

Los cambios que se avecinan en la contratación estatal

Si bien es plausible el esfuerzo del Ejecutivo por “fortalecer” la contratación pública, no se debió pasar por alto la oportunidad para intentar solucionar problemas de fondo.

DIEGO JAVIER MUÑOZ LANCHEROS

Abogado de Moncada Abogados

Desde hace más de un año, se tramita en el Congreso el Proyecto de Ley 285 de 2017C – 084 de 2016S, con el que se pretende

fortalecer la contratación pública y la Ley de Infraestructura. La iniciativa, que está a pocos pasos de convertirse en ley de la República, también modificaría la Ley de Asociaciones Públicas Privadas (APP) y algunos elementos del Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras.

Los principales cambios serían, entre otros, los siguientes:

1. Se pone un especial énfasis en el contrato de obra pública, lo que, si bien

resulta importante, no deja de ser insuficiente, si tenemos en cuenta que la actividad contractual del Estado no solamente se limita a ese campo, sino que también los actuales problemas que se presentan en la contratación pública deben tener otra clase de tratamientos y áreas que atender. Concretamente, el proyecto remite a aspectos como, por ejemplo, (i) la regulación acerca de los sobres que deben acompañar la oferta del proponente y su apertura en audiencia de adjudicación, lo que implica que se contará con muy poco tiempo para analizar la oferta de los proponentes; (ii) la determinación de la TRM como única variable para determinar el orden de elegibilidad, dejando de lado otras alternativas; (iii) el establecimiento de los pliegos “tipo”, lo que limita la autonomía de la entidad estatal para definir las reglas de juego según las necesidades del bien o servicio por contratar, y cuyas características deben ser señaladas por el Gobierno, quien lo definirá de acuerdo con las condiciones “propias de las regiones”.

2. Eleva a rango legal la insubsanabilidad de la propuesta cuando no se haga entrega de la garantía de seriedad junto con la oferta, lo cual será, de plano, causal de rechazo.

3. Establece el deber legal de las entidades estatales de aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos suscritos con particulares.

4. El proyecto modifica algunos aspectos de la Ley 1682 del 2013, en relación con supuestos procesales en el marco del proceso de

Es claro que el Gobierno desistió de la muy promocionada reforma que impulsaba Colombia Compra Eficiente, que pretendía derogar la Ley 80.

adquisición de predios para proyectos de infraestructura de transporte; esto es, la firmeza de avalúo comercial, la facultad del Estado de expedir directamente la resolución de expropiación sin necesidad de emitir oferta de compra en algunos casos, entre otros elementos.

5. Delimita la responsabilidad de los

interventores, señalando que estos responderán por hechos u omisiones que se deriven del incumplimiento o responsabilidad directa de las obligaciones que a estos les corresponda conforme con el contrato de interventoría que suscriba con la entidad, aspecto que se precisaría tanto en la Ley 1508 del 2012, como en la Ley 80 de 1993. Tal como hoy está la regulación, esa responsabilidad se establece en la norma, pero no se aterriza y deriva del contrato de interventoría como tal.

Otras modificaciones

6. Se elimina el criterio de los porcentajes de participación de las sociedades de economía mixta y las sociedades entre entidades públicas con participación del Estado, para efectos de indicar que las mismas no podrán ser contratantes de esquemas de APP vía Ley 1508 del 2012.

7. Establece que en los eventos en que una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberán efectuar los respectivos reconocimientos, restando la remuneración recibida

por el contratista. Además, señala una serie de subreglas que se deben tener en cuenta en tales casos, añadiendo que la autoridad judicial o administrativa competente podrá decretar medidas preventivas a investigaciones en curso (retención de remanentes, por ejemplo).

8. Determina que, en caso de configuración de una causal de nulidad absoluta de un contrato de concesión o APP, el financiador o un tercero podrá continuar con el proyecto, lo cual deberá contar con aprobación del juez del contrato según un procedimiento expedito.

Así las cosas, si bien es plausible el esfuerzo del Ejecutivo por “fortalecer” la contratación pública, no se debió pasar por alto la oportunidad para intentar solucionar problemas de fondo, como, por ejemplo, atacar las prácticas que generan espacios para la corrupción, la falta de planeación contractual, la dispersión normativa sobre la materia, la falta de protagonismo de los entes de control y la ausencia de sanciones efectivas contra quienes malversen los recursos públicos que permitan la verdadera recuperación del dinero de los contribuyentes.

Con esta iniciativa, es claro que el Gobierno desistió de la muy promocionada reforma que impulsaba Colombia Compra Eficiente, que pretendía derogar, en su integridad, la Ley 80 y que, finalmente, no tuvo eco en las distintas fuerzas políticas en el Legislativo.

Entorno, tierras y contratación en los proyectos de infraestructura

Al parecer, la capacidad financiera de las compañías finalmente ha encontrado un contrapeso que limita su poder y toma de decisiones.

CAMILO DANIEL ARANGO CASTRO

Socio de Arango & Consultores Asociados SAS

Recientemente, se ha visto cómo nuevos actores influyen decisivamente el desarrollo de los proyectos en diversas industrias del

país. Fenómenos nunca antes vistos, entre ellos y el de mayor impacto, es el caso de las comunidades a través de las consultas populares. Al parecer, la capacidad financiera de las compañías finalmente ha encontrado un contrapeso que limita su poder y toma de

decisiones.

Sin embargo, no es de extrañar, pues era de esperarse que frente a lo que siempre debió haber sido un relacionamiento armónico y sostenible entre los inversionistas, las comunidades y el desarrollo económico, social y cultural en las áreas de influencia de los proyectos, la ausencia o escasez de normativa en temas sensibles ha contribuido a la falta de conciencia y desconfianza de todos los actores.

Por ejemplo, las consultas previas hasta ahora se están regulando –no hay una carta de navegación clara, reconocida y adoptada socialmente para los diálogos y negociaciones con las comunidades–. En materia de acceso a los predios para la ejecución de actividades de utilidad pública e interés general, sin razón de ser existe una normativa diferente para cada industria (incurriendo,

incluso, en deficiencias procesales que no atienden la realidad judicial –solicitud de depósitos judiciales, etc.–), lo cual genera incertidumbre y confusión a la hora de su ejercicio y frente a los propietarios o poseedores.

Se espera que la reforma al Estatuto General de Contratación Estatal sea consistente con la apertura económica y la dinámica que hoy exige la contratación.

Por otro lado, en cuanto a los baldíos, el problema es de raíz, pues hasta la era del posconflicto, el Gobierno

se preocupó realmente por identificar e inventariar sus propiedades, sin mencionar la mezcla de atribuciones y competencias radicadas en las entidades territoriales y descentralizadas por servicios, lo cual genera gran confusión e improvisación por parte del Estado.

El Decreto 902 del 2017 trató de unificar y dar claridad al tema de legalización de la propiedad en los baldíos, pero aún hace falta, pues, para la ejecución de proyectos de infraestructura que comprenden actividades de utilidad pública e interés general, quedaron por fuera asuntos de importancia, tales como facilidad en su acceso, claridad en la negociación directa y pago de las indemnizaciones, inclusión ágil y situación legal en dichas negociaciones con los invasores –quienes no tienen derechos adquiridos pero llevan décadas habitando estos terrenos, y su reconocimiento

como ocupantes es incierto–, y manejo de la ausencia de identificación catastral y de registro (FMI) del baldío a intervenir –el Estado necesita pasar por su propio terreno y no puede por carencia de una identificación que, en últimas, no es relevante para el acceso que se requiere–. Por su parte, los PINES (proyectos de interés nacional y estratégico) necesitan ser más flexibles en sus requisitos y alcance para la viabilización de proyectos, entre otros.

Los convenios

De igual manera, en materia de convenios, como instrumento fundamental para blindar la sostenibilidad de los proyectos, cuentan con una escasa regulación. La Ley 489 de 1998 apenas hace una referencia y el Decreto 092 del 2017 es muy precario. Desafortunadamente, la ausencia de una definición legal de su concepto se presta para interpretaciones amañadas y convenientes, según el interés o necesidad que se pretende satisfacer. Los contratos del artículo 355 de la Constitución Política brillan por su escasez,