

PROYECTO DE LEY N° _____ de 2020 Senado

“Por el cual se modifica el inciso 2 del párrafo correspondiente al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones” –
PL. “Más planeación menos adición para evitar la corrupción”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto de la Ley. El objeto de la presente Ley tiene como propósito aplicar los principios de economía, planeación y previsibilidad en las adiciones presupuestales a que son sujeto los contratos celebrados bajo la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública El Congreso de Colombia” disminuyendo el porcentaje de adición que actualmente está en cincuenta por ciento 50% del valor inicial del contrato según lo establecido en el artículo 40 de la citada Ley a veinticinco por ciento 25%.

Artículo 2°. Modifíquese el inciso 2 del párrafo correspondiente al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Parágrafo: En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del **veinticinco por ciento (25%)** de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 2°. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,



EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS AL PROYECTO DE LEY

“Por el cual se modifica el inciso 2 del párrafo correspondiente al artículo 40 de la ley 80 de 1993, y se dictan otras disposiciones”

ANTECEDENTES DEL PROYECTO

La corrupción es entendida como el relajamiento de las costumbres morales, con incidencia negativa en las estructuras sociales y, en especial, políticas; en el plano político la corrupción de la dirigencia se manifiesta en el manejo de la cosa pública en su propio beneficio, sin importar la intención histórica del cuerpo social, en especial Colombia quien es un Estado Social de Derecho.

Desde el punto de vista semántico, el diccionario de la Real Academia Española define la corrupción como la “acción y efecto de corroer”. Una de las definiciones más empleadas desde la economía clásica fue propuesta por Klitgaard, como función de la discrecionalidad, el monopolio y la falta de transparencia a través de la siguiente fórmula: M (monopolio) + D (discrecionalidad) – A (responsabilidad) = C (corrupción)¹.

El Programa de Naciones Unidas ² para el Desarrollo en el año 2004 da un concepto más amplio:

“El mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco”.

El Banco Mundial define la corrupción como, el abuso de un cargo público para beneficio privado, concepto que ha permitido vincular la corrupción con prácticas tales como intercambio de favores, el soborno y el nepotismo.

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Cámara de Comercio de Bogotá (CCB), *Guía anticorrupción para las empresas*, Bogotá, 2014, p. 25 y ss.

² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Anticorrupción. Nota práctica*, 2004, p. 2.

En lo que respecta al Derecho Administrativo la corrupción ha sido estudiada por muchos autores, pero en profundidad por Mairal ³ quien hace referencia que el contrato administrativo está armado para favorecer a los negociados y la corrupción.

Esta autora afirma categóricamente que “(...) su grado de difusión difiere significativamente entre los diversos países. En algunos países el fenómeno es esporádico mientras que en otros la corrupción se ha instalado como un modo necesario para operar normalmente en ciertos sectores de la sociedad y de la economía”. Es así que, la transparencia se debe constituir en una exigencia de la Administración Pública, que integre los principios de planeación y eficiencia en el manejo de los recursos públicos, en especial aquellos que de inversión pública que permite el desarrollo de los territorios.

Planear hace alusión a prever para dirigir el camino hacia la consecución de una meta; administrar, para ir paso a paso, bajo circunstancias en las que concurren tanto elementos determinados como factores que son aleatorios; planear es tener una proyección, una ruta previamente trazada, algo de lo cual se dispone antes de empezar una obra pública ⁴.

Planificar, en cambio, está relacionado con la optimización de recursos para hacerlos alcanzar, de llevar a cabo un objetivo con los medios con que se cuenta, de ejercer un control sobre ejecutores, acciones e insumos, paso a paso, durante las diferentes etapas del desarrollo de la obra pública; es desplegar una estrategia económica para hacer rendir al máximo los medios con que se cuenta, ante necesidades que exceden los recursos.

“La planificación del territorio fue en los años cincuenta el primer ejemplo de cómo solucionar jurídicamente problemas complejos que van mucho más allá de la tradicional evitación de peligros... El plan es necesario como instrumento adicional, porque una evolución urbanística ordenada presupone la realización de un gran número de objetivos y de amplios contextos para que del cúmulo de proyectos individuales no surja una yuxtaposición inconexa, sino que la zona urbana en cuestión presente las características de una satisfactoria “composición””. Wahl (2006).

