

Análisis comparativo de la ley 80 de 1993 y la ley 1882 de 2018

Kelly Johanna Avella Rojas*
Diana Marcela Romero Rubio**

Resumen

La ley 80 de 1993 es quizás el punto de partida de mayor relevancia en la contratación pública, que si bien ha sido objeto de numerosas reformas aun continua estando vigente en el ordenamiento jurídico nacional y muchas de sus disposiciones normativas se aplican en los actuales procesos de contratación con el objetivo de guiar los procedimientos contractuales públicos y contribuir a dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, pero a pesar de que el legislador ha pretendido regular el tema de la contratación pública, en la actualidad se registran diferentes investigaciones sobre actos de corrupción en la contratación estatal que han sido de conocimiento nacional, en los que se evidencia que los objetos contractuales referentes a la infraestructura son sin lugar a dudas los que con mayor frecuencia y preocupación contienen irregularidades en sus procesos contractuales, por ello, la Ley 1882 de 2018 se incorpora al ordenamiento jurídico nacional, con la finalidad de regular los procesos públicos sobre obras de infraestructura, cuyo principal objetivo es hacer que este tipo de contratación se lleve a cabo de forma transparente aplicando las nuevas disposiciones normativas al respecto.

Palabras clave: Contratación estatal, infraestructura, corrupción, obra pública, entidades estatales

Abstract

Law 80 of 1993 is perhaps the most relevant starting point in public procurement, which although it has been the subject of numerous reforms, is still in force in the national legal order and many of its normative provisions are applied in the current legal processes. Contracting with the objective of guiding public contract procedures and contributing to comply with the essential purposes of the State, but despite the fact that the legislator has tried to regulate the issue of public procurement, there are currently different investigations into acts of corruption in the state contracting that have been of national knowledge, in which it is evident that the contractual objects referring to the infrastructure are undoubtedly those that most frequently and concern contain irregularities in their contractual processes, therefore, Law 1882 of 2018 is incorporated into the national legal order, with the purpose of regulate public processes on infrastructure works, whose main objective is to ensure that this type of contracting is carried out transparently applying the new regulatory provisions in this regard.

Key words: State contracting, infrastructure, corruption, public works, state entities

* Abogada egresada de la Universidad Libre, 2016. E-mail: kellyavella@hotmail.com

** Abogada egresada de la Universidad Libre, 2016. E-mail: dmarro15@hotmail.com

1. Introducción

La contratación estatal es uno de los instrumentos que utiliza el Estado para cumplir sus fines y satisfacer las necesidades de la ciudadanía, dichas necesidades se ven representadas en bienes y servicios que se ejecutan de forma diferente pero bajo los principios de transparencia y eficacia, en este orden de ideas, las investigadoras han pretendido analizar la ejecución de las obras públicas de infraestructura puesto que a partir de este tipo de obras es como el país avanza económicamente y se logra dar cumplimiento a los fines estatales. Ahora bien, la normatividad que se ha dispuesto para llevar a cabo el control de la contratación pública en especial la dirigida a la ejecución de las obras públicas de infraestructura, se ha visto inmersa en varias modificaciones a consecuencia en su mayoría de los últimos acontecimientos de corrupción en los que este tipo de objetos contractuales son los que en mayor parte sufren los efectos de la discrecionalidad y la corrupción, por ende, esta investigación está encaminada a analizar tanto la Ley 80 de 1993 y la 1882 de 2018 haciendo énfasis al objeto contractual de obras públicas de infraestructura.

1.1. Justificación

En Colombia uno de los temas más álgidos de discusión en materia de

contratación pública es la corrupción. Los medios de comunicación colombianos dan cuenta de la incidencia que tiene la corrupción en la contratación pública y el uso inadecuado de recursos públicos. Ello deja en evidencia la necesidad de que el Congreso legisle con mayor rigor las brechas que en materia de contratación, permite la concreción de actos de corrupción, buscando con ello la protección del patrimonio público.

Ello en razón a que la protección del patrimonio público y su correcta utilización es una de las finalidades del Estado, en tanto éste garantiza el bienestar de los ciudadanos, haciendo preminente el interés general antes que el particular. Como se señala en líneas anteriores, la forma que ha convenido el Estado para garantizar ello, es la legislación. Al efecto y de acuerdo a los parámetros sentados por la Constitución Política de 1991, el legislador en el año de 1993 promulgó la Ley 80 de ese mismo año, contentiva del “Estatuto de Contratación Pública”.

Con el pasar del tiempo y la presentación de nuevas formas de presentación del fenómeno de la corrupción, han dejado presente la necesidad de una constante actualización de las normas que regulan la contratación pública. Es por ello, que el legislador desde la promulgación del Estatuto

de Contratación Pública se ha visto abocado a reformarlo con el fin de mantenerlo vigente y acorde con los nuevos retos que suponen la mutación constante de las formas de presentación de la corrupción y las nuevas formas de contratación. Uno de los avances más recientes en materia de actualización de la normatividad de la contratación pública es la Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. Una de las finalidades de esta ley, es la de mejorar las formas de la contratación pública en relación con las obras públicas, para hacer frente a las formas de corrupción que se presentan en el escenario de la contratación de infraestructura.

