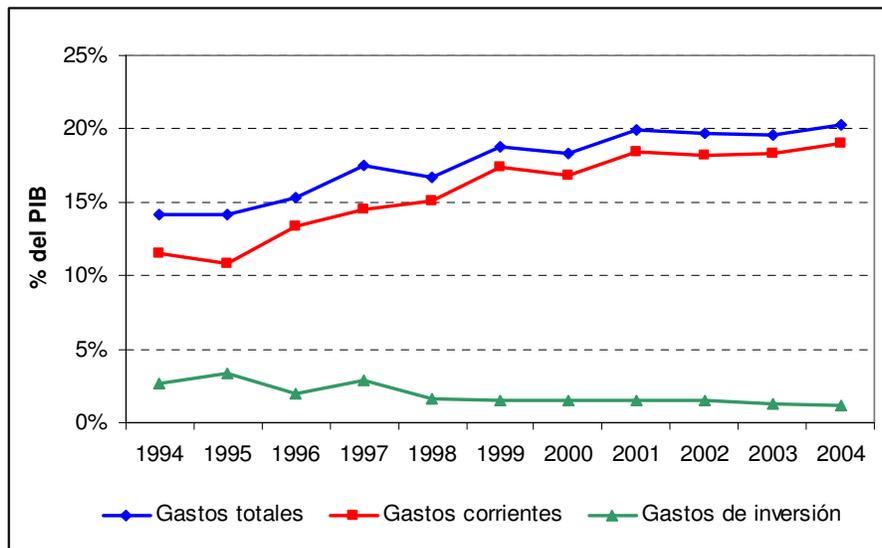


Fuente: Corporación Transparencia por Colombia.

4. Contratación pública en Colombia

Varias veces se ha señalado el considerable aumento del gasto público en Colombia desde mediados de la década pasada, como consecuencia del mayor tamaño del Estado, de mayores compromisos en materia de transferencias a las entidades territoriales, de mayores pagos por concepto de intereses de deuda pública y del creciente pasivo pensional. El Gráfico 3 muestra que en el año 2004, el gasto total del Gobierno Nacional Central alcanzó el 20% del PIB, cerca de seis puntos porcentuales por encima de lo que era hace diez años. El componente principal ha sido el gasto corriente, conformado a su vez por los gastos de funcionamiento y el servicio de la deuda pública, que representaron en 2004, 15% y 4.1% del PIB respectivamente. Como es de esperarse, un mayor gasto público implica necesariamente mayor contratación pública, lo que explica que ésta haya alcanzado a representar 11% del PIB (Departamento Nacional de Planeación).

Gráfico 3. Gasto del Gobierno Nacional Central



Fuente: Departamento Nacional de Planeación

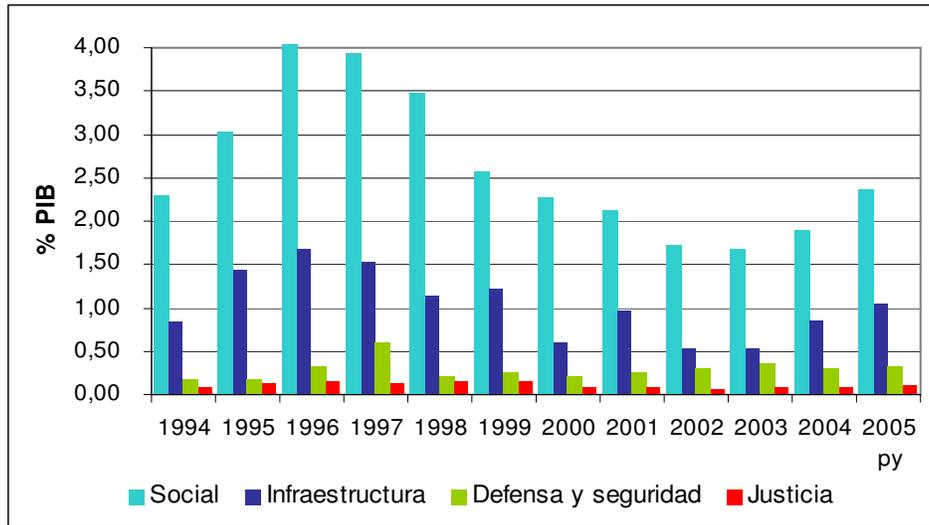
Respecto a la inversión, donde también se lleva a cabo una porción considerable de la contratación con dineros públicos, el

