

Reseña No. 17

Información bibliográfica: Rincón, Salcedo – 2012 – *Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia* – Bogotá, 20 páginas - Universidad Javeriana 125 Vniversitas, 319-337 (2012)

Reseñado por: Luz Angela Valenzuela Acosta. Economista, Especialista en Finanzas Corporativas, Especialista en Filosofía Contemporánea y Candidata a Magister en Filosofía Contemporánea – 2020.

Contexto: Es de conocimiento general, que la contratación pública en Colombia ha sido objeto de manejos inadecuados y oportunistas, lo que ha propiciado el incremento de la corrupción en todos los niveles. Considerando la exacerbada tendencia a cometer delitos asociados con la apropiación indebida de los recursos públicos (peculado, cohecho, celebración indebida de contratos) se incluyen normas, leyes y decretos reglamentarios pertinentes, para contener la tendencia a la corrupción. Adicionalmente, a partir del proceso de globalización e internacionalización de las economías, es claro que la contratación debe responder al ordenamiento jurídico internacional. Por esta razón, ha sido objeto de regulación adicional concerniente a este tema. Vale la pena anotar, que desde que se expidió del *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* (Ley 80/93), cuyo objeto fue establecer las reglas y principios que rige la contratación pública, esta Ley ha sido objeto de una nutrida reglamentación que deroga, modifica y amplía los ámbitos de la contratación en sus diferentes etapas (precontractual, contractual y postcontractual). A propósito de esto, comenta Martha Lucía Bahamón en su publicación *Elementos y presupuestos de la contratación estatal* (2018):

...frente al desorden en materia de creación de normas, lo que empezó siendo un estatuto único de contratación estatal terminó cediendo ante una tendencia caótica del Legislador, que lo dividió a tal punto que, sin una revisión minuciosa y exhaustiva, se hace casi imposible comprender y conocer todas las normas aplicables a la contratación estatal. Ello trae como consecuencia la inaplicación de las leyes y la ejecución de procesos indebidos para la celebración de contratos y el desbordamiento de competencias de los órganos insertos en los procesos de contratación estatal, en tanto con guías y jurisprudencia se han regulado, derogado y modificado aspectos de la legislación, cuya competencia corresponde a la Rama Legislativa. (Bahamón,2018,Pág.113).

Síntesis del contenido: Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo se expone en tres (3) partes así: La primera (incluido el resumen del artículo) presenta el objetivo de la reflexión sobre la “disfuncionalidad en la expedición de normas en materia de contratación pública”, y expone la hipótesis propuesta por el autor: “Las reglas de la contratación pública no son claras y presentan múltiples incoherencias que contribuyen a la ineficiencia en el ejercicio de la gerencia pública. (Rincón, 2012, Pág.320). La segunda parte se ocupa de la esencia de la temática tratada, y corresponde a la responsabilidad de los interventores y supervisores como reflejo de la confusión regulatoria en la contratación pública. Finalmente, el autor ofrece su conclusión al respecto. Así las cosas, Rincón expone la convergencia de elementos jurídicos y económicos que envuelven la contratación pública a

partir de la función del gobierno, sobre la redistribución del ingreso y la implicación sobre las políticas públicas: “La contratación de la administración Pública es una actividad estatal que, por la complejidad de las materias que confluyen en su desarrollo, ha sido siempre instrumento de análisis de las transformaciones tanto organizacionales como puramente materiales del sector Público.” (pág.322). En este contexto, aduce el autor, que los instrumentos establecidos para regular la contratación pública, constituyen gran cantidad de procesos normativos contradictorios, haciendo más ineficientes los procesos, situación que finalmente se ve reflejada en la ineficiencia de la transferencia de recursos hacia programas de inversión social. El trastorno en el proceso de formación de la ley, incluida la validez de su acatamiento a partir de la coherencia, corresponde como él mismo lo expresa a “la violación sistemática del principio de unidad legislativa”. (pág.323). Esta situación también ha ocasionado la ineficacia en la gestión de los organismos de vigilancia y control, y “...están llevando a que para los funcionarios sea simplemente imposible entender, en el día a día, cómo se le da correcta aplicación a las múltiples disposiciones referentes a la contratación”. De acuerdo con lo expuesto por el autor, “...el régimen de la contratación pública colombiana opera en contravía de los postulados más modernos del derecho administrativo”. “la renovación de la administración pública debe estar encaminada a establecer procedimientos eficientes que puedan ser medidos con un criterio de resultado”. (págs.323-324). Así las cosas, Rincón expresa su interés en reflexionar sobre la incidencia del planteamiento normativo, a partir de la inspiración que procede de los organismos de vigilancia y control, que entorpece la: “...transparencia, objetividad, moralidad y economía de la actividad contractual pública”. (pág.324). Para el efecto, refiere el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), que considera integralmente inadecuado, por la expedición indiscriminada de normas y el exceso de límites a la libertad en los procesos. Sin embargo, “...pretenden un logro más eficiente y eficaz en los procesos de control”. (pág.325). **Ley 1474 de 2011:** “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Artículos 82 – 84: Normas concernientes al seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contractuales. **Control de la actividad contractual: Art. 82: Responsabilidad de los interventores, Art. 83: Supervisión e interventoría contractual, Art. 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** “...estos artículos son un claro ejemplo de la disfuncionalidad normativa de la cual se deriva la ineficiencia e ineficacia del actuar de la administración en el marco de la contratación pública”. (pág.326). Artículo 83: “...todo contrato debe tener un interventor o un supervisor,... pone en duda la naturaleza jurídica de estas actividades y la forma como la entidad estatal debe proceder en la práctica para seleccionar el mecanismo de seguimiento de la actividad contractual”...“la interventoría solo puede ser externa, mientras que la supervisión puede ser interna o externa, ... “se infiere que la única diferencia entre la interventoría y la supervisión consiste en que para el primero se requieren conocimientos especializados... para el segundo no se requieren dichos conocimientos especializados”. **Interventoría contractual - Supervisión técnica - Supervisor:** Actividades contractuales (técnica, jurídica, financiera, administrativa y contable).– **No existe criterio diferenciador de los contratos.** Selección de consultores e interventores - Procedimiento: Concurso de méritos y cuantía mínima. Selección Supervisores: Contratación directa (contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión). Los instrumentos no son claros. ¿Cómo fijar criterios objetivos de selección? De esta forma, el funcionario

público que hace la contratación, debe escoger (según su criterio) el mecanismo que utilizará para la contratación pertinente. Dificil situación de escogencia, respecto de la modalidad de selección para la contratación de Interventoría y supervisión. (págs.322-327).

Otro ejemplo claro expuesto por Rincón, es el **Decreto 4266 de 2010** – (Derogado por el decreto 734 de 2012 - Decreto 4266 de 2010, Art. 82 del también derogado Decreto 2474 del 2008 “causal de contratación directa consagrada en el literal h) numeral 4, del artículo 2, Ley 1150 de 2007 (Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión)”. No se presenta cambio alguno en el artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012. **El artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012 es exactamente el mismo Artículo 82 del Decreto 2474 de 2008**, el cual fue modificado por el decreto 4266 de 2010. (Págs.327 y 328 - nota 23). **Supervisión:** Seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato. Estas normas, exponen “la falta de claridad y de transparencia, en tanto y en cuanto continúa enfrentando a las entidades estatales al dilema de determinar por ellos mismos la diferencia entre un contrato de prestación de servicios (supervisión) y uno de consultoría (pág.328). De acuerdo con esto, es difícil determinar las normas de seguimiento que “no requieren de conocimientos especializados” y las que sí lo requieren, que deben ser consideradas como interventoría. Así las cosas, “... cómo se puede desarrollar y reconocer una actividad de control para la cual no se requieren conocimientos especializados, para poder proceder a la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa sin incurrir en una violación de la norma”. (pág.328). De esta forma, las actividades de control sobre los contratos requieren conocimiento específico y especializado. Además, el Estatuto de contratación establece que los contratos que excedan la mínima cuantía deben ser justificados, por lo cual se procederá a la contratación por concurso de méritos para contratar interventores, a cambio de contratar supervisores. De esta forma, no se incurrirá en las faltas establecidas, que conllevarían a sanciones penales, disciplinarias, o, fiscales. (pág.329). Para reconfirmar lo expuesto, Rincón hace referencia a la Ley 1150 de 2007, y los Decretos reglamentarios sobre la **Selección de la oferta más favorable para la entidad**, presentada como una novedad sobre el tipo de contratación de mínima cuantía, en los que se manifiesta que “el precio no será factor de selección”. No obstante, y como lo establece la norma, para las consultorías que no superen el 10% de la menor cuantía, el procedimiento de selección será de mínima cuantía, cuyo único factor de selección es el precio. Sin embargo, en la práctica, los consultores seleccionados por mínima cuantía son seleccionados en función del monto de sus ofertas. Esta es una disyuntiva a la que deben enfrentarse los funcionarios públicos en el momento de la contratación.

... lo más grave no está allí, sino en el hecho de que a pesar de lo que muestra la realidad y de las “lúcidas” interpretaciones, no vinculantes en teoría, pero sí en la práctica, de los organismos de control sobre el rol de interventores y supervisores, se insiste en continuar fortaleciendo la tendencia a la externalización del seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales, en lugar de fortalecer los mecanismos internos de gestión contractual por la vía de la ampliación de las plantas de personal y de la vinculación de personal altamente especializado para dichas tareas. (Rincón,2012, Pág.330).

En la tercera parte de este ensayo (aún cuando está referida como segunda, porque no se considera en la nomenclatura la introducción) el autor describe: **La responsabilidad de interventores y supervisores como reflejo de la confusión regulatoria en materia de contratación.** Para este caso, Rincón retoma la Ley 1474 de 2011, que corrobora (lo afirma categóricamente) lo ya establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2002, con respecto al ejercicio de funciones públicas a cargo de particulares, sobre la que se puede afirmar, que la causa de ineficiencia de los supervisores (tercerizados) de los contratos, es producto de los procesos desacertados de control, y la complejidad de la basta normatividad vigente concerniente a la contratación pública. Respecto de la responsabilidad de los interventores (tanto públicos como privados), trae a colación el Código Único Disciplinario - Artículo 53, sobre la responsabilidad disciplinaria como sujetos disciplinables, por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus contratos, en los que se debe garantizar la calidad de los bienes y servicios entregados. Igual situación se presenta con la responsabilidad fiscal. "...la ley 610 de 2000 ya contemplaba claramente la responsabilidad de los particulares en materia fiscal, si estos podían ser los causantes de un detrimento patrimonial para el estado". Así las cosas, como lo expone el autor, es claro que la norma incluye sanciones en el proceso por errores identificados previamente, pretendiendo "que la simple consagración normativa le permitirá dar un giro a las prácticas de corrupción ampliamente difundidas en el marco de la contratación pública". (págs.333-335). Finalmente, entre las conclusiones del documento se cuentan las siguientes: * Falta de normas rígidas en materia de responsabilidad de Interventores y Supervisores, * No aplicación de preceptos previamente establecidos, * El "legislador" insiste en ahondar la tendencia a la tercerización, con supuestas normas innovadoras, que no garantizan el cumplimiento de las obligaciones contractuales. (Rincón, 2012, Pág.333). En síntesis, parece ser que: * La ineficiencia no sólo corresponde a la falta de responsabilidad de los supervisores e interventores que gestionan el control fiscal. Ésta, como lo expresa Rincón, corresponde a la **"maraña" de normas en que se fundamenta la contratación pública en Colombia.**

Comentario: El artículo reseñado es claro, organizado y sustenta la hipótesis planteada sobre la excesiva normatividad del proceso contractual, no solo desde el punto de vista de las actividades de control, sino, desde el procedimiento aplicable. El autor demuestra claramente, la copiosa expedición de normas y decretos reglamentarios, que en general es confusa, repetitiva y contradictoria, desvirtuando los procesos de contratación y desorientando a los funcionarios públicos, que en algunas oportunidades deben interpretar la reglamentación de manera subjetiva, para evitar verse inmersos en procesos disciplinarios. De esta forma, la posición crítica del autor es válida y pertinente, por cuanto, que no se están cumpliendo los principios de la contratación pública: transparencia, objetividad, claridad en las condiciones de contratación, escogencia objetiva del contratista idóneo, economía y buena fe (entre otros) que exige la contratación pública.

Conclusión: A partir de lo expresado, este ensayo ofrece información clara y sintética sobre las inconsistencias, que presenta la normatividad de la contratación pública actualmente. En términos generales, la complejidad de la comprensión de las normas, desvirtúan el principio de unidad

legislativa que debe considerarse en la contratación pública, y evidencia la disfuncionalidad tanto normativa como operativa, propiciando la oportunidad de la malversación de los recursos públicos.

«Fin de la reseña»