

# La regulación del proceso de selección del consultor: ¿fuente de inseguridad jurídica?

## The Regulation of the Bidding Process for Consultants: Cause of Lack of Reliance in the Legal System?

Recibido 4 de Abril de 2008, aprobado 21 de abril de 2008.

### Felipe de Vivero

Abogado, especialista en Derecho Administrativo y en Gestión Pública e Instituciones Administrativas. Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Bogotá D.C. Colombia.

fdeviver@uniandes.edu.co ✉

#### PALABRAS CLAVES

Inseguridad jurídica, reforma procesos de selección, selección del consultor, responsabilidad de los consultores, responsabilidad en la contratación pública.

#### KEY WORDS

Accountability in State contracts, Consultant's Liability, Lack of reliance in legal system, Modifications in bidding process, Selection of the consultant.

#### RESUMEN

Las recientes modificaciones introducidas por la Ley 1150/07 y por el Decreto 066/08 en los procesos de selección de consultores por parte del Estado están produciendo inseguridad jurídica en el sistema legal. Los procesos de selección para consultores, en esta regulación, permiten al empleado público aplicar normas que pueden proteger intereses personales en vez de proteger intereses públicos, lo cual va en contra de la transparencia y eficiencia, aspectos que inspiraron estas modificaciones.

#### ABSTRACT

The recent modifications introduced by the law 1150/07 and by the decret 066/08 in the bidding process for State consultants are producing a lack of reliance in the legal system. The bidding process for consultants in this new regulation allows the public employee to apply rules that might protect personal interests instead of the public interest, going against the clearness and efficiency that was the scope of the modification.



Foto: Nicolás Borja

La preocupación por proteger el patrimonio público ha traído como consecuencia una proliferación de normas que buscan facilitar el control de la inversión de los recursos públicos. El contrato estatal constituye uno de los instrumentos de inversión, por lo que la tendencia a aumentar los controles, igualmente, se ve reflejada en el ordenamiento que regula la contratación pública. La atención se centra de una manera importante en la selección del contratista, para así lograr suscribir el contrato estatal con la persona que reúna las condiciones idóneas, sin perjuicio de los controles propios de la ejecución del mismo. Es por ello que, tras encontrarse algunas críticas respecto de los mecanismos de selección tal y como estaban regulados en la Ley 80 de 1993, se decidió emprender una reforma en la que los mecanismos de selección fueron objeto de modificación significativa.

Esta proliferación de normas, desafortunadamente, lo que ha generado es inseguridad jurídica dada la incertidumbre frente al régimen aplicable a las diferentes relaciones contractuales en ejecución como respecto de aquéllas por contratarse. Frente a una inseguridad jurídica de este tipo, los límites de la responsabilidad que pueden ser endilgada a los actores de la contratación pública se desvanecen. A mi modo de ver, la Ley 1150 de 2007 de manera desafortunada, en la gran mayoría de aspectos, lo que generó

fue justamente inseguridad jurídica, dadas las características de la misma, lo que la hace particular, tal y como lo presentaré en este escrito.

Para dar paso al análisis planteado es preciso abordar, en primer lugar, algunas observaciones sobre esas características particulares que hemos anunciado que tiene la Ley 1150 y que hacen que contraste con los procesos tradicionales de modificación de leyes a los que usualmente estamos acostumbrados.

Para comenzar, en razón a su estructura, hasta tanto no se reglamente en su totalidad no tendremos certeza del alcance de la modificación, pues la gran mayoría de aspectos en ésta contenidos están condicionados o referidos a la reglamentación por parte del Gobierno Nacional. A la fecha, mayo de 2008, tan solo contamos con un decreto reglamentario relativo a las modalidades de selección, del cual, a su vez, ya se anuncia una reforma cuando no ha cumplido siquiera cuatro meses de expedición.

Afirmamos que estamos frente a una ley particular, ya que en razón a la permanente referencia al desarrollo reglamentario aún no se tiene certeza del alcance de la modificación, en la medida en que de treinta y tres artículos encontramos veintinueve menciones en las que se indica que el desarrollo de la regulación se hará a través del reglamento que expida el Gobierno Nacional.

Adicionalmente, dada esta particularidad, la misma ley había conferido al Gobierno la facultad de compilar el Estatuto Contractual de manera tal que se aclarara cuáles normas de la Ley 80 de 1993 habrían sido objeto de modificación por parte de la Ley 1150, cuáles normas se introducían en la regulación y cuáles, contenidas en las normas anteriores, se derogaban. Este instrumento que buscaba dar claridad y evitar inseguridad jurídica fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional [1]<sup>1</sup>. Por lo anterior, al no haber posibilidad de compilar como facultad del Ejecutivo, se entiende que van coexistir la Ley 80, la Ley 1150 de 2008 y todos los decretos reglamentarios señalados a lo largo de las veintinueve menciones de reglamentación hechas en la Ley 1150.

Esta particularidad respecto del amplio campo dado al reglamento ofrece un riesgo adicional que se puede concretar en las eventuales declaratorias de ilegalidad de dichas normas, porque puede llegar a considerarse que dicha facultad es inconstitucional en atención a que la Constitución radicó en cabeza del Legislativo la competencia para expedir el Estatuto de Contratación Estatal, tal y como han sido entendidos por el Consejo de Estado en pronunciamientos recientes [2].

Tal y como tuve oportunidad de manifestarlo en el artículo publicado en la revista de la Contraloría General de la República [3], ésta es una ley que no sólo modifica la Ley 80, sino que además introduce disposiciones aplicables a toda la contratación con recursos públicos. Se compone de treinta y tres artículos, de los cuales ninguno menciona la norma que modifica o deroga, salvo algunas menciones específicas a derogatorias contenidas en el artículo treinta y dos. Usualmente, las leyes que modifican parcialmente otra ley se caracterizan por indicar la norma derogada o, cuando se trata de modificación parcial, por indicar cómo queda en adelante el respectivo artículo.

En la Ley 1150 esta característica no está presente, por lo que la dificultad para determinar en la actualidad qué normas han sido modificadas de manera directa por este conjunto normativo es inmensa, ya que esta ley además de modificar normas contenidas en la Ley 80 introduce nuevas disposiciones aplicables a la contratación con recursos públicos. La dificultad radica entonces en establecer qué normas están dirigidas a modificar aspectos de la ley anterior y qué normas introducen nuevos aspectos que, por ende, complementan la Ley 80.

El 16 de julio de 2007 se sancionó esta ley que, en su trámite ante el Congreso, se identificó como la reforma de la Ley 80. Esta ley es el resultado de múltiples intentos de modificación del Estatuto Contractual de la Administración Pública, los cuales (en su gran mayoría) fracasaron. Considero que sería cercano a la verdad afirmar que lo que terminó siendo la Ley 1150 tuvo sus orígenes en el año 2003, cuando se radicaron tres proyectos de ley que pretendían modificar la Ley 80: dos de iniciativa parlamentaria y uno de iniciativa gubernamental, que había sido trabajado con participación de algunos organismos de control. Luego de varios tropiezos se unificaron estos proyectos y, finalmente, se logró obtener las aprobaciones respectivas tanto en Senado como en Cámara de lo que es hoy la norma por medio de la cual “se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”.

Durante el acompañamiento que desde la academia hicimos al proceso legislativo de estos múltiples intentos de modificación de la Ley 80, se insistió en que sería equivocado considerar que la necesidad de modificarla surgía de la necesidad de combatir la corrupción que encontraba un vehículo ágil en el Estatuto Contractual [4]. Algunos sostenían que se había

---

1 Sentencia Corte Constitucional C-259 de 2008. Con lo señalado en esta sentencia, al ser declarado inexecutable el artículo 30 que contenía la facultad para compilar, el ejecutivo no tendría la facultad de recopilar e unificar todas las disposiciones en un mismo cuerpo normativo.

identificado a la Ley 80 como un nicho en el que la corrupción encontraba un ropaje de legalidad con el que lograba avanzar impunemente.