Ahora si bien es cierto, el legislador con esta nueva normatividad buscó actualizar la normatividad relacionada con las nuevas formas y retos que implican los avances y nuevos fenómenos en materia de contratación pública, también lo es que se hace necesario realizar un análisis de la pertinencia y conducencia de esta normatividad como medio de protección de la correcta ejecución de recursos en materia de infraestructura. Ello constituye la razón de ser de la reflexión que se propone

realizar en este artículo académico, la que se considera de gran utilidad en la rama del Derecho Administrativo, en la medida en que permitirá al lector conocer con certeza los cambios, ventajas y desventajas de la nueva modificación introducida mediante la Ley 1882 del 15 de enero de 2018, y su pertinencia e impacto como medio de protección del patrimonio público en materia de infraestructura.

Asimismo, la novedad de esta nueva legislación hace de la investigación que se propone importante en la medida en que no existe un amplio precedente académico, orientado a la evaluación de esta nueva legislación a la luz de los recientes fenómenos de corrupción que se presentan en la actualidad, en materia de contratación pública. Por esa razón, la reflexión que se propone se justifica, por cuanto con ello se pretende sentar desde la academia las posibles falencias o vacíos en los que pudo haber incurrido el legislador con esta nueva normatividad.

1.2. Problema de investigación

¿En qué sentido la ley 80 de 1993 y la ley 1882 de 2018 tienen convergencias y diferencias en cuanto a la contratación de obras públicas de infraestructura?

1.3. Hipótesis

De conformidad con la Ley 80 de 1993 y la Ley 1882 de 2018 y teniendo en cuenta que con ellas se busca unificar los procesos y procedimientos en materia de contratación estatal en obras públicas es necesario entonces realizar un análisis a la legislación de las leyes anteriormente mencionadas.

1.4. Objetivo general

Analizar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1882 de 2018 para identificar los vacíos que se reflejan en cuanto a la contratación estatal de obras públicas.

1.5. Enfoque Metodológico

Tipo de paradigma

El tipo de paradigma que se empleó en la realización de este artículo es el cualitativo, puesto que a través de este paradigma se logra comprender y explicar la estructura de la problemática a investigar, el objetivo de este paradigma es construir teorías prácticas constituidas de los datos ya recopiladas de otras investigaciones, por esta razón, se consideró pertinente el uso del paradigma cualitativo en la medida en que no era necesario para el objeto corroborar hipótesis ni hacer uso de información cuantificada.

Clase de Método

Los investigadores determinaron que al hacer uso del paradigma cualitativo es necesario utilizar el método inductivo para el desarrollo de esta investigación, puesto que de acuerdo al objeto de estudio se partirá del análisis independiente tanto de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1882 de 2018, para posteriormente generalizar el tema de la infraestructura en la contratación estatal que rige en el país, este método parte de lo particular a lo general, por lo mismo, se estudiara las disposiciones normativas que se han expedido respecto al tema contractual de las obras públicas de infraestructura.

1.6. Tipo de trabajo

La investigación abarcará un tipo de trabajo teórico conceptual puesto que partirá de conceptos ya desarrollados en la normatividad referente a las obras públicas de infraestructura, a partir de este tipo de trabajo se podrá concentrar la información general y específica que ya existe sobre el objeto de estudio para posteriormente analizarla y llegar a una conclusión, no habrá necesidad de acudir al trabajo empírico toda vez, que el tema a estudiar se encuentra debidamente expuesto en la misma Ley y su centro de estudio son los parámetros

que el legislador ha diseñado con la finalidad de minimizar los problemas que se presentan entorno a las obras públicas y su ejecución en materia publico contractual.

2. Desarrollo teórico-conceptual

2.1. La Infraestructura Pública en Colombia: Naturaleza, Definición y Clases

La contratación estatal en Colombia como bien es sabido es el mecanismo mediante el cual el Estado logra alcanzar los fines que se ha proyectado cuyo objetivo principal es satisfacer el interés general, dentro de esta perspectiva es inminente ejecutar contratos en los que se desarrollan diversas actividades como la prestación de un servicio o el suministro de un bien, en este orden de ideas, la realización de contratos estatales cuyo objeto contractual está dirigido a la infraestructura, contribuye a que con la ejecución de las diferentes obras se beneficie tanto al país como el bienestar de los ciudadanos (Clavijo, Alzate & Mantilla, 2015, p. 1), es así, que para llevar a cabo una determinada obra a que haya lugar, debe existir previamente la identificación de una necesidad, de esta manera se puede proyectar el tipo de infraestructura a

utilizar que suplirá de forma asertiva la falencia que presenta la ciudadanía.

2.1.1. ¿Qué es Infraestructura?

Ahora bien, el término infraestructura ha sido tratado en muchas oportunidades, de acuerdo con lo estipulado por la Real Academia Española, se indica que la Infraestructuras son “Aquel conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera” (Real Academia Española. 2014), definición que expone en parte el objeto de estudio de esta investigación pero que no se centra en lo que los investigadores pretenden desarrollar como infraestructura pública, es decir, el objeto de estudio de esta investigación tiene relación directa con la contratación estatal, por ello, su concepto será definido en el ámbito jurídico más exactamente a lo expuesto tanto por la Ley 80 de 1993 y la Ley que entro a reformar este tipo de contrato, la Ley 1882 de 2018.

La Ley 80 de 1993 es la norma más significativa que Colombia desarrollo referente a la contratación pública, de allí se deriva todo tipo de contratos donde está de por medio los recursos públicos, en cuanto a la infraestructura, si bien dentro de esta norma no está definida como tal, de igual manera en varios de sus apartados se

hace énfasis a este tipo de contrato, por ejemplo, el artículo 32 hace mención del contrato de obra indicando que al igual que todo contrato, es un acto jurídico que genera obligaciones, en este caso tanto para la entidad estatal como para el contratista, en cuanto al contrato de obra como tal, se hace mención a la celebración de los contratos que ejecutan las entidades públicas cuyo objeto contractual se centra en la construcción, mantenimiento, instalación, es decir, todo tipo de trabajo sobre bienes inmuebles sin importar la modalidad de ejecución y el pago. (Congreso de la República. Ley 80/ 1993).

De este artículo se puede inducir respecto a la definición de obras públicas, lo que se traduce en infraestructura, que en la ejecución de este tipo de contrato se ve inmersa la voluntad de la administración representada en sus entidades públicas, las cuales al identificar una necesidad de la ciudadanía, realizan un proceso contractual dirigido ya sea a la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, es así, que del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se desprenden ciertas características y aspectos específicos que esta normatividad expone referente a las obras que ejecuta el Estado.

2.1.2. Principales características de la infraestructura

Dentro de los aspectos generales, todo proceso de obra pública anterior a la Ley 1882 de 2018, se rige por la Ley 80 de 1993 y a su vez, por la Ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011, salvo si se habla de infraestructura de transporte, la cual sigue las disposiciones normativas de la Ley 1682 de 2013 y del derecho privado.

La contratación de infraestructura debe seguir a cabalidad un procedimiento determinado que el legislador estimó conveniente para su realización, por ello, se deben agotar ciertos pasos para lograr otorgar el contrato de infraestructura al contratista más idóneo, el primero de ellos es la planeación, donde la entidad pública identifica la necesidad y la incluye en el Plan Nacional de adquisiciones, se realizan los estudios técnicos dentro de los cuales se realizan estudios de ingeniería, se ordena el aspecto presupuestal, se establece el impacto social, económico y ambiental de la obra, se identifican los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución la obra y se proyecta la gestión predial, de esta manera se establece la viabilidad de la obra (Congreso de la República. Ley 1474/ 2011).

El Consejo de Estado ha señalado respecto al principio de planeación, que el mismo tiene fuerza vinculante en todo lo referente al contrato, es así, que en conjunto con los demás requisitos exigidos por el legislador y teniendo en cuenta la modalidad de contratación, este principio hace parte del marco jurídico y por ende, es un requisito de toda actividad contractual dirigido a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, brindan legalidad del contrato, y por lo mismo, las entidades estatales no pueden desconocer su aplicación en el ámbito contractual. (Consejo de Estado, Sentencia de 24 de abril de 2013. Rad. 27315.

Paso seguido, la entidad que requiere la satisfacción de la necesidad, realiza un análisis del sector para la obra pública, que le permite conocer por un lado los indicadores tanto financieros como organizacionales de los diferentes proveedores que prestan o realizan actividades económicas similares al objeto contractual que se pretende ejecutar, es por medio de este análisis del sector, que se logra establecer los requisitos que habilitan a los oferentes, la complejidad de la obra, el valor de la misma y sus características principales, así mismo, se identifican los posibles riesgos y el número probable de oferentes que van a concursar en la licitación (Colombia Compra Eficiente, 2016).

La Ley 80 de 1993 trae consigo otros factores que se desarrollan en los contratos de infraestructura como es la fase de ejecución, que dentro de sus requisitos se encuentra el registro presupuestal, la aprobación de las garantías del contrato, verificación del pago de obligaciones de seguridad social por parte del contratista, también se hace mención sobre la interventoría y supervisión en contratos de obra pública, los cuales deben ser ajenos al contratista; como se puede evidenciar, en la Ley 80 de 1993 no clasifica como tal ni expone disposiciones normativas de forma puntual al tema de infraestructura, pero el artículo 32 da una luz a su significado, que como se expuso anteriormente, está dirigido a satisfacer una necesidad de la comunidad a través de la ejecución de diversas obras públicas.

De forma similar, la Corte Constitucional en Sentencia C-300 de 2012 magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, respecto del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que entró a modificar el artículo 29 de la ley 80 de 1993, expuso que dentro de los procesos de obra pública se debe tener en cuenta criterios generales que se traducen en requisitos habilitantes para la selección del contratista como es la capacidad jurídica, la experiencia, capacidad financiera y de organización, a su vez, en los procesos

de selección la oferta que resulte favorable debe serlo desde el punto de vista técnico y económico y también el menor precio, estos factores son de tal importancia que en conjunto con la libre concurrencia e igualdad de los proponentes contribuyen a satisfacer derechos constitucionales tales como el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 Superior, el derecho a la libre competencia artículo 333 Superior y con los principios de la función administrativa (Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012, Exp. D-8699).

De acuerdo a lo anterior, en los pliegos de condiciones es donde la Entidad plasma los requisitos que debe cumplir el contratista para ejecutar el acto contractual, es considerado como un marco regulatorio de la licitación pública que está presente en la fase previa de formación del contrato llamada precontractual, como también, en todo el procedimiento de selección, así mismo, los requisitos previos que contienen los pliegos permiten llevar a cabo la evaluación de las distintas ofertas teniendo en cuenta aspectos como la capacidad jurídica, financiera, técnica y el precio ofertado, por esta razón, el Consejo de Estado ha señalado que las reglas que se incorporan en los pliegos no pueden ser modificadas o alteradas de forma arbitraria, solo por justifi-

caciones valederas bajo los principios de transparencia y selección objetiva (Consejo de Estado, Sentencia del 8 de junio de 2006. Rad. 15005).