³ Mairal, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

⁴ Departamento Nacional de Planeación República de Colombia. Hacia una política pública para la eficiencia y la transparencia en la contratación. (2006).

Los problemas de contratación pública en Colombia están ampliamente consentidos por la Ley 80 de 1993, instrumento normativo por medio del cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En octubre del presente año, esta disposición normativa que cumplirá 27 años, tiene como objeto principal, según lo dispuesto en su artículo primero, *disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*.

Sin duda alguna en los últimos años y tras algunos intentos fallidos por parte del legislativo de sacar adelante una reforma al modelo de contratación estatal en el país, el cual se divide en posiciones, entre aquellos que se inclinan por la rapidez y la eficiencia en la contratación y otros que pretendemos garantizar una planeación y ejecución óptima de los recursos públicos, cerrándole puertas a la corrupción; y quienes seguiremos apostándole a una verdadera transformación de fondo del estatuto general de contratación, pero que tenemos la obligación y mientras esta reforma es posible, cerrar aquellas líneas delgadas que permiten permear los procesos de contratación y que se han convertido en instrumentos mal utilizados para la ejecución de los contratos de inversión pública en todo el territorio nacional.

Se considera que las adiciones presupuestales debe considerarse como un instrumento que permita una flexibilidad en los presupuestos de los contratos de inversión pública, y que su naturaleza es la de permitir concluir a feliz término los contratos en etapa de ejecución, y que sólo hay adición a un contrato cuando se agrega a su alcance físico inicial algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando se realiza un ajuste del valor estimado del contrato, porque el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; es decir, los mayores valores del contrato no se presentan por mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas del objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto del contrato.

OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El objetivo del presente proyecto de Ley es modificar el porcentaje en las adiciones realizadas a los contratos que celebran las entidades estatales, los cuales según lo establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 corresponde al cincuenta (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, y que se espera con el presente proyecto de ley se reduzca al veinticinco (25%).

JUSTIFICACIÓN

La Administración Pública maneja la planeación como una actividad que permite vincular los medios y fines, diseñar normas organizativas, distribuir funciones, procurar la eficiencia en los objetivos de desarrollo a los que aspira la sociedad y dignificar y enriquecer la función pública. El enfoque gubernamental está orientado a la elaboración de planes, fijación de objetivos y selección de alternativas para que sus resultados impacten en la sociedad, a través de la determinación de prioridades de acuerdo a los requerimientos y demandas de los diversos grupos sociales que interactúan en comunidad. A su vez, la planeación es una técnica de gobierno para dirigir y regular los procesos de desarrollo socioeconómico, vista así no sólo como un conjunto de procedimientos técnicos para la realización de un plan, sino como un procedimiento político orientado a la satisfacción de las demandas sociales y la procuración del desarrollo (Ramos y Cienfuegos, 1995).

La planeación es un principio de la actividad contractual y administrativa pública. En la actualidad, gran parte de los problemas en contratación estatal obedecen a que la planeación se concibe como una actividad estática, ***este proyecto de ley establece el principio de concebir la planeación como un sistema dinámico al servicio de la comunidad y al contrato, como una herramienta al servicio de los fines del Estado.***

Las Entidades Estatales deben realizar un juicioso estudio de planeación identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones, sin afectar drásticamente los presupuestos iniciales de los contratos estatales.

El presente proyecto se sustenta en el principio de la planeación en los contratos estatales, bajo el marco de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y sus Decretos Reglamentarios, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Así como lo deja en evidencia el Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C del 24 de abril de 2013, radicación n.º 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).

A nivel normativo hay ausencia de un desarrollo expreso, pero existen referentes conceptuales sobre la materia, pues algunas disposiciones aluden a la exigencia de realizar ciertas actividades que, en mayor o menor grado, pueden satisfacer el deber de conocimiento previo, sobre el futuro contrato desde diferentes ópticas.