Gráfico 4 presenta la descomposición de la ejecución del presupuesto nacional en inversión para los años 1994-2004⁵. En primer lugar se observa que a pesar de la desaceleración que se registra a partir de 1996, en los últimos años la inversión pública se ubica alrededor del 4% del PIB. El grueso de ésta, 2.36% del PIB en 2004, se lleva a cabo en el sector social, en los sub-sectores de educación, salud, seguridad social, agua potable y saneamiento básico y empleo. Le sigue el sector de la infraestructura que para el mismo año fue cercano a 1% del PIB y donde la contratación pública por medio de concesiones

⁵ Se incluyen las proyecciones del Departamento Nacional de Planeación para el presente año.

es práctica común. Como explican Cárdenas et al. (2005)⁶ en la última década, el tema de la infraestructura se vio relegado a un segundo plano detrás de los temas fiscales, sociales y de seguridad pública. Sin embargo, los autores explican que esta tendencia se está revirtiendo, motivo por el cual se espera en un futuro cercano aumente la inversión en infraestructura, particularmente la contratación de obras civiles en carreteras.

Gráfico 4. Componentes de la inversión pública



Fuente: Departamento Nacional de Planeación

Con el fin de tener una idea de cuál sería el efecto de hacer los contratos con el estado más eficientes y menos conflictivos, las tablas siguientes muestran la evolución de dos tipos de contrataciones públicas: las licitaciones y la contratación directa. Más allá de los recursos comprometidos, lo que salta a la vista son las cantidades. En el año 2004 se abrieron alrededor de 1.200 licitaciones públicas, por un valor de 5.285 miles de millones de pesos. Para ese mismo año, se llevaron a cabo 1.000 contrataciones directas, equivalentes a un monto de aproximadamente 600 miles de millones de pesos.

Tabla 1. Licitaciones públicas

	Acumuladas a Diciembre (miles de millones de pesos)					
	2003		2004		2005*	
	Monto	Número	Monto	Número	Monto	Número
Nacional	3.818	1.146	5.004	892	644	371
Territorial	75	204	282	307	281	286
Total	3.893	1.350	5.285	1.199	707	320
% PIB	1,7%		2,1%			

* Hasta julio 2005. Fuente: Portal Único de Contratación (PUC).

⁶ Cárdenas, M., Gaviria, A. y Meléndez, M. (2005). “La infraestructura de transporte en Colombia”. Documento de trabajo Fedesarrollo.

Tabla 2. Contrataciones directas

Acumuladas a Diciembre (miles de millones de pesos)						
	2003		2004		2005*	
	Monto	Número	Monto	Número	Monto	Número
Nacional	3.818	1.146	481	1.714	2.975	1.194
Territorial	8	73	87	908	380	833
Total	3.826	1.219	568	1.020	2.985	957
% PIB	1,7%		0,2%			

* Hasta julio 2005. Fuente: Portal Único de Contratación (PUC).

Estos datos ponen de presente la enorme importancia de tener un adecuado régimen legal de contratación pública, y de ahí la relevancia del proyecto de ley.

5. El enfoque general del proyecto

El proyecto de ley 20 de 2005 no pretende sustituir o modificar íntegramente la vigente Ley 80 de 1993. De hecho, su título es diciente en el sentido de que “introduce medidas para la eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993...”, es decir, mantiene a la Ley 80 como la columna vertebral de la contratación pública en Colombia, pero busca ajustarla y mejorarla en algunos aspectos puntuales. Este enfoque es acertado, por cuanto no se justifica modificar de manera total un estatuto de contratación que no sólo está ya profusamente asimilado en todas las instancias estatales y judiciales, sino que también contiene una regulación que, en términos generales, no parece necesario cambiar.

Debe señalarse que en materia de transparencia, la Ley 80 es particularmente profusa y abundante, y no parece que los problemas de corrupción que a lo largo de su vigencia se han presentado se deban a insuficiencias en su texto, sino a la aplicación y a la interpretación que de ella se ha hecho. En punto a la transparencia, no parece que la clave del asunto pase por nuevas modificaciones legales, sino por una aplicación estricta y rigurosa de las existentes. El aspecto fuerte del proyecto, en cambio, parece ser el de la eficiencia, en el que hay espacio para la mejoría desde las normas mismas, como lo veremos en detalle más adelante.

Dice la exposición de motivos del proyecto que sus principales objetivos son los siguientes:

- Orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución.
- Diseñar procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales.
- Utilizar mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala.
- Incorporar probados mecanismos para “extraer valor” en el proceso contractual (subastas, compra por catálogo, uso de bolsas de productos), y

- Establecer indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.

Para el logro de estos objetivos, el proyecto, de apenas 18 artículos, introduce modificaciones al régimen vigente, tales como las siguientes:

- A. Se mantiene el principio general de que los contratos deben adjudicarse mediante el riguroso proceso de licitación pública, pero cambia el criterio de excepción a esta regla general. Mientras que hoy en día la denominada *menor cuantía* es el criterio determinante para que no haya licitación, el proyecto propone que sea el objeto del contrato el que exima de ese engorroso procedimiento. Así, por ejemplo, la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes podrá hacerse por un mecanismo de selección abreviada. Esto significaría, según el DNP, que el 80% de la contratación pública se haría por este rápido procedimiento, pues para este tipo de adquisiciones, no tiene sentido aplicar todo el complejo ritual de una licitación pública.. El caso típico es la compra de elementos de oficina para una entidad pública.
- B. Se autoriza a las entidades públicas a contratar por Internet.
- C. Para evitar duplicidades, se fortalecen las funciones de las Cámaras de Comercio en el manejo del llamado Registro Único de Proponentes, con el fin de que sean éstas, y no las entidades públicas, las que verifiquen los prerequisites de los postulantes.
- D. Con mucho acierto, el proyecto reformula el régimen vigente en materia de garantías de los contratos públicos. En las normas actuales, existe una figura denominada “garantía única”, que si bien puede tener alguna utilidad en contratos de menor cuantía, es absolutamente inoperante para grandes proyectos de infraestructura. El mercado asegurador mundial actual no expide pólizas únicas para contratos de tan alta complejidad y de tan larga duración. El proyecto permite que en estos casos, el aseguramiento se haga por etapas o por distintas categorías de riesgo, y de esta manera supera los inconvenientes que se han presentado en casos recientes como, por ejemplo, el de la construcción del túnel de la Línea..

6. Los lunares del proyecto

Los aciertos del proyecto en su enfoque general, y en la gran mayoría de sus artículos, no son óbice para comentar dos aspectos puntuales que deberían desaparecer del mismo, para darle más coherencia y no reiterar errores del pasado.

En primer lugar, sería conveniente que los ponentes eliminaran el artículo 14 del proyecto, cuyo texto es el siguiente: “Con el fin de garantizar el mayor beneficio socioeconómico posible de los recursos fiscales involucrados en la contratación, se podrán adoptar medidas que tengan por objeto beneficiar el desarrollo de la pequeña y

mediana empresa. De conformidad con los criterios que señale el reglamento, podrán establecerse convocatorias públicas limitadas a los miembros de estas categorías de proponentes, así como establecer medidas que promuevan la subcontratación preferente de las mismas, sin perjuicio de otras que mejoren su competitividad en el mercado de la contratación estatal”.

Esta norma parece anunciar, desde su misma redacción, un escenario futuro de manipulaciones, súbitas escisiones de empresas grandes en pequeñas y medianas para favorecerse de esta discriminatoria medida e interminables debates jurídicos sobre lo que es y no es una “pequeña y mediana empresa”. Se trata de una norma que traerá consecuencias imprevistas, ninguna de ellas saludable. Va en contravía del espíritu que inspira el resto del articulado, pues introduce un elemento de preferencia en la contratación –“ser pequeña o mediana empresa”– que en nada contribuye a la eficiencia o a la transparencia, que es de lo que se trata el proyecto. Las pequeñas y medianas empresas no deben tener un tratamiento preferencial por el sólo hecho de serlo y su capacidad para contratar debe depender de la calidad de sus productos y servicios, su solidez empresarial, y el cumplimiento de los requisitos en cada proceso contractual, no de su tamaño. Esta norma podría llevar al absurdo de que en algunas entidades públicas se marginen grandes empresas (que, por cierto, también dan empleo, pagan impuestos y generan desarrollo), a favor de empresas que, incapaces de ofrecer un producto mejor, se amparan en su condición de “pequeñas o medianas” para excluir, por esta vía, a sus competidores más fuertes.