De igual manera, aunque en los pliegos de condiciones se tenga establecido los parámetros bajo los cuales se va a realizar una determinada obra de infraestructura, el contrato que surja del respectivo procedimiento puede estar sujeto a modificaciones destinadas a adicionar o prorrogar las cláusulas pactadas en un inicio, pero dicha adición solo es posible cuando se agrega un alcance físico diferente a lo estipulado en el contrato, es decir, se amplíe el objeto contractual, por lo mismo, no es admisible solo realizar un ajuste al valor inicialmente pactado en el contrato con la justificación de que en la etapa precontractual no se calculó de forma adecuada y correcta las cantidades de la obra estimada (Consejo de Estado, Sentencia del 18 de julio de 2002. Rad. 1439).

En términos generales, en pro de los contratos estatales bajo ciertos requisitos y dependiendo de algunas situaciones se hace necesario para lograr la finalidad del contrato y alcanzar los fines del Estado prorrogar o adicionar dichos contratos, pero esta novedad contractual solo puede operar sobre nuevas obras directamente relacionadas con el objeto del concesionario o cuando medie la recuperación de

la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos, al igual que los contratos de obra iniciales, las adiciones o prorrogas deben operar siguiendo los principios eficacia, economía, y celeridad que rige en toda actuación administrativa y con mayor énfasis en aquellas donde está de por medio el erario.

Por otra parte, la Ley 1882 de 2018 calificada como la Ley de la infraestructura, trae consigo reformas significativas a lo que se exponía en la Ley 80 de 1993, dentro de las reformas más importantes que esta Ley trajo con su expedición, se resalta la intención de hacer que los procesos contractuales públicos sean más participativos, es decir, lograr una mayor concurrencia de oferentes, también menciona la obligatoriedad de adoptar los documentos tipo, facilitar la adquisición predial, viabilizar los proyectos de APP sociales, urbanas y de entidades territoriales entre otros (Pérez, 2018).

En lo que respecta a la libre concurrencia, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que en la contratación pública debe aplicarse el derecho a la igualdad de oportunidades, derecho que incluye la libre concurrencia u oposición, en el que todos los oferentes tengan la oportunidad de participar en el trámite concursal pudiendo ofrecer lo solicitado por la entidad, en

los procesos contractuales públicos no hay cabida a la discriminación, por lo tanto, las entidades estatales deben contribuir a generar posibilidades que permitan una libre competencia y oposición entre los oferentes en la contratación, para ello es necesario que la administración actúe absteniéndose de imponer condiciones restrictivas, los pliegos e invitaciones no pueden contener cláusulas limitativas que no están autorizadas por la Constitución y la Ley, de lo contrario, se estaría afectando la oportunidad de concurrencia y los intereses económicos de la entidad contratante (Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009. Exp. D-7663).

2.1.3. Clasificación de la Infraestructura

Teniendo en cuenta las normativas que tratan la infraestructura en el país, se remite al organismo PMI Bogotá Colombia Chapter, el cual clasifica la infraestructura en: transporte, energía, hidráulica y edificación. La infraestructura de transporte está conformada por tres subgrupos: 1) Terrestre: Esta destinada a mejorar la malla vial, dentro de esta infraestructura se encuentra la construcción o mejoría de carreteras, calles puentes, viaductos alumbrado, sistema masivo de transporte, como también, la infraestructura Ferroviaria que pretende mejorar movilidad,

como por ejemplo la construcción o mejoría metros, tranvías, tren de pasajeros, etc; 2) Marítima: Conformada por infraestructura portuaria que hace énfasis a las obras de construcción y ampliación de terminales marítimos para carga y pasajeros, muelles, faros, centros de control para comunicaciones, balizas, boyas etc., y la infraestructura de canales que consiste en obras para construcción y modernización de canales Interoceánicos, diques, esclusas. 3) Aérea: Cuya finalidad es construir y modernizar aeropuertos, terminales de carga, torres de control, comunicaciones, sistema de transporte de equipaje, entre otros (Colombia Chapter, 2015).

El segundo tipo de infraestructura es la de energía, destinada a permitir que los usuarios tengan acceso a la energía de forma correcta, de manera tal, que se favorezca tanto el equilibrio social como el desarrollo económico, el ahorro, la eficiencia energética y la innovación de las energías renovables, la mayoría de infraestructuras de este tipo están dirigidas a las redes de transporte, distribución, instalación de generación, conexiones eléctricas, así mismo, manejan un sistema gaseista que contiene planta de regasificación, almacenamiento y puerto de descarga, estaciones de compresión, estaciones de regulación y medida, redes de transporte y distribución

y conexiones internacionales como por ejemplo los gasoductos, por último, en lo que tiene que ver con la infraestructura energética también se incluyen los productos petrolíferos donde se incluyen los puertos de descarga y almacenamiento, refinamiento y transformación en energía, redes de transporte como los oleoductos y los puntos de distribución (Agencia Andaluza de la Energía, s.f.).

Por su parte, el tercer tipo de infraestructura, la Hidráulica, son aquellas obras que pretenden mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, por ejemplo, las obras que permiten que el agua sea potable, la canalización y tratamiento de sus aguas residuales, mejoramiento de condiciones ambientales y de salubridad, el cuarto tipo de infraestructura es la edificación, dirigida a: 1) Infraestructura urbana: Destinada a prestar un servicio a la ciudadanía y mejorar su calidad de vida por medio de obras como hospitales, centros educativos y de recreación. 2) Infraestructura industrial: Como su nombre lo indica, son obras destinadas a la construcción de plantas industriales para plantas como Cementeras, Siderúrgicas, Agroindustria Petroquímicas, Alimentación, Farmacéuticas, etc; por último, el quinto tipo de infraestructura es el de telecomunicaciones, que permite a la ciudadanía conectarse con el mundo, dentro de esta infraestruc-

tura se realizan obras a las redes de telefonía, de fibra óptica terrestres y submarinas, de televisión, Internet, celular, satélites, etc. (Colombia Chapter, 2015).

2.1.4. Propósito

La infraestructura, como se explicó anteriormente, pretende satisfacer las necesidades que presenta la ciudadanía, pero sumado a esto, el propósito directo es generar productividad en todos los sectores de la economía en conjunto con la generación de conectividad entre las personas, donde se incluyen no solo las obras tradicionales que conectan como las carreteras, aeropuertos y puertos, sino también la tecnología actual que permite a la gente comunicarse y efectuar transacciones de diverso tipo, es decir, se debe invertir tanto en infraestructura pero también en otros aspectos que la complementan como es la educación, puesto que la infraestructura por sí sola no vuelve a un país más productivo (Sala-Martín, 2016).

2.2. La Ley 80 de 1993 y la Contratación de Obras Públicas de Infraestructura. Convicción

La Ley 80 de 1993 se enfoca en señalar que las entidades al momento de contratar deberán hacerlo teniendo en cuenta la necesidad enfocada por

la administración. Lo anterior para lograr como resultado la implementación de una buena administración constituyendo así el deber funcional de la administración basado en el principio de planeación, esta Ley es un factor clave para la ejecución del tema contractual considerando elementos previos para poder realizar los procesos contractuales.

Es entonces la planeación, el principio que actúa como un límite de los aspectos procesales que se llevarán a cabo en el trascurso de las diversas etapas del proceso de contratación pública, es una herramienta principal dentro del proceso contractual, por ello, procede conjuntamente con los principios de transparencia y eficiencia con la finalidad de garantizar a los oferentes el conocimiento de todos los factores entorno al proceso, minimizando de esta manera la improvisación, es decir, con este principio se prevé las circunstancias de modo, tiempo y lugar que tiene todo proceso contractual en el ámbito público, evitando que el mismo se afecte por vicios generando obstáculos para alcanzar la ejecución de las etapas contractuales y post- contractuales (Amaya, 2016).

De igual manera, la Corte Constitucional ha indicado que el principio de planeación hace énfasis en la obligación que tienen todas las Entidades

Públicas y aquellas que manejan recursos públicos, que en el momento de adelantar procesos contractuales deben realizar los estudios previos adecuados, como por ejemplo, los estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, entre otros., de esta manera, se logra establecer el objeto contractual, las obligaciones que adquirirán las partes, la distribución de los riesgos y el precio del contrato, con la planeación se estructura de forma correcta la financiación que deriva la realización del objeto contractual y permitir a su vez, que los oferentes puedan diseñar de forma correcta sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos (Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012, Exp. D-8699).

Si se entra a determinar dentro del proceso contractual de que se encarga la planeación más exactamente dentro de la Ley 80 de 1993, se puede señalar que comprende los estudios previos del pliego de condiciones, la evaluación, distribución de los riegos, la disponibilidad de presupuesto, los tiempos para desarrollar el objeto contractual, igualmente la administración deberá conocer el sector donde se van a desarrollar el objeto contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley 80 de 1993 señala un tipo de contratación en obras publicas encaminada a cumplir con los principios

de transparencia, responsabilidad, economía y selección abreviada, sin embargo, los vacíos en esta normatividad eran evidentes puesto que por una parte, el control de este tipo de contratos eran mínimos y dejaban al contratista el manejo total de las obras, presentándose inconvenientes en el cumplimiento y manejo de los recursos públicos, con la Ley 80 de 1993 si bien la interventoría obtuvo aún más herramientas para actuar en cuanto al control en la ejecución de las obras públicas (Avellaneda Avendaño, 2018), de igual manera, se vio la necesidad de crear modificaciones y adiciones normativas como la dispuestas en la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1510 de 2013, las cuales permitieron subsanar los diferentes vacíos normativos que allí se presentaban, por ejemplo, con la Ley 1150 de 2007 se ampliaron las modalidades de contratación, se reformulo el principio de selección objetiva, se definió el criterio de la oferta más favorable, se forjó la publicación de los estudios previos, entre otros (Sánchez, 2008), en cuanto a la Ley 1510 de 2003, las entidades debían elaborar un Plan un Anual de Adquisiciones, donde toda entidad pública señalaba conforme a la identificación de sus necesidades, los bienes, obras y servicios que pretendían adquirir durante el año, de esta manera se señala el valor aproximado de la necesidad y la fecha probable para satisfacerla, también

se determinaron aspectos referentes al RUP, a los requisitos habitantes, la capacidad residual, los estudios y documentos previos, entre otros (ConsultorSalud, 2014).

Si bien el legislador ha realizado distintas modificaciones a la reglamentación del tema contractual y más aún el referente a obras públicas, en la actualidad se continúan presentando dificultades especialmente en aquellos contratos con altas complejidades ambientales que de forma directa afectan el proceso de contratación estatal, lo que vislumbra falta de control por parte del Estado colombiano que al no vigilar de forma adecuada los procesos contractuales públicos que adelantan sus entidades, dan cabida a diferentes actos de corrupción o preferencia política, así lo expone la Auditoría General de la República quien alude que los contratos estatales son llamados “contratos mermelada”, en los que se beneficia a un determinado contratista a cambio de ciertos beneficios que al final del contrato no beneficia la realización de obras con calidad ni exige el cumplimiento de las obras en los plazos establecidos (El Nuevo Siglo, 2017).

La contratación estatal en el país ha sido sujeta a muchas modificaciones, todas estas en su mayoría, dirigidas a frenar el fenómeno de la corrupción que abarca especialmente los contra-

tos de obras públicas, pero aun así se evidencia que muchas entidades estatales en conjunto con algunos contratistas continúan efectuando actos de corrupción, por ello, es necesario que las modificaciones en materia normativa estén de la mano con los avances tecnológicos, como también, que la administración pública cuente con profesionales altamente capacitados que ejecuten de forma correcta los procesos contractuales públicos dando cumplimiento de forma satisfactoria al principio de planeación.

Expuesto lo anterior, a modo de conclusión se identifica que lo previsto por la normatividad enfocada a la contratación estatal tiene como principal objetivo velar por la imparcialidad en los contratos estatales, situación que no se refleja en la Ley 80 de 1993 donde se observa la falta de eficacia y eficiencia tanto de esta norma como de sus modificaciones, lo que induce a que la participación de la pluralidad de oferentes sea mínima.

2.2.1. La Ley 1882 de 2018 y la Contratación de Obras Públicas de Infraestructura

La Ley 1882 de 2018 referida a la contratación de obras públicas de infraestructura no es una Ley que pretende reformar de forma directa la contratación estatal como tal, su objetivo está dirigido a indicar los

parámetros que se deben seguir en este tipo de contratos, esta Ley brinda las herramientas necesarias para el desarrollo del principio de selección objetiva en la contratación estatal, es así, que dentro de las modificaciones que se incorporan para los contratos de obra se incluye la utilización de pliegos de condiciones tipo, que también deben ser usados para los procesos de selección de contratos de interventoría, así mismo, esta Ley estipula otras reglas que priorizan la objetividad en la contratación (Lozano, 2018).

Como ya se indicó, no se trata entonces de una reforma sustancial sino de una especie de mejoramiento normativo que refuerza lo indicado por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 del 2007, la Ley 1474 del 2011 y el Decreto 1082 del 2015, por consiguiente, la base de esta Ley opera en sintonía con lo expuesto por toda la normatividad contractual pública que se ha dispuesto al respecto, pero de igual manera, como cada Ley tiene sus objetivos, en el caso de la Ley 1882 de 2018 estos están dirigidos en primera medida a la promoción de la pluralidad de oferentes, al fortalecimiento de la transparencia y a la adopción de buenas prácticas, partiendo del reconocimiento cotidiano de las experiencias que se presentan en la contratación (Pérez, 2018).

Para llevar a cabo procesos contractuales de naturaleza pública con éxito, es necesario que los mismos invoquen la participación masiva de oferentes puesto que de esta participación se satisface el principio de selección objetiva, por ende, ante la falta de pluralidad de oferentes se abre la puerta a posibles actos de corrupción; la limitación a la pluralidad de oferentes surge desde que se realizan los pliegos o la invitación pública, puesto que en la misma se consagran criterios subjetivos que pretenden direccionar los contratos a un oferente determinado, también suele presentarse cambios en los requisitos habilitantes, desbordamiento del poder discrecional, corrupción y colusión, todos estas acciones que se desprenden de la administración ocasionan distorsión en el mercado de la compra pública y aumentan las barreras en la competencia (Pérez, 2018).

Esta Ley es fundamental para el desarrollo de la infraestructura, su desarrollo tiene tres ejes principales, el primero de ellos está dirigido a la contratación pública donde se hacen modificaciones a la normatividad existente, dichos cambios están dirigidos al proceso de selección sobre todo en la modalidad de licitación pública, el pliego tipo I y la interventoría, el segundo eje es la infraestructura donde se hacen modificaciones a

la Ley 1682 de 2013—Ley de la infraestructura -, haciendo énfasis a la adquisición predial y al plan de manejo arqueológico en aras de facilitar las obras de infraestructura, el tercer eje es el referente a la APP consagrada en la Ley 1508 de 2012 la cual introdujo al país las asociaciones público privadas, las modificaciones a las APP están dirigidas a promover las infraestructuras sociales y urbanas como los proyectos donde las entidades territoriales son las responsables de la ejecución y prestación de los servicios que se generan de estas infraestructuras Cámara Colombiana de Infraestructura. (2018).

En cuanto a la modificación que hace la Ley 1882 de 2018 a las normas genéricas de la contratación expuestas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2013, se trae a colación el artículo primero de la Ley 1882 de 2013, que adiciona al artículo 30 de la Ley 80 de 1993 dos párrafos dirigidos de forma exclusiva a la modalidad de licitación pública de tipología obra pública. El primero de estos párrafos, párrafo 2, hace alusión a que la oferta debe presentarse en dos sobres, uno donde se incluyen los requisitos habilitantes y los documentos a los que se les asigna puntaje diferente de la propuesta económica como por ejemplo el cronograma, los diseños, etc., el otro sobre, es el que contiene la propuesta económica; por su parte,

el tercer párrafo trata el tema de la evaluación la cual se hará conforme a los dos sobres, es decir, se realizan dos evaluaciones por cada oferente, la primera evaluación corresponde al sobre de los requisitos habitantes donde posteriormente a su evaluación se otorgan cinco días hábiles para presentar observaciones y subsanar, la segunda evaluación se hace sobre la oferta económica, la cual se mantiene en el sobre cerrado y se abre únicamente en la audiencia de adjudicación donde se evalúa de acuerdo al método aleatorio escogido por la entidad en los pliegos, paso seguido se hace traslado y una revisión que opera como si fueran observaciones, y por último, se expone el orden de elegibilidad en el que se indica la posición que ocupó cada oferente de acuerdo al puntaje obtenido en la evaluación, así mismo, se presupone que el oferente ubicado en el primer lugar será el adjudicatario del contrato (López, 2018).

Otros de los cambios importantes de la Ley 1882 de 2018 es el tema de la subsanabilidad, entendida desde la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, este cambio se realizó con el fin de escoger la mejor oferta sin que para ello se modificaran los tiempos del proceso contractual, dentro de las modificaciones más importantes se encuentra el cambio efectuado al artículo 5 de la Ley 1150 de 2013, que

consiste en otorgar en cuanto a la subsanación un carácter impositivo, donde ya no es optativo por parte de la entidad solicitar los documentos que otorguen puntaje a los oferentes, así mismo, la oportunidad para subsanar ya no se efectuara hasta la adjudicación sino hasta que finaliza el plazo del traslado del informe de evaluación, por otra parte, la determinación de rechazar la subsanación ya no depende del criterio de la entidad, sino del oferente cuando no suministre la información requerida por la Entidad en la oportunidad establecida. En este punto hay una modificación importante referente a la garantía de seriedad de la oferta, la cual podía ser subsanada porque no otorgaba puntaje, pues bien, con esta nueva Ley este aspecto cambio puesto que debe ser entregada con la propuesta y es prohibido subsanar tanto su constitución como su falta de entrega, de no ser entregada se genera el rechazo de la oferta (Beltrán, 2018).

Volviendo a unas de las modificaciones significativas que trajo consigo la Ley 1882 de 2018 en cuanto a la incorporación de documentos tipo, Juan David Duque actual director de la Entidad Colombia Compra Eficiente, precisó que con la incorporación de documentos tipo para los procesos de obras públicas e interventoría se contribuirá a la eficiencia en el momento de contratar, puesto que

estandariza los criterios, requisitos y términos técnicos que conllevan los procesos contractuales, de esta manera se minimiza los factores de corrupción, se incentiva la participación en los oferentes y se mejora la pluralidad en la contratación pública, con estos documentos tipo las entidades estatales deberán someter sus pliegos a estos documentos por lo mismo, no podrán adicionar o modificar aspectos de fondo en beneficio de un oferente determinado ni a satisfacción particular de la entidad (Duque, 2018).

3. Conclusiones

3.1. Convergencia y divergencias de la ley 80 de 1993 y la ley 1892 de 2018

Como se expuso en el desarrollo de la investigación, el ordenamiento jurídico referente a la contratación estatal está conformado por varias normas, dentro de las cuales, quizás la más importante o punto de partida es la Ley 80 de 1993 que introdujo las pautas principales por las cuales las entidades públicas se basan para realizar los procesos contractuales públicos en los que se hace uso del erario, pero a pesar de las disposiciones normativas que contiene esta ley, se ha identificado falencias

o vacíos que hace necesario implementar nuevas normas con el fin de hacer mejor uso de los recursos públicos, en este orden de ideas, a modo de conclusión se indicara las convergencias y divergencias que existen entre la Ley 80 de 1993 y la Ley 1892 de 2018 respecto a la contratación pública, haciendo especial énfasis en los contratos cuyos objetos son la ejecución de obras públicas de infraestructura.

3.1.1. Convergencias

Dentro de los aspectos que guardan relación tanto la ley 80 de 1993 y la ley 1892 de 2018, se resalta que en ambas la finalidad del legislador está destinada a que se haga un buen uso de los recursos públicos, para ello, implementan requisitos y procedimientos especiales en cada una de las modalidades, de igual manera, la ley 80 de 1993 trae consigo artículos que hacen mención a los contratos de obra pública, al igual que la ley 1892 de 2018, cuyo fin es regular de forma directa el tema contractual de la infraestructura. Estas dos leyes centran su objeto normativo en los principios de la contratación estatal, haciendo especial énfasis al principio de planeación y transparencia, la ley 80 viene siendo el soporte o punto de partida de la ley 1892, esta última, implementado muchos de los vacíos existentes que se presentan en los

procesos contractuales cuyos objetos son las obras de infraestructura.

3.1.2. Divergencias

La ley 1892 de 2018 frente a la ley 80 de 1993 presentan varios puntos divergentes, dentro de los cuales se resalta que la ley 1892 está dirigida de forma exclusiva al tema de la infraestructura, mientras que la ley 80 tan solo destino unos apartados a los contratos de obra pública, dejando muchos vacíos de los cuales algunos funcionarios y contratistas han hecho uso para desviar los recursos públicos y satisfacer interese particulares.