En Colombia, uno de los mayores problemas en materia de contratación pública se relaciona con los costos finales de los contratos, los cuales en la actualidad pueden terminar alcanzando hasta un cincuenta por ciento 50% adicional al valor inicial, según lo establece la norma soportada por el artículo 40 de la ley 80 de 1993.

Ahora bien, en Colombia todo contrato estatal requiere de un proceso precontractual, el cual está integrado por los principios de; principio de transparencia, principio de selección objetiva, principio de buena fe, principio de publicidad, principio de igualdad, libre concurrencia, principio de planeación, omisión al deber de planeación y principio de previsibilidad.

Dentro de los principios anteriormente descritos resaltaremos tres 3, que se consideran detalladamente en la exposición de motivos del presente proyecto de ley.

1. Principio de economía. Este principio tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, *traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal.*

En desarrollo de este principio, la norma legal busca asegurar la selección objetiva del contratista mediante los procedimientos y etapas que sean estrictamente necesarios, dentro de términos preclusivos y perentorios, con el impulso oficioso de la administración para evitar dilaciones en la escogencia. Bajo esta misma orientación, la propia normativa señala que la interpretación de las disposiciones que regulan los procedimientos contractuales no debe dar lugar a trámites diferentes o adicionales y proscribire la falta de decisión de la administración cuando ella se fundamenta en defectos formales o inobservancia de requisitos. Las reglas del procedimiento deben estar al servicio de los fines estatales y la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, al tiempo que propende por la adopción de procedimientos que solucionen prontamente las controversias.

1. **Principio de planeación.** Impone que la decisión de contratar no sea el resultado de la imprevisión o la discrecionalidad de las autoridades, sino que obedezca a necesidades reales de la comunidad, cuya solución ha sido estudiada, planeada y presupuestada por el Estado con la debida antelación, con la única finalidad de cumplir los cometidos estatales.

Los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. Omitir dicho deber o principio puede conducir a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto.

De acuerdo con este principio, los contratos de obra de las entidades públicas deben elaborar y entregar estudios completos, planos y diseños definitivos para la ejecución del contrato. Estos documentos deben ser elaborados por la entidad con anterioridad a la convocatoria formulada a los oferentes para que presentaran cotización, con el fin de determinar con precisión las cantidades de obras a ejecutar.

2. **Principio de previsibilidad.** Implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación, lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad. En consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

Todos los contratos del Estado llevan implícito el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas. Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia dar un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, que se efectúen las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente

negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

Ahora bien, si los anteriores principios se aplican de forma ordenada y correcta por parte de los formuladores de los procesos que hacen parte integral de la contratación pública en Colombia, como puede ser entendido, que un proyecto que inicialmente cuesta 10 mil millones de pesos, pueda terminar costando 15 mil millones de pesos, el 50% del valor inicial. **¿Dónde quedan los principios de economía, planeación y previsibilidad?**

Acorde con lo anterior, consideramos que la definición de planeación no se puede limitar a un cumplimiento de requisitos exigidos en **la ley, sino que su efectividad exige acciones concretas en la contratación pública, en la que se debe incluir el seguimiento técnico a la formulación de los pliegos, y en especial a los presupuestos que permiten dar vida a la inversión pública en el país y al desarrollo de los territorios**, de tal forma que incluso ante la presencia de eventos inesperados se cuente con las herramientas para su solución.

Al respecto de lo ya mencionado, la sentencia del Consejo de Estado sec 3ª. exp. 19730, 5 febrero de 2012, establece que una verdadera planeación debe involucrar el establecimiento de necesidades, objetivos y metas, la definición de estrategias y medios para lograrlos, la organización para poner en práctica las decisiones, seleccionando los diversos cursos de acción futuros, incluyendo una revisión al desempeño y retroalimentación, para hacer los ajustes necesarios en los futuros procesos que se lleguen a realizar.⁵

La preocupación por la planeación obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de la inversión pública óptima que requerirá el país en un proceso de recuperación económica después de superar los impactos primarios de los estados de emergencia originados por la atención del Covid-19, en todo el territorio nacional.