A lo largo de varios años, se hizo una crítica reiterada respecto al error que implicaba considerar que la ley era la que generaba la corrupción y que, por ende, modificándose su texto se lograría evitarla. No obstante, la respuesta de quienes estaban coordinando este trabajo indicaba que ésta había sido la idea inicial, pero que con el tiempo había cambiado con el fin de hacer más eficiente la contratación y, por esta vía, aprovechar mejor los recursos públicos. Sin embargo, contrario a lo afirmado por estos últimos, la Ley 1150 mantuvo como razón de ser la lucha contra la corrupción. Lo anterior se evidencia en la simple lectura, tanto del encabezamiento como del artículo primero, donde se deja claro que la ley constituye un mecanismo a través del cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia. Además, al revisar la exposición de motivos de lo que es hoy la Ley 1150, se encuentran múltiples afirmaciones que permiten concluir que esta idea nunca cambió y que, por el contrario, la filosofía del texto se inspiró en el objetivo de luchar contra la corrupción.

Veamos algunos apartes de la exposición de motivos de la ley:

“**Objeto.** Introducir medidas para la eficiencia y transparencia en la gestión contractual que hagan del mecanismo contractual un hito de eficiencia en la administración del recurso público y *un terreno adverso al accionar de la corrupción.*”<sup>2</sup> (...)

**Alcance del proyecto.** Se busca 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, el diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales, la utilización de

mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de *economías de escala*, la incorporación de probados mecanismos para ‘extraer valor’ el proceso contractual, con lo cual se busca una mayor agilidad y eficacia que no sólo reducirá los costos de transacción que encarecen la contratación pública sino que además tendrá como fruto la eliminación de espacios que puedan ser utilizados para *usufructuar indebidamente el patrimonio de los colombianos.* (...)

El proyecto de ley que hoy se presenta *no tiene por objeto dictar un nuevo estatuto general de contratación*, sino introducir medidas puntuales que permitan a las entidades hacer más eficiente y transparente su gestión, así como corregir algunas fallas que se han presentado en su aplicación y que *han derivado en espacios que son aprovechados por la corrupción* para desviar los recursos de las finalidades estatales a los que se encuentran destinados.”

De conformidad con las citas anteriores, no existe duda alguna acerca de que permaneció como objetivo el que la ley fuera un instrumento de lucha contra la corrupción. Y es allí donde fundamos una de nuestras grandes críticas, pues resulta ingenuo creer que con esta ley se lucha contra la corrupción, lo cual parecería partir de que es la ley la que domina al hombre y no el hombre el que aplica la ley.

Otro tema que considero necesario resaltar es el objeto de regulación. En efecto, en el encabezamiento de la ley así como en el objeto consagrado en el artículo primero<sup>3</sup> se afirma que, además de introducir medidas en aras a lograr eficiencia y transparencia, se dictan disposiciones generales aplicables a toda la contratación con recursos públicos. Esta última consagración es de suma importancia y, previo a su desarrollo, obliga a hacer referencia a la discusión que se dio desde 1994 respecto a si la Ley 80 era el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tal y

2 El subrayado de este aparte y los siguientes es mío.

3 “Artículo 1º. OBJETO. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones aplicables a toda contratación con recursos públicos.”

como se había pretendido, o si, por el contrario, en la práctica se había convertido en el Estatuto de aplicación excepcional, en razón a la proliferación de múltiples estatutos sectoriales<sup>4</sup> que tenían aplicación por encima de la Ley 80, por ser especiales en cada caso.

Al revisar las discusiones en el Congreso, se puede ver que este punto fue objeto de polémica permanente, pues se enfrentaron quienes sostenían que era necesario mantener regímenes excepcionales con aquellos quienes consideran necesario mantener la filosofía de que bajo un mismo Estatuto se debe regular toda la contratación de la Administración Pública. Luego de múltiples presiones de quienes se enfrentaban, pero en especial de los sectores excluidos para que no fueran incluidos, se optó por mencionar simplemente en la ley a algunas pocas entidades que anteriormente se encontraban excluidas, para ahora indicar de manera expresa que quedaban cobijadas por la Ley 80 y, de esta manera, dejar aparentemente la situación tal y como estaba antes.

Sin embargo, considero que lo que finalmente se aprobó amplía mucho más el problema ya que esta ley, tal y como lo hemos mencionado, fue mucho más allá de una simple modificación a la Ley 80 de 1993. En efecto, consideramos que modifica de manera considerable el alcance de la Ley 80 al variar su ámbito de aplicación; pero, mientras la Ley 80 era el Estatuto aplicable a las entidades públicas, la ley 1150 regula toda la contratación con recursos públicos, lo que implica que cobija aún la contratación efectuada por entidades privadas que manejan recursos públicos.

Comparemos el texto de las dos leyes:

LEY 80 DE 1993

“**Artículo 1º. Objeto.** La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.”

LEY 1150 DE 2007

“**Artículo 1º. Objeto.** La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.”

La imposibilidad de establecer qué artículos de la nueva ley son los que modifican normas de la Ley 80 y qué artículos son nuevas disposiciones constituye una verdadera incertidumbre. Esto revive el debate respecto a si las entidades de los sectores tales como salud, educación, servicios públicos domiciliarios y otros, ven modificados sus regímenes especiales o no. En mi opinión esta inseguridad jurídica creada por esta ley es nefasta desde el punto de vista de la inversión, ya que no existe certeza sobre los límites de la responsabilidad.

Considero que es necesario mantener las leyes en el tiempo hasta tanto la jurisprudencia —que no es otra cosa que la interpretación de las leyes en cada caso concreto— se asiente y se consolide, pues así el operador de la contratación y de la justicia tendrá certeza respecto al terreno que está pisando.

Ahora bien, para abordar la incidencia de la mencionada inseguridad jurídica en el contrato de consultoría, es necesario señalar que la contratación de los servicios de consultoría quedó limitada para efectos del mecanismo de selección del contratista, al concurso de méritos bajo un procedimiento especial de acuerdo con lo establecido en el Decreto 066 de 2008, reglamentario de la Ley 1150. La reglamentación del concurso de méritos introdujo elementos confusos en los criterios de selección, que pueden llevar a desdibujar desde el mismo proceso de selección los límites establecidos en la responsabilidad para los contratistas en éste tipo de contratos.

4 Esta normatividad sectorial a la que se hace referencia es la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994, regulatoria de los servicios públicos domiciliarios y conocida como la ley del sector energético, respectivamente. De allí por vía de las regulaciones sectoriales, salud, educación, televisión, ciencia y tecnología, telecomunicaciones, etc., se arribó a la conclusión de que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se había convertido en el Estatuto excepcional de contratación.

Estas problemáticas en el proceso pueden ser abordadas, a manera de resumen a partir de cuatro aspectos:

#### **SUBJETIVIDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LOS CRITERIOS**

Dentro del proceso establecido, se señaló que se deben recibir las manifestaciones de interés de quienes quieren participar, para luego precalificar y conformar una lista de posibles proponentes.

Para efectos de conformar la lista corta de precalificados, se estableció una serie de criterios que no resultan objetivos, en la medida en que no se entiende cómo ‘objetivamente’ se puede establecer como criterio de selección, según lo indica el decreto reglamentario<sup>5</sup>, la capacidad intelectual de los interesados o la confiabilidad y reconocimiento de uno u otro en el mercado.

¿Contra qué se compara?

Otro aspecto que tampoco resulta objetivo es establecer como criterio de selección la homogeneidad<sup>6</sup> en la naturaleza jurídica, en los objetivos empresariales, académicos, científicos o investigativos similares de quienes se presentan para la precalificación y conformación de la lista corta. Determinar la homogeneidad puede resultar muy abstracto: ¿qué es homogéneo?, ¿todos los que se presenten tienen que ser sociedades?, ¿sociedades anónimas?, ¿sociedades limitadas?, ¿deben tener exactamente los mismos logros académicos?

La pregunta que está en el fondo es: ¿de dónde parte y hasta dónde llega el criterio de homogeneidad?, ¿puede llegar a limitar tanto los criterios de selección para crear una lista corta, dejando un solo proponente por ser éste el único que se ajusta a lo definido como homogéneo?; si uno sólo entonces ¿homogéneo con quién o con qué?

A partir de criterios como los que plantea la reglamentación del decreto en este tema, se puede dar una violación del derecho a ser tratados como iguales que tienen todos los que se presenten al proceso de selección; lo anterior en la medida en que bajo este criterio de homogeneidad, por no ser una sociedad anónima sino una persona natural o una sociedad limitada podría ser descalificado y se le privaría de la posibilidad de participar. Por ende, en cuanto a seguridad jurídica se refiere, los criterios señalados afectan y atentan contra la claridad de las reglas en el proceso de selección e impiden contar con reglas de juego claras al momento de entrar a participar en el proceso.

#### **COMITÉ EVALUADOR COMPUESTO POR EXPERTOS EN EL ÁREA A CONTRATAR**

Dentro del proceso establecido para el concurso de méritos, se debe conformar un Comité Evaluador encargado de asesorar y rendir los informes de evaluación a la entidad. Este Comité, tal como lo señala la norma<sup>7</sup>, estará conformado sólo por expertos en

5 Decreto 066 de 2008: Artículo 61. *Conformación de la lista corta de precalificados*. 2. Para la conformación de la lista corta deberán utilizarse, según el caso, los siguientes factores:(...) b) Capacidad intelectual entendida como las calificaciones del interesado, para desarrollar servicios de consultoría en el área descrita en los requerimientos técnicos;(...) d) Otros, que le permitan a la entidad contratante identificar precalificados que puedan ejecutar exitosamente los servicios señalados en los requerimientos técnicos, tales como el historial profesional de los proponentes, su confiabilidad y reconocimiento dentro del mercado de que se trate.

6 Artículo 61. *Conformación de la lista corta de precalificados*. Para la conformación de la lista corta el comité aplicará las siguientes reglas: 1. La lista corta de precalificados se elaborará asegurando su homogeneidad al incluir consultores con naturaleza jurídica, objetivos empresariales, académicos, científicos o investigativos similares, sin que en ningún caso se mezclen dichas clases de consultoras dentro la lista corta.

7 Decreto 066 de 2008. Artículo 55. *Comité asesor y evaluador*. El comité asesor y evaluador para el concurso de méritos estará conformado por un número plural e impar de expertos en el área a contratar.

el área a contratar, restringiéndolo a profesionales o técnicos que conocen de la materia objeto del contrato, quienes además deberán rendir cada uno por separado sus informes de cada propuesta.

Tal limitante, frente a la conformación del Comité, genera una serie de cuestionamientos en torno a la posibilidad que puede tener un experto del área a contratar para evaluar todos los componentes de la propuesta, pues no siempre dentro del estudio de la propuesta se requieren conocimientos exclusivamente en un área específica; es más, los casos en que esto ocurre son la excepción. Se requiere la participación de expertos en otras áreas tales como la jurídica y la financiera, por lo que podría concluirse que dicha participación quedó limitada. De ser esto cierto, no es lógico que los miembros del Comité (que son todos expertos en la misma área) entren a evaluar tanto la parte técnica como la financiera y la jurídica de cada propuesta. De igual forma, no tendría sentido que un ingeniero, un economista o un abogado se encargaran cada uno por separado de evaluar una propuesta, cuando lo que se necesita es precisamente una visión integral que permita dar objetividad frente a los aspectos analizados.

En este punto, las reglas de juego frente a la evaluación ponen en riesgo el éxito del proceso ya que cada evaluador se concentrará en su área y nunca se dará una valoración armónica de la propuesta.

#### **EL PRECIO DE LA PROPUESTA NO CONSTITUIRÁ FACTOR DE ESCOGENCIA EN LA SELECCIÓN**

A partir de la estructura planteada, se estableció desde la misma Ley 1150, y así lo repite el decreto reglamentario 066 de 2008 de forma expresa, que el precio no constituirá factor de selección. Considero que no debe ser el precio el factor de selección único, pero encuentro exagerado consagrar que no debe ser tenido en cuenta para realizar la selección. Al contrastar esta disposición con los límites, desde el punto de vista económico en razón al presupuesto oficial de la entidad y por ende a la apropiación presupuestal

respectiva, creo que se presenta una ausencia de claridad, pues en últimas sí se fija un techo máximo a pesar de haberse afirmado que el precio no constituye factor de selección en ningún caso.

#### **ALCANCE DEL REQUISITO DE EXIGIR DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA OFERTA, EL ESTABLECIMIENTO DE LA PROPUESTA METODOLÓGICA (¿KNOW HOW?)**

Si bien dentro de los procesos de consultoría resulta apenas lógico el señalamiento y establecimiento de una metodología para el desarrollo del objeto que está siendo contratado, a partir de la modificación del proceso de selección contenido en el decreto 066 de 2008 no es claro hasta dónde llega ese nivel de detalle, ni cómo se va a comparar una metodología con otra. ¿Cómo se sabe cuál es mejor o más eficiente?

El primer inconveniente que plantea la inclusión de la metodología como elemento sujeto a evaluación es ¿hasta dónde debe ir el nivel de detalle sobre cómo se desarrolla el negocio, para efectos de obtener el mejor puntaje? En este momento adquiere relevancia la protección que como consultor hago de mi know how: ¿cómo sopeso la necesidad de mostrar mis ventajas frente a otro consultor, con la protección de la forma en que he desarrollado una metodología?

Los anteriores son sólo interrogantes frente al alcance de la reforma, sin embargo, el problema de fondo se encuentra definido en la complejidad que representa comparar y otorgar mayor o menor puntaje a una metodología. Si bien la metodología debe ser presentada por el consultor, ésta presentación debería ser sólo para mostrar que la propuesta no es inviable ni descabellada y que se ajusta a las necesidades de la entidad, pero no para compararla. El detalle de la metodología, al poner a competir a los consultores frente a quién en su metodología va más al detalle y acomete más o menos labores y propone técnicas más avanzadas, puede ampliar el campo de responsabilidad a partir de las expectativas generadas por el consultor al contratante y frente a terceros.



En conclusión, la inseguridad jurídica generada por todos estos factores problemáticos que se pueden presentar dentro del proceso de selección ponen en riesgo o, por lo menos, generan duda acerca de cómo pueden llegar a afectar las obligaciones y responsabilidades que asume el contratista al participar en un proceso de este tipo que, a mi modo de ver, se caracteriza por la subjetividad y por lo engorroso; aspectos contrarios, justamente, a los conceptos de transparencia y eficiencia que inspiraron a los reformadores de la Ley 80 de 1993.

#### REFERENCIAS

**[1] Sentencia Corte Constitucional C-259 de 2008.**

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

**[2] Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.**

Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007).

**[3] Revista Economía Colombiana.**

Contraloría General de la República, octubre de 2007.

**[4] Memorias “Jornadas de Contratación - Cartagena de Indias”, 2005 y 2006.**

Especialización en Gestión Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.