Es así que la ley 1892 difiere en varios puntos con la ley 80, especialmente en el proceso que debe surtir para llevar a cabo la elección del contratista que ejecutara una obra de infraestructura, en este orden de ideas se considera que los puntos en los cuales existe una diferencia marcada entre ambas normas son:

- Pluralidad de oferentes: Con la Ley 80 de 1993, se le permitía a las entidades manejar de forma subjetiva el proceso contractual, de tal manera que los requisitos para que un oferente pudiese participar eran descritos de forma subjetiva beneficiando a un contratista en particular, lo que

limitaba de forma directa la pluralidad de oferentes. Con la Ley 1892 se implementa los “Documentos Tipo” para los objetos contractuales referentes a infraestructura, por lo mismo, las entidades estatales deben someterse al modelo implementado para llevar a cabo los procesos de selección.

- Adquisición de predios: Con la ley 1892 se regulo el proceso para realizar la adquisición de predios con el fin de lograr ejecutar una obra de infraestructura, lo que no estaba contemplado en la ley 80, por lo mismo, muchos contratos se demoraban en su ejecución al tener que esperar que el trámite de compra de predios se surtiera y posteriormente poder realizar la obra.
- La Ley 1892 de 2018 incorpora nuevas prácticas contractuales que permiten con mayor facilidad ejecutar los contratos, define las reglas en los procedimientos de contratación de infraestructura, permitiendo mayor pluralidad, transparencia, manejo de recursos públicos y la ejecución de las obras como corresponde, situación que no sucede con la ley 80 de 1993, en la que las disposiciones normativas referente a obras públicas son amplias y ambiguas.

Referencias

- Amaya R., Carlos. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista VIA IURIS*, núm. 20—Fundación Universitaria Los Libertadores
- Beltrán P., Jorge. (2018). *La subsanabilidad después de la Ley 1882 de 2018*. Bogotá: Abogados & Asociados SAS.
- Cámara Colombiana de Infraestructura. (2018). *Ley 1882 de 2018*. Bogotá.
- Colombia Chapter. (2015). *Análisis del sector de infraestructura en Colombia*. Bogotá: Gestión del Conocimiento Virtual de Infraestructura.
- Duque, Juan D. (2018). *Ley que modifica la contratación pública en temas de infraestructura entró a regir*. Bogotá: Colombia Compra Eficiente -CCE- Agencia Nacional de Contratación Pública.
- El Nuevo Siglo. (2017). *Falencias en contratación estatal: gremios*. Bogotá.
- López Cortes, Harvey. (2018). *Ley 1882 de 2018 Contratación Estatal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lozano G., Julián. (2018). *Contratos de obra e interventoría en la Ley 1882 de 2018*. Bogotá: Asuntos Legales.
- Pérez B., Santiago. (2018). *Las claves para entender la nueva modificación a las normas de contratación*. Bogotá:

Cámara Colombiana de la Infraestructura.

Sala-Martín, Xavier. (2016). *Aproposito de infraestructura y productividad*. Universidad Columbia.

Sánchez, Manuel. (2008). *Contratación estatal en Colombia: un nuevo reto con la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios 066 (art. 83) y 2474 de 2008*. *Nuevo estatuto general de contratación pública*. Bogotá: Abogados Consultores y Asociados

Normatividad

Congreso de la República. *Ley 1882 de 2018*. “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. Bogotá.

Congreso de la República. *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”. Diario Oficial N° 48.128 de 12 de julio de 2011.

Congreso de la República. *Ley 80 de 1993*. “Por la cual se expide el Estatuto General Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial N° 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Jurisprudenciales

Consejo de Estado, Sentencia del 18 de julio de 2002. Rad. 1439, C. P. Susana Montes de Echeverri.

Consejo de Estado. *Sentencia del 8 de junio de 2006*. Rad. 76001-23-31-000-1996-02716-01(15005). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado. *Sentencia de 24 de abril de 2013*, Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Corte Constitucional. *Sentencia C-300 de 2012*. Exp. D-8699. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional. *Sentencia C-713 de 2009*. Exp. D-7663. M.P. María Victoria Calle Correa

Sitios Web

Agencia Andaluza de la Energía. (s.f.). *Infraestructuras energéticas*. Recuperado de <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/es/la-energ%C3%ADa-en-Andaluc%C3%ADa/infraestructuras-energeticas>

Colombia Compra Eficiente. (2016). *Guía para la elaboración de estudios del sector*. Bogotá: Gobierno de Colombia. Recuperado de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guia_estudio_sector_web.pdf

- ConsultorSalud. (2014). *Cambio la contratación pública en Colombia*. Bogotá. Recuperado de <http://www.consultorsalud.com/cambio-la-contratacion-publica-en-colombia>
- Clavijo, Héctor; Álzate, Marco A. & Mantilla, Libia. (2015). *Análisis del sector de infraestructura en Colombia*. Bogotá:PMI. Recuperado de <http://www.pmicolombia.org/wp-content/uploads/2015/06/PMIBogota-Analisis-sobre-el-sector-de-infraestructura-en-Colombia.pdf>
- Real Academia Española. (2014). *Infraestructura*. Madrid. Recuperado de <http://www.rae.es/>