El otro punto que debería reexaminarse en el proyecto tiene que ver con el procedimiento para celebrar operaciones de crédito público, y, en especial, la participación de la conocida Comisión Interparlamentaria de Crédito Público en dicho trámite. El proyecto reitera, con algunas limitantes, una vieja disposición según la cual “las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto de la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público...”

El proyecto, en lugar de reiterar esta disposición, debería suprimirla. Se trata de una injerencia de la rama legislativa, no autorizada por la Constitución en el manejo del crédito público. En esta materia, el papel del Congreso, según la Constitución, es supremamente importante pero limitado a conceder, *mediante ley*, autorizaciones al Gobierno para negociar empréstitos (Art. 150, #9), y a dictar, también *mediante ley*, las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse la organización del crédito público (Art. 150, #19). Cualquier otra participación del Congreso en las operaciones específicas de crédito público, por fuera de este marco constitucional, afecta la independencia de los poderes, y vulnera la regla según la cual el Congreso no puede “inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades” (Art. 136, #1).

El año pasado la Corte Constitucional abordó este debate (Sentencia C-264 de 2004) e, infortunadamente, declaró que la intromisión de unos pocos congresistas en las operaciones específicas de crédito público, sin que mediara el trámite de una ley de la

república, se ajustaba a la Constitución. Sin embargo, este fallo no obliga a que la disposición exista, simplemente la permite. Sería de la mayor conveniencia que la Comisión Interparlamentaria (de larga tradición en nuestra historia institucional) se dedicara a hacer seguimiento del manejo que del crédito público hace el Gobierno, pero no que participara, a título de requisito previo, en cada operación de crédito particular. El proyecto desperdicia una oportunidad de oro para enmendar este curioso arreglo institucional.

7. Las derogatorias: un artículo importante

Cuando se utiliza una técnica legislativa como la de este proyecto, que no sustituye el régimen anterior en una determinada materia, sino que lo afina y revisa en aspectos puntuales, el artículo más importante suele ser al mismo tiempo aquel al que menos atención se le presta: el de las derogatorias. Esta técnica es habitual en las reformas tributarias, en las cuales, las más importantes modificaciones están camufladas siempre en el engorroso listado de las derogatorias, que casi nadie se detiene a examinar. En el caso del proyecto 20/05 sobre contratación pública, la revisión de las derogatorias hace visible lo siguiente:

- Le quita a las denominadas “asociaciones de municipios” el carácter de entidades estatales y la competencia de sus representantes legales para celebrar contratos. Lo mismo hace con las llamadas cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, y suprime el carácter de convenios inter-administrativos que la Ley 80 le daba a los contratos celebrados con ellas.
- Suprime el principio según el cual la protección de las utilidades de los particulares que celebran y ejecutan contratos con las entidades estatales, debe ser garantizada por el Estado.
- Se suprime la posibilidad de que la venta de los bienes de las entidades estatales se pueda efectuar por el sistema de “martillo”.
- Las asambleas y concejos ya no autorizarán a los gobernadores y alcaldes para celebrar contratos.
- Ya no será necesario que la apertura de las licitaciones o concursos se haga en diarios u otros medios de comunicación de amplia circulación o difusión, y no será obligatorio, en los pequeños poblados, leerla por bando o fijarla en avisos.

8. Conclusiones

Dada la importancia de la contratación pública para la buena marcha de la economía nacional, es importante que el Congreso apruebe el proyecto de ley 20/05 a la mayor brevedad posible, en términos muy cercanos a los propuestos por el Gobierno. Esa posibilidad parece hoy más viable que en ocasiones anteriores, y sería un paso importante en la reducción de costos de transacción y en las oportunidades de corrupción en la administración pública. El presente documento señala algunos de los pocos aspectos preocupantes del proyecto que ojala sean tenidos en cuenta durante el debate parlamentario de las próximas semanas.