⁵ Ramírez plazas, Jaime. Planeación (2008). Presupuesto y Contratación Municipal. Bogotá: Librería ediciones del Profesional Ltda.

La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con que se cuenta, en especial con la existencia de un porcentaje elevado, que supera por muchos los costos de imprevisibilidad en la celebración de los contratos de naturaleza pública. Estamos convencidos de que si aplicamos los principios anteriormente descritos este porcentaje en adiciones presupuestales podría pasar de 50% a 25%, generando una dinámica de mayor transparencia, fortaleciendo los modelos de planeación del país, erradicando conductas de improvisación y cerrando brechas a la corrupción. Lo cual, sin duda alguna les permitirá a las regiones dinamizar su desarrollo, dando alcance a nuevos proyectos de inversión pública, optimizando recursos, que contribuirán de forma significativa al desarrollo integral de sus comunidades.

FUNDAMENTO JURÍDICO

Dentro de la regulación de las adiciones se establece que estas solo tendrán lugar cuando se requiere agregarle elementos no previstos pero que son conexos con el objeto contratado y su realización indispensable para cumplir las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar. Por su parte la sala de consulta de servicio civil del Consejo de Estado ha manifestado que en la norma transcrita, las expresiones "adicionar" y "valor inicial", tienen un significado común: es el caso de un contrato que requiere de modificaciones que inciden en su valor original, no porque correspondan al simple resultado de multiplicar cantidades de obra y precios originalmente pactados, sino porque se trata de obras nuevas o distintas respecto de las contratadas, y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante. Dada esta necesidad, no obstante, el valor de lo adicionado sólo puede llegar a la mitad del valor originalmente establecido. Esta limitación impuesta por el legislador se constituye en una medida de control para prevenir el desconocimiento de los procesos licitatorios en razón de la cuantía, así como para garantizar la transparencia, la selección objetiva y el principio de planeación en la contratación estatal.⁶

Un primer acercamiento al tema desde el ámbito jurídico muestra que en el ordenamiento legal colombiano la planeación no es delimitada de forma conceptual, sino que por medio de presupuestos o referentes, se dan guías que sirven para

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008). Radicación No. 1.920.

darle cumplimiento como principio rector de la contratación estatal en general (art. 25 de la Ley 80 de 1993), su implementación, difusión y desarrollo se presenta como parte del procedimiento para hacer contratos en el estado y en materia de obras públicas, aún requiere un desarrollo práctico, desde un componente técnico y jurídico en la ejecución, para superar el nivel teórico, propio de la prescripción normativa, que la limita al cumplimiento de actividades en la etapa precontractual ⁷.

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley consta de 3 artículos incluida su vigencia. A través de los cuales se modifica el inciso 2 del parágrafo correspondiente al artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que permitirá disminuir el porcentaje de las adiciones presupuestales en los contratos estatales, del cincuenta por ciento (50%) al veinticinco por ciento (25%).

IMPACTO FISCAL

El presente proyecto de ley no genera impacto fiscal porque no ordena gasto alguno ni otorga beneficios tributarios que comprometan el fisco nacional, únicamente autoriza la eventual apropiación presupuestal, siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional que los Proyectos de Ley, de iniciativa del Congreso, se deben limitar “a autorizar un gasto público” y no ordenar “al Ejecutivo a llevarlo a cabo”. ⁸

⁷ Expósito Vélez, Juan Carlos (2004). La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español, reimp. corregida y aumentada. Bogotá: universidad externado de Colombia.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1249 de 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

PROPOSICIÓN

En concordancia con los términos anteriormente expuestos, en nuestra condición de miembros del Congreso de la República, y en uso del derecho consagrado en el artículo 152 de la Constitución Política de Colombia, nos permitimos poner a consideración de los Honorables Miembros del Congreso de la República el presente proyecto de ley, teniendo en cuenta que el mismo preserva los principios constitucionales en especial la obligación del Estado de proponentor por los principios de Por estos motivos ponemos a consideración esta iniciativa para su votación.

Cordialmente,



EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara