

REFLEXIONES ACADÉMICAS EN DERECHO DISCIPLINARIO Y CONTRATACIÓN ESTATAL

VOLUMEN IV

Alejandro Ordóñez Maldonado
Ruth Stella Correa Palacio
María Margarita Zuleta
María Lorena Cuellar
Jean Philippe Penning Gaviria
Diana Bernal
Sandra Verano
Jorge Luis González Tamayo (Ecuador)
Emmanuel Jiménez Franco (España)
Hernando Tatis Gil
José Omar Ortíz Peralta



REFLEXIONES
ACADÉMICAS EN
DERECHO DISCIPLINARIO
Y CONTRATACIÓN
ESTATAL

VOLUMEN IV

MEMORIAS DEL SEGUNDO
CONGRESO INTERNACIONAL DE
CONTRATACIÓN ESTATAL
“NUEVA POLÍTICA DE GESTIÓN
CONTRACTUAL DEL ESTADO”
LLEVADO A CABO EN LA CIUDAD
DE BOGOTÁ DURANTE LOS DÍAS 3
Y 4 DE DICIEMBRE DE 2012.

Reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal

VOLUMEN IV

© Procuraduría General de la Nación, 2013
© Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2013

Editor:

Instituto de Estudios del Ministerio Público
Carrera 5 N°. 15-80 piso 16. Bogotá D. C.
PBX: (1) 587 8750, ext. 11621
Tel.: 2832721, ext. 115
<http://iemp.procuraduria.gov.co>

Todos los derechos reservados.

Dirección de la colección:

Carlos Humberto García Orrego

Autores en este volumen:

Alejandro Ordóñez Maldonado
Ruth Stella Correa Palacio
María Margarita Zuleta
María Lorena Cuéllar
Jean Philipe Penning Gaviria
Diana Bernal
Sandra Verano
Jorge Luis González Tamayo (Ecuador)
Emmanuel Jiménez Franco (España)
Hernando Tatis Gil
José Ómar Ortiz Peralta

Diseño gráfico:

Diana Carolina Chacón Enciso
Diseñadora gráfica IEMP

Coordinación editorial:

Luis Enrique Martínez Ballén

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia

Bogotá, octubre de 2013

Primera edición

300 ejemplares

*Esta publicación fue editada y financiada por el
Instituto
de Estudios del Ministerio Público.*

*Las opiniones expresadas en el presente libro son
responsabilidad del autor y no comprometen a la
Procuraduría General de la Nación ni al Instituto de
Estudios del Ministerio Público.*

ISBN: 978-958-734-132-4



Alejandro Ordóñez Maldonado

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Martha Isabel Castañeda Curvelo

VICEPROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Christian José Mora Padilla

DIRECTOR INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Carlos Humberto García Orrego

JEFE DE CAPACITACIÓN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO
PÚBLICO COORDINADOR GENERAL DEL CONGRESO

Jaime Mejía Ossman

PROCURADOR PRIMERO DELEGADO PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL
RELATOR GENERAL

Camilo Andrés García Gil

JEFE UNIDAD COORDINADORA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL
RELATOR

Ponentes que presentaron su ponencia escrita:

Alejandro Ordóñez Maldonado

Ruth Stella Correa Palacio

María Margarita Zuleta

María Lorena Cuéllar

Jean Philippe Penning Gaviria

Diana Bernal

Sandra Verano

Jorge Luis González Tamayo (Ecuador)

Emmanuel Jiménez Franco (España)

Hernando Tatis Gil

José Ómar Ortiz Peralta

Moderadores:

César Augusto Duarte Acosta

Otto Aristizábal Triana

Yamil Eduardo Álvarez

Jaime Mejía Ossman

Carlos Humberto García Orrego

CONTENIDO GENERAL

PRESENTACIÓN	9
OBJETIVO DE LA PUBLICACIÓN	10
1. UNA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN CONTRACTUAL	11
2. ¿HACIA DONDE VA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	18
I. El Fortalecimiento de la Seguridad Jurídica.....	21
II. El Fortalecimiento de la Transparencia en la Contratación Estatal.....	24
III. El Fortalecimiento de la Contratación Estatal como Fuente de Desarrollo Económico y Social.....	27
IV. El Fortalecimiento de los Principios de Planeación, Eficiencia, Eficacia y Economía en la Contratación Estatal	30
Conclusión	31
3. LA FUNCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL	32
4. LA IMPORTANCIA DE LA PREVENCIÓN EN LA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN CONTRACTUAL.....	48
5. MESA REDONDA PRIMER EJE TEMÁTICO	62
6. LEY DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADAS	70
Resumen	72
1. Antecedentes.....	72
2. Posición competitiva de Colombia para el desarrollo de las APP..	73
3. Asociaciones público privadas y desarrollo de infraestructura	76
4. Especificaciones del marco normativo.....	78
5. Qué se espera a futuro	82
6. Bibliografía:.....	84
7. LA LEY DE APP Y LA INFRAESTRUCTURA VIAL	86
8. PROBLEMÁTICAS DE LAS APP	96

9. MESA REDONDA SEGUNDO EJE TEMÁTICO	106
10. MESA REDONDA TERCER EJE TEMÁTICO	114
11. ESTRATEGÍA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	120
Introducción.....	122
Bibliografía	144
12. CORRUPCIÓN, TRANSPARENCIA Y GOBIERNO ABIERTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	148
1. Necesidad de una “Nueva Cultura de Contratación Pública”: El Paradigma Europeo	150
1.1. Eficiencia Pública	153
1.2. Contratación Estratégica.....	155
1.3. Integridad y Buena Administración	159
2. Corrupción, Gobierno Abierto y Contratación Pública	160
2.1. Buena Práctica de Gobierno Abierto en la Contratación Pública Europea	164
2.2. Riesgos y Prácticas Corruptas en las Compras Públicas	170
3. Medidas para Favorecer la Integridad en la Contratación Pública	176
3.1. Codificación y Estabilidad Normativa	177
3.2. Profesionalización.....	179
3.3. Gobernanza	183
3.4. Transparencia y Eficiencia: Contratación Electrónica	188
3.4.1. Extensión del Ámbito Subjetivo: Sector Público y Partidos Políticos	186
3.4.2. Contratos Menores y Contratación de Mínima Cuantía.....	195
4. Bibliografía.....	198
13. MESA REDONDA CUARTO EJE TEMÁTICO	202
14. LA PROTECCIÓN DE LA INDUSTRIA NACIONAL EN LA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO	208
Oportunidades para las Mipymes en las Compras Públicas.....	210
Puntajes Adicionales a la Industria Nacional.	212

Factores de Desempate.....	213
Convocatorias Limitadas a Mypes y Mipymes.....	213
Convocatorias Limitadas a Mypes.....	215
Convocatorias Limitadas a Mipyme.....	215
15. EL ILÍCITO DISCIPLINARIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	218
1. Consideraciones preliminares.....	220
2. Importancia del derecho disciplinario y punto de encuentro con la contratación estatal	220
3. Principios y reglas que gobiernan la contratación estatal, cuya inobservancia es la fuente de responsabilidad disciplinaria	221
4. Las faltas disciplinarias inherentes más comunes en la contratación estatal.....	222
4.1 La falta gravísima contenida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 del Código Disciplinario Único...	222
4.2 La falta gravísima contenida en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.	223
4.3 La falta gravísima contenida en el numeral 30 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.	223
4.4 La falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.	224
4.5 La falta gravísima contenida en el numeral 32 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.	225
4.6 La falta gravísima contenida en el numeral 33 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.	226
4.7 La falta gravísima contenida en el numeral 34 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.	226
5. Conclusiones.....	227
16. MESA REDONDA QUINTO EJE TEMÁTICO.....	230
17. PALABRAS DE CLAUSURA.....	236

PRESENTACIÓN

Para la presente edición de nuestra colección “Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal” volumen IV, hemos querido publicar las ponencias de los profesores invitados al Segundo Congreso Internacional de Contratación Estatal, llevado a cabo en la ciudad de Bogotá durante los días 3 y 4 de diciembre de 2012, como una forma de afianzar y promover el ciclo de congresos internacionales en la materia, organizados por el IEMP.

De esta forma, se pretende fortalecer tanto el modelo de vigilancia y control de gestión sobre la ejecución de los recursos públicos que tiene la Procuraduría General de la Nación como los mecanismos para neutralizar las malas prácticas de gerencia pública que desangran al país y obstaculizan el desarrollo armónico de la sociedad en cuanto a los recursos públicos por medio de la contratación estatal.

CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA

Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público

OBJETIVO DE LA PUBLICACIÓN

Tenemos el gusto de presentar a la comunidad académica y a los funcionarios del Ministerio Público, el volumen IV de la colección “Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal” que en esta oportunidad recoge las discusiones generadas dentro del Segundo Congreso Internacional de Contratación Estatal.

En esta ocasión se han analizado temas como la nueva política de gestión contractual del Estado, el reconocimiento y análisis de una nueva agencia dentro de la estructura del Estado colombiano denominada Agencia Nacional de Contratación Estatal, el estudio de las Asociaciones Público-Privadas y los impactos de los Tratados de Libre Comercio en la contratación estatal y la actualización normativa en punto a los cambios producidos en el trámite de las diferentes modalidades de selección.

Igualmente se contó con la presencia de los representantes de Ecuador y España con quienes se pudo hacer un análisis comparado entre el sistema legal de compras colombiano frente a los que se han implementado en estos países.

Y finalmente no se perdió la ocasión para realizar un concienzudo análisis sobre las actuaciones administrativas dentro de los procesos contractuales que generan responsabilidad disciplinaria.

Se pretende con la edición de esta obra, divulgar las novedades en materia de política pública, legislativa, jurisprudencial y de práctica administrativa que han surgido recientemente en nuestro país, contando con la participación de expertos internacionales, quienes hicieron una puesta en común de las experiencias exitosas en materia de contratos estatales y de lucha contra la corrupción ubicados en un contexto del estado actual de la materia en América Latina.

La metodología utilizada dentro del Congreso, y por tanto en esta obra, es la de la presentación de las ponencias por eje temático, y luego se presenta un resumen de los aspectos más destacados de las mesas redondas de discusión, dentro de las cuales se generó el análisis y profundización sobre ciertos aspectos controversiales o que dentro de la ponencia no quedaron suficientemente claros.

Esperamos igualmente que esta obra contribuya a la consolidación y permanencia de los ya reconocidos Congresos Internacionales en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal que año tras año organiza el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

CARLOS HUMBERTO GARCÍA ORREGO

Coordinador General del Congreso

Jefe División de Capacitación del IEMP

UNA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Sean todos bienvenidos al Segundo Congreso Internacional de Contratación Estatal, organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público. Quiero destacar la loable labor que desarrolla esta unidad administrativa especial, que funge como nuestro rector académico en la lucha por la garantía de los derechos y el mejoramiento de la gestión pública. El Instituto tiene como función principal la de asesorar al Procurador General de la Nación y a todos los funcionarios del Ministerio Público, para que a través del desarrollo de programas de capacitación se optimice la gestión administrativa y se promuevan el conocimiento y el respeto de los derechos consagrados en la Constitución Política y en la ley.

Doctor Christian Mora, Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, hoy quiero expresarle mi agradecimiento por su meritoria tarea y reconocer en usted y en su equipo de trabajo uno de los pilares de la buena gestión de la Procuraduría General de la Nación. Hace pocos días, en el marco del programa de estímulos e incentivos de la entidad, fueron reconocidos como el mejor equipo de trabajo, tras alcanzar la certificación de calidad de sus procesos y procedimientos, buscando satisfacer con altos estándares las necesidades de los servidores públicos y generar dinámicas de creación y administración del conocimiento para fortalecer la acción misional.

Hablar de contratación en el país es hablar de concretar el Estado Social de Derecho, en la medida en que solo a través de las compras públicas las instituciones garantizan su funcionamiento y desarrollan sus planes de inversión. Cuando se desconocen o violan las normas de contratación pública se están desconociendo los derechos de los ciudadanos, un desarrollo sostenible, una infraestructura adecuada, educación y salud. Por ello, vigilar, controlar y promover buenas prácticas en la materia resulta trascendental para la tarea de protección de los derechos a cargo de la Procuraduría General de la Nación.

De allí que se requiera la generación de estos espacios académicos de reflexión sobre cómo va la gestión contractual del Estado, siendo sin lugar a dudas un tema clave en la movilización e inversión de los recursos públicos, en la gerencia de los temas colectivos.

La ley es un instrumento que busca modificar los comportamientos de la sociedad y promover los valores que alientan el tipo de Estado o de organización política que se pretende desarrollar, es decir, es un mecanismo de protección de derechos y de promoción de buenas conductas, pero no es suficiente para impactar la realidad y generar cambios significativos.

Pero si la ley no es suficiente, ¿Cuál es entonces el artilugio que logra que una gestión pública pueda alcanzar esas modificaciones deseadas en la sociedad?, sin duda son las políticas públicas. Alejo Vargas las define como “*el conjunto de iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas*” (Vargas, 2007, p. 85). Por su parte, Jorge Iván Cuervo precisa que son “*el flujo de decisiones en torno de un problema que ha sido considerado público y ha ingresado en la agenda del Estado*” (Cuervo, 2008, p. 79).

En esta oportunidad, una vez revisados los diagnósticos efectuados por las dependencias de la Procuraduría General de la Nación, que interactúan a diario con los operadores de la gestión contractual del Estado y aplicando la metodología desarrollada por la Universidad de los Andes para la actuación preventiva de la Procuraduría General de la Nación en las diferentes etapas del ciclo de las políticas públicas en el año 2010, quiero retomar la hipótesis que trabajé en el Congreso Nacional de Infraestructura del año 2011 relativa a que NO evidenciaba la existencia de una política pública de gestión contractual del Estado, para demostrar que ahora, con mucha esperanza en esta afirmación, se está asistiendo a su formulación.

Esta política, esperamos todos, será un cambio trascendental que trataremos de acompañar desde el Ministerio Público y se fundamentará en el reconocimiento del hecho de que los contratos estatales son y serán negocios jurídicos beneficiosos para las partes y deben ser regulados en algunos aspectos por la dinámica misma del mercado de bienes, obras y servicios, resaltando la importancia de respetar y acoger la voluntad de las partes, desde luego, en el marco obligado de la defensa del interés general.

Con la expedición de estas últimas normas en gestión contractual y de los documentos Conpes en el tema de riesgos, rendición de cuentas, normatividad antitrámites, etcétera, al parecer hemos entrado en la etapa de formulación de esta política, de la cual esperamos se diseñe para afrontar y superar el problema identificado, que debe responder por lo menos a estos interrogantes.

Primero: ¿Son las normas o los operadores jurídicos los que fallan a la hora de gestionar la contratación estatal?

Sobre este particular se debe examinar el perfil que tienen la mayor parte de los ordenadores del gasto de las entidades públicas. Muchos de ellos son funcionarios de elección popular que tienen una gran capacidad de liderazgo político, pero que carecen del conocimiento y la experiencia necesaria para la gerencia pública.

Por lo anotado, esta nueva política de gestión contractual debe trazar una estrategia para la calificación del recurso humano responsable de llevar a cabo

esta actividad. No basta con procesos cortos de inducción, se debe brindar un soporte permanente a los funcionarios.

Para ello, es necesario coordinar esfuerzos institucionales que recojan las herramientas que emplean a diario diversas entidades, desde la universidad pública hasta los organismos de control.

En este mismo sentido cabe preguntarse si hemos limitado la política pública a la expedición de leyes y decretos reglamentarios y cuál ha sido el proceso de investigación y deliberación que se ha llevado a cabo de forma previa y el seguimiento a la eficacia que se surte de forma posterior.

Se mantiene el concepto de un Estatuto general de contratación para la administración pública, pero se crean a diario regímenes especiales que obedecen a la “supuesta” necesidad de alcanzar agilidad y eficiencia en los procedimientos. Surge un nuevo interrogante y es si la existencia de esos regímenes no evidencia el mal funcionamiento del llamado “Estatuto general”, por generar altos costos de transacción y por obstaculizar la actividad con trámites minuciosos y una serie de formalismos que deberían replantearse.

La idea de un estatuto único requiere que exista un núcleo básico en el que coincidan las gestiones que en la materia desarrollan todos los actores públicos, desde las entidades territoriales hasta las empresas industriales y comerciales del Estado. Esa fue la base que cimentó la expedición de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, para plantear alternativas de solución a la problemática diagnosticada se debe medir la gravedad de las falencias encontradas a niveles nacional y territorial, no solo atendiendo titulares de prensa, sino investigaciones y análisis estadísticos sobre la información arrojada por la actividad de organismos de control y organizaciones sociales o internacionales que se ocupan del tema.

A su vez, se deben considerar y examinar otras soluciones que se han adoptado en el pasado frente a la misma problemática y que no han tenido los efectos esperados o han fracasado, verificando antes de reformar las normas entonces, ¿cuál es el alcance de los decretos reglamentarios? ¿Qué debe ser objeto de regulación legal y qué temas deben ser reglamentados? ¿Qué errores de técnica legislativa se han presentado?

Segundo: ¿Qué perfiles y cuál es el número de funcionarios óptimo para el desarrollo del proceso de contratación de acuerdo con la naturaleza, nivel y funciones de una entidad pública?

Los representantes legales de las entidades públicas no somos conscientes del valor de las tareas de apoyo que ejecutan algunas áreas que inciden directamente

en el cumplimiento de la misión institucional y que construyen el futuro de las organizaciones. Por ello, no se establecen los programas de estímulos o incentivos necesarios ni se invierten los recursos requeridos para garantizar su bienestar.

La Procuraduría General de la Nación ha evidenciado que dentro del proceso de contratación se encuentran vinculados muchos contratistas. Si bien es cierto, la figura del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión resulta útil y necesaria para resolver la falta de personal suficiente o idóneo, con el fin de garantizar el funcionamiento institucional, también lo es que la gestión contractual es una tarea delicada y sensible que requiere de una óptima administración del conocimiento adquirido, cuestión que se ve obstaculizada por la vocación temporal de estos contratistas; se pierde entonces esa experiencia colectiva y no se encuentra el mismo compromiso institucional. Esta cuestión debería ser analizada no solo por los ordenadores del gasto y representantes de las entidades públicas sino por el gobierno nacional, verificando los mecanismos de fortalecimiento de estas plantas de personal.

Tercero: ¿Cómo generar estrategias de autocontrol dentro del proceso?

Cuando los escándalos de corrupción aparecen, la opinión pública señala en primer término la responsabilidad de los organismos de control sobre la materia, pese a las dificultades que implica una vigilancia permanente al universo infinito de la gestión contractual del Estado.

Pero jamás se revisa cuál fue el papel de las oficinas de control interno, llamadas a ejercer funciones preventivas sobre el proceso de contratación, o dónde fallaron los mecanismos de autocontrol por lo que propugna el Modelo Estándar de Control Interno o los modernos sistemas de gestión de calidad.

Hemos llegado a pensar, de forma errónea, que solo la auditoría externa es la que permite evidenciar las fallas en el proceso de compras públicas. Por lo anotado, la nueva política debe diseñar estrategias de empoderamiento de las oficinas de control interno para que desde el MECI y los sistemas de calidad se promueva la adopción de buenas prácticas, se adviertan las falencias institucionales y sean las primeras en señalar los actos de corrupción o la falta de diligencia.

Cuarto: ¿Se requiere contar con una instancia de orientación y generación de lineamientos para la implementación de la política pública?

La respuesta es un sí contundente. La elaboración de lineamientos sobre la interpretación adecuada de las normas que formalizan la política pública es fun-

damental para que los operadores de la contratación analicen los casos que se les presentan a diario y los resuelven atendiendo los principios mismos de la función administrativa, buscando la prevalencia del interés general. En este punto celebro la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la expedición del Decreto 4170 de 2011, que tendrá como función principal la de impulsar políticas, normas y unificar procesos en materia de compras y contratación pública. Espero que bajo su tutela se construya un lenguaje común alrededor de temas controversiales de la actividad.

Adicionalmente, debo destacar la gestión que a la fecha ha realizado Planeación Nacional como gestor de iniciativas que han pretendido la estandarización normativa, la tecnificación de los procedimientos y la simplificación y visibilidad de los trámites.

Invito al gobierno a contar en este cometido con el apoyo de la academia, de la Procuraduría General de la Nación y de otros organismos de control, que desde el escenario preventivo podrán apoyar la formulación, implementación y evaluación de la indispensable política pública de gestión contractual del Estado, no solo compartiendo información relevante respecto de la problemática que se presenta, sino generando espacios de discusión y concertación de las estrategias, planes, programas y acciones, en los que participen todos los involucrados.

Quinto: ¿Es necesario vincular al sector privado en la formulación e implementación de esta nueva política pública?

La corrupción no es un problema exclusivo del sector público, es un esquema cultural que debe ser afrontado con múltiples acciones.

Debo manifestar que la Procuraduría ha evidenciado en ocasiones en el sector privado conductas malintencionadas que atentan contra la buena fe y entran la gestión del Estado. Por ejemplo, un interesado en un proceso de selección evidencia desde la publicación del documento de estudios previos un error garrafal de la entidad que va a afectar el desarrollo de la convocatoria. Sin embargo, no presenta observaciones ni solicita a la entidad la revocatoria del acto de apertura argumentando la falencia en el pliego de condiciones. Su silencio premeditado es cómplice de la corrupción.

Hoy más que nunca el proceso de contratación es participativo; se publican y divulgan todos los documentos precontractuales y es un deber legal para las entidades contratantes analizar y responder las observaciones y solicitudes de los interesados. Por ello, los particulares son también responsables de la depu-

ración y mejoramiento de los procesos de selección contractual.

Por lo expuesto, la nueva política pública deberá generar un esquema de responsabilidad compartida entre la administración y el sector productivo, con el fin de evidenciar la importancia de las buenas prácticas comerciales, de la confianza legítima entre las partes de cualquier negocio jurídico.

Celebro el esfuerzo del gobierno nacional de formular e implementar una política pública de compras del Estado, que espero se inicie con un diagnóstico serio de las dificultades existentes, por sectores productivos, por niveles de administración y por roles dentro del proceso.

En esta primera actividad de estructuración del problema, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente tendrá un papel relevante, como es el de generar espacios y metodologías de evaluación, compilación y análisis de los datos recogidos y plantear la problemática real desde las causas y no desde los síntomas o las consecuencias.

Para este ejercicio de evaluación también resulta trascendental verificar las falencias del sistema legal, efectuando una depuración normativa. Por ello, el Ministerio Público no cierra la puerta a la expedición de un nuevo estatuto que retome la idea básica promovida con la promulgación de la Ley 80 de 1993, como fue la de unificar criterios de gestión alrededor de los principios constitucionales que rigen la función administrativa y la gestión fiscal en un núcleo básico que cobije a todos los actores públicos.

Debemos superar el esquema de la minucia documental y retornar a las reglas generales que permitan interpretaciones lógicas, coherentes y responsables de la legislación vigente.

Esta evaluación del sistema legal debe ser participativa e interdisciplinaria; la actividad contractual debe dejar de ser una actividad de abogados para convertirse en una labor de equipo, que permita desarrollar todas las etapas del proceso con economía, celeridad y transparencia.

La formulación de una política pública requiere además del diseño de múltiples instrumentos que permitan alcanzar el objetivo perseguido, que no es otro que la transparencia y la efectividad de la gestión contractual.

Ello no se consigue sin un plan de formación de gerentes públicos, con una revisión de los perfiles de quienes hoy ostentan la ordenación del gasto.

A la par de este plan de fortalecimiento del talento humano, se deben reforzar las plantas de las entidades públicas con personal técnico, capaz de concretar las especificaciones de los bienes, obras y servicios que contrata el Estado, y de desarrollar estudios de viabilidad e impacto, entre otras labores.

La educación frente al adecuado manejo de los recursos públicos debe iniciarse desde la infancia; el respeto por la institucionalidad no puede ser un deber de papel, sino un valor interiorizado por parte de los ciudadanos que se refleje en su accionar frente a los niveles y gestiones de la administración pública.

Finalmente, agradezco a todos los conferencistas que expondrán temas trascendentales para el diseño e implementación de esta nueva política y a ustedes por compartir este espacio de creación del conocimiento, indispensable para mejorar el Estado.

Muchas gracias.

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Procurador General de la Nación

¿HACIA DÓNDE VA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

RUTH STELLA CORREA PALACIO*

**Abogada egresada de la Universidad Libre de Colombia, especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. En la actualidad se desempeña como Ministra de Justicia.*

I.	El Fortalecimiento de la Seguridad Jurídica.....	21
II.	El Fortalecimiento de la Transparencia en la Contratación Estatal.....	24
III.	El Fortalecimiento de la Contratación Estatal como Fuente de Desarrollo Económico y Social	27
IV.	El Fortalecimiento de los Principios de Planeación, Eficiencia, Eficacia y Economía en la Contratación Estatal...	30
	Conclusión	31

Para abordar el tema es necesario evidenciar cuatro fenómenos que han influido en el actual panorama jurídico de la contratación estatal en Colombia. Primero, la hiperinflación normativa causada por la excesiva promulgación de regulaciones en este campo. A partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, el país vivió una prolífera etapa de promulgación de normas, tanto de rango legal como reglamentario en materia de contratación estatal. Esta hiperinflación alcanzó su cénit con la promulgación de la Ley 1150 de 2007 y de sus posteriores reglamentaciones. Así, solo al año de 2009 las normas reglamentarias de las leyes de contratación contenían 3.195 reglas contractuales provenientes de 1.301 artículos y existían 229 fuentes normativas¹.

Segundo, la hiperinflación normativa fue acompañada por numerosos pronunciamientos judiciales originados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo como consecuencia de las acciones de nulidad instauradas contra los reglamentos de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, los cuales generaron numerosos vacíos reglamentarios que tuvieron que ser llenados por posterior legislación.

Tercero, de manera paralela a los anteriores fenómenos, diversos escándalos de corrupción pasaron a ocupar las principales planas de las noticias nacionales, la gran mayoría de ellos ligados a la adjudicación fraudulenta de contratos estatales y a distintas falencias en la debida ejecución de los mismos. Merced a estos escándalos, la contratación estatal pasó a ser concebida como una de las principales fuentes de corrupción por parte de la opinión pública.

Cuarto, finalmente, un análisis crítico de la situación de Colombia en materia de infraestructura y prestación de servicios públicos puso en evidencia la fuerte debilidad del país en estas materias y la obligación de crear nuevos mecanismos jurídicos para fomentar el desarrollo económico y social y afrontar fenómenos como la globalización y la integración económica.

En este contexto, el actual gobierno y el Congreso de la República asumieron el reto de actualizar la normativa de la contratación estatal a las nuevas necesidades del país mediante la expedición de las siguientes regulaciones que han modificado, de manera directa o indirecta, el régimen de contratación de las entidades estatales: el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Con-

1 Cfr. Konrad Adenauer Stiftung- Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad, Gómez Lee, Iván Darío, Investigación Contratación Segura, noviembre de 2009. Discriminadas más o menos así: 105 normas relacionadas en forma directa o indirecta con los estatutos generales de contratación, Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y 19 correspondientes a regímenes especiales, 1.301 artículos y 3.195 guías-reglas; y desde el punto de vista jerárquico 74 son decretos y 55 disposiciones de nivel legal.

tencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011); el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450 de 2011); el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011); el Decreto Ley 019 de 2012, en materia de supresión de trámites en la administración pública; la Ley 1508 de 2012, por la cual se estableció el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas; el Decreto 734 de 2012, recopilatorio de las reglamentaciones del Estatuto general de contratación de la administración pública y el Estatuto de arbitraje nacional e internacional (Ley 1563 de 2012).

Con el objeto de realizar una exposición sistemática de las innovaciones introducidas por las anteriores regulaciones, a continuación presentaré algunas reflexiones bajo un enfoque teleológico, en el cual se pondrán de manifiesto las finalidades perseguidas con su promulgación. En concreto, estas finalidades pueden resumirse en: (i) el fortalecimiento de la seguridad jurídica; (ii) el fortalecimiento de la transparencia en la contratación estatal; (iii) el fortalecimiento de la contratación estatal como fuente de desarrollo económico y social, y (iv) el fortalecimiento de los principios de planeación, eficiencia, eficacia y economía en la contratación estatal.

I. EL FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica es un principio del derecho, fundamentado en la certeza de sus fuentes y de las normas, no solo desde el punto de vista de su establecimiento, claridad, precisión y aplicación, sino por la garantía de su conocimiento, congruencia, uniformidad y estabilidad, predicados que ofrecen la tranquilidad y confianza a los operadores jurídicos y destinatarios de las mismas, de la coherencia del ordenamiento jurídico que ordena y encauza su conducta y rige sus relaciones. Significa que los asociados deben conocer o estar en la posibilidad de conocer los derechos y obligaciones que emanan de las normas jurídicas y las consecuencias y efectos derivados de su aplicación, con lo cual se preservan las libertades de los mismos pero también el orden y la convivencia pacífica en la vida en sociedad.

En aras de fortalecer este principio y garantizar la certeza y coherencia de las normas jurídicas, se destacan numerosos cambios en materia de contratación estatal, introducidos por las recientes iniciativas legislativas.

En primer lugar, el cambio aportó a la recopilación de las reglamentaciones del Estatuto general de contratación de la administración pública en un único compendio normativo contenido en el Decreto 734 de 2012; sin duda, este decreto ha facilitado la labor de los operadores jurídicos, ya que su expedición ha

puesto fin a la dispersión normativa causada por la existencia de multiplicidad de reglamentaciones.

En segundo lugar, el cambio consiste en la elevación a rango legal de disposiciones reglamentarias que habían sido anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como se mencionó previamente, en ejercicio del control de legalidad, el Consejo de Estado anuló distintas normas contenidas en los decretos reglamentarios de la Ley 1150 de 2007 por la extralimitación o indebido uso de la potestad reglamentaria del gobierno nacional. Algunos de los vacíos creados en la normativa fueron llenados por las nuevas reglamentaciones, como en los siguientes casos:

(i) El régimen de la selección de contratistas para la contratación de mínima cuantía: en sentencia de 14 de abril de 2010, expediente 36.054, el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 46 del Decreto 2474 de 2008, que contenía un procedimiento denominado de “mínima cuantía”, al considerar que este introdujo una excepción que desconocía el parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, al crear una modalidad de selección de contratistas no prevista en la ley y al contrariar el sentido de la derogación del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, que regulaba el proceso de selección denominado “*contratación sin formalidades plenas*”². Con posterioridad, el gobierno nacional expidió dos nuevas reglamentaciones para la contratación de “mínima cuantía” que nuevamente fueron suspendidas por razones similares³. Finalmente, el Congreso de la República creó, primero en la Ley 1450 de 2011 y luego en la Ley 1474 de 2012, una nueva modalidad de selección de contratistas, adicional a las cuatro establecidas originalmente en la Ley 1150 de 2007, que permitió flexibilizar y agilizar la selección de contratistas bajo la modalidad de la “mínima cuantía”⁴.

(ii) Procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento del contrato estatal: en desarrollo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 reglamentó el proceso administrativo para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento del contrato estatal. Si bien el artículo 87 de este decreto recogió los lineamientos señalados por el Consejo de Estado en relación con el respeto al debido proceso de los contratistas, esta disposición fue anulada por la jurisdicción de lo

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 36.054, C.P. Enrique Gil Botero.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de marzo de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

4 Ver artículo 94 de la Ley 1474 de 2012.

contencioso administrativo, debido a que el gobierno nacional se extralimitó en el ejercicio de su potestad reglamentaria al crear un procedimiento administrativo sancionador por vía de reglamentación⁵. Por tal razón, fue necesaria la expedición de una nueva regulación en la materia, con rango legal, la cual se incorporó en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

(iii) Factores de evaluación para la selección objetiva de los contratistas: en el Decreto 2474 de 2008, el gobierno nacional reglamentó los factores de selección para ser tenidos en cuenta por las entidades estatales al momento de adjudicar contratos estatales. Sin embargo, por contrariar los parámetros de selección objetiva previstos en la Ley 1150 de 2007 y modificar el sistema de evaluación de las ofertas, el Consejo de Estado declaró su nulidad⁶. Para superar esta situación, el Congreso de la República reprodujo los contenidos de las normas anuladas en el artículo 88 de la Ley 1474 de 2010.

El cambio, en tercer lugar, se verifica en varias innovaciones de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, con incidencia en la actividad contractual. Por ejemplo, se precisa el ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para el conocimiento de los conflictos en materia de contratos, en tanto se le asignan todos aquellos celebrados por una entidad pública, cualquiera que sea el régimen legal al cual se encuentren sometidos y si se trata de los contratos celebrados por una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios es necesario que el contrato hubiere incluido o debiera incluir cláusulas excepcionales. Igualmente, una modificación significativa es aquella según la cual la legalidad de los actos precontractuales se podrá debatir a través de las pretensiones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 141), sin que opere la caducidad en el término de 30 días anteriores a su notificación, comunicación o publicación o se haya suscrito el contrato, tal como lo preveía la legislación anterior. Con la nueva legislación el término legal será de 4 meses (artículo 164).

Así mismo, la nulidad absoluta del contrato se podrá solicitar, por regla general, en dos años, que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento, pero se estableció que, en todo caso, podrá demandarse su nulidad absoluta en tanto se encuentre vigente (artículo 164), con lo cual se suprime el límite de los cinco años que establecía la norma anterior (artículo

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. C.P. Enrique Gil. Exp. 36.054.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de marzo de 2007, exp. 36.601.

136 C.C.A). De acuerdo con el nuevo régimen de medidas cautelares se faculta al juez para suspender los procedimientos administrativos, incluido el contractual, instrumento con el cual se pueden prevenir los vicios e irregularidades en la etapa precontractual (artículo 230, numeral 2).

En cuarto lugar, el cambio está destinado al fortalecimiento de la seguridad jurídica en la contratación estatal, el cual se ha logrado mediante la elevación a rango legal de tesis jurisprudenciales discutidas en el seno del Consejo de Estado, lo que ha puesto en evidencia el influyente rol de los jueces en la creación del derecho positivo. Entre las tesis jurisprudenciales más relevantes en materia de contratación estatal que recientemente han adquirido la fuerza de ley, se destacan las siguientes: (i) la competencia de las entidades estatales para cuantificar los perjuicios causados por los incumplimientos de los contratistas mediante acto administrativo⁷; (ii) la necesidad de respetar el debido proceso de los contratistas durante los procedimientos administrativos sancionadores para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento del contrato estatal⁸; (iii) la improcedencia del uso de la acción popular para solicitar la nulidad de contratos estatales⁹.

II. EL FORTALECIMIENTO DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Mundialmente, la contratación estatal ha sido una de las actividades estatales más vulnerables por el fenómeno de la corrupción. De acuerdo con una encuesta realizada por el Banco Mundial en 2005, en 117 países de América, Asia, África y Europa, la mayoría de los pagos ilegales y sobornos realizados por firmas internacionales son destinados a la irregular obtención de beneficios en la contratación estatal, sobrepasando otras actividades estatales¹⁰. Como lo han evidenciado los recientes escándalos de corrupción, Colombia, desafortunadamente, no ha sido ajena a esta realidad mundial, razón por la cual el fortalecimiento de la transparencia se ha constituido en uno de los mayores retos para el país. Con miras a fortalecer la transparencia en la actividad contractual del Estado, se destacan las siguientes iniciativas legislativas:

En primer lugar, la incorporación de nuevas inhabilidades para promover

⁷ Ver artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

⁸ Ver artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

⁹ Ver artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰ Ver Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), “Integrity in Public Procurement, Good Practice from A to Z”, pág. 9.

la transparente selección de contratistas. En efecto, en aras de garantizar la adjudicación de contratos estatales a personas idóneas y de prevenir la existencia de conflictos de intereses, el Estatuto Anticorrupción adicionó las siguientes inhabilidades al artículo 8° de la Ley 80 de 1993: la inhabilidad para contratar a quienes incurran en actos de corrupción¹¹; la inhabilidad para contratar a quienes financien campañas políticas en los montos y condiciones señalados en el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011, cuyo fin es impedir la restitución de favores económicos entre candidatos políticos y contratistas estatales generados con ocasión de la financiación de las campañas políticas de los primeros con recursos de los segundos; la inhabilidad para que ex empleados públicos puedan contratar con el Estado durante los dos años siguientes a su retiro del respectivo cargo, por medio de la cual se pretende prevenir el fenómeno de la “puerta giratoria” y el indebido uso de información confidencial obtenida durante el ejercicio de la función pública¹²; la inhabilidad para que las personas que hayan celebrado contrato estatal de obra pública, concesión, suministro de medicamentos y de alimentos con las entidades estatales y sus familiares, en los grados señalados por la ley, puedan celebrar contratos de interventoría con la misma entidad, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, lo que permite prevenir que contratistas dedicados a las mismas actividades terminen haciéndose mutuamente el control y vigilancia de contratos celebrados con una entidad y evitar de esa manera que un mismo contratista asuma la incompatible labor de vigilante y vigilado¹³; la inhabilidad por incumplimiento reiterado, gracias a la cual se impide la adjudicación de contratos, por un término de tres años, a contratistas que han dado muestra del incumplimiento consistente de sus obligaciones en anteriores contratos estatales durante una misma vigencia fiscal, en los términos señalados en la ley¹⁴, y la inhabilidad para los interventores tendiente a impedir que aquel que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, pueda contratar con el Estado por un término de cinco años¹⁵.

En segundo lugar, el fortalecimiento de la transparencia se ha perseguido

11 Ver artículo 1 de la Ley 1474 de 2011.

12 Ver artículo 4 de la Ley 1474 de 2011.

13 Ver artículo 5 de la Ley 1474 de 2011.

14 Ver artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

15 Ver artículo 84 de la Ley 1474 de 2011.

mediante la creación de nuevas herramientas de control y supervisión de la actividad contractual, con el fin de revestir a las entidades contratantes con novedosos instrumentos jurídicos para garantizar la debida ejecución del objeto contractual y la continua y adecuada prestación de servicios públicos. Entre estas herramientas se destacan: la sistematización del régimen de funciones, sanciones, responsabilidades e inhabilidades de los supervisores e interventores¹⁶; la ya mencionada regulación del procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento del contrato estatal¹⁷ y el establecimiento de mecanismos para controlar el debido manejo e inversión de los anticipos en los contratos de obra, concesión, salud o los que se realicen por licitación pública, mediante la constitución de fiducias o patrimonios autónomos irrevocables¹⁸.

Por último, el fortalecimiento de la transparencia en la contratación estatal se ha promovido mediante la adopción de novedosas medidas para prevenir el indebido direccionamiento de la adjudicación del contrato estatal y para garantizar la libre competencia en la selección de contratistas. Uno de los pilares fundamentales de la contratación estatal es el principio de la selección objetiva, por el cual la adjudicación del contrato estatal debe realizarse “al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”¹⁹. La realización de este principio se ha garantizado, entre otras maneras, a través de la creación de estrictos procesos de selección de contratistas para impedir la adjudicación “a dedo” de los contratos estatales. Esto se ha logrado mediante la limitación de la contratación directa a casos excepcionales y la promoción de la licitación pública como principal modalidad de selección de los contratistas del Estado. Así mismo, el respeto de la selección objetiva se ha logrado a través de la adopción de procedimientos y restricciones tendientes a impedir el indebido direccionamiento de la adjudicación de los contratos estatales por parte de los funcionarios públicos.

En consonancia con los anteriores postulados, se destaca la inclusión de los siguientes desarrollos normativos para reforzar el principio de selección objetiva en la actual legislación: la creación de restricciones adicionales para la celebración de contratos o convenios interadministrativos, con el fin de evitar el inde-

16 Ver artículos 82 a 85 de la Ley 1474 de 2011.

17 Ver artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

18 Ver artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

19 Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

bido uso de esta figura como mecanismo para eludir la licitación pública²⁰; la inclusión de restricciones temporales más estrictas respecto de la competencia de las entidades públicas para proferir adendas durante los procesos de selección de contratistas, con el fin de prevenir que las adendas sean empleadas de manera sorpresiva o que puedan ser usadas para favorecer a oferentes concretos²¹ y la delimitación del régimen excepcional de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta²².

Finalmente, la selección objetiva de los contratistas puede verse afectada no solo por las actuaciones de los funcionarios públicos vinculados a las entidades contratantes sino también por las conductas de los oferentes. En estos casos particulares, el indebido direccionamiento de la selección del contratista se origina en acuerdos restrictivos a la libre competencia, también llamados pactos colusorios, celebrados entre los oferentes con el fin de “teledirigir” la adjudicación del contrato mediante la manipulación de la presentación de las ofertas. Por tal razón, el legislador decidió tipificar y sancionar penalmente la comisión de estas conductas²³.

III. EL FORTALECIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL COMO FUENTE DE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL

Es indudable la estrecha interrelación que existe entre la contratación estatal y el desarrollo económico y social de una nación. En efecto, la contratación estatal es el principal instrumento para la construcción y adecuación de la infraestructura de un país y, como lo ha demostrado la historia, se ha convertido en un mecanismo de reactivación de la economía y de fortalecimiento de determinados sectores económicos y sociales. Ejemplo de ello es la política del *new deal* ejecutada por el presidente Roosevelt durante la época de la Gran Depresión. En ese sentido se destacan las palabras del actual Secretario General de Naciones Unidas, según las cuales “la contratación estatal es un poderoso motor para el desarrollo. Además de proporcionar bienes y servicios requeridos para el país, el acto mismo de la contratación estatal puede fortalecer las economías locales, apoyar grupos marginalizados y aumentar la capacidad local para el comercio”²⁴.

20 Ver artículo 92 de la Ley 1474 de 2011.

21 Ver artículo 89 de la Ley 1474 de 2011.

22 Ver artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.

23 Ver artículo 27 de la Ley 1474 de 2011.

24 UNOPS, “Suplemento Temático de 2011. Transparencia y adquisiciones públicas”. Traducción libre. Pág. i.

Con miras a fortalecer la contratación pública como mecanismo para la promoción del desarrollo económico y social, se destacan numerosas iniciativas legislativas promovidas durante el presente gobierno.

En primer lugar, la creación de nuevos mecanismos de financiación que permiten la participación de capital privado en la ejecución de proyectos de infraestructura y de prestación de servicios públicos mediante el esquema de las asociaciones público-privadas contenido en la Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1467 de 2012. Mediante este nuevo esquema de financiación, creado con fundamento en legislaciones foráneas, se vincula el capital privado a través de la suscripción de contratos entre entidades estatales y personas naturales o jurídicas de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucren la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio²⁵.

Como producto de esta vinculación, el particular adquiere a título de retribución el derecho a explotar económicamente la infraestructura construida o el servicio público prestado, en las condiciones y tiempos pactados en el contrato, y la entidad estatal obtiene el acceso a un esquema de financiación que, gracias a la participación del capital privado, permite el ahorro y eficaz empleo de los recursos públicos. En la correcta implementación de estos novedosos mecanismos de financiación, tienen un rol esencial la Agencia Nacional de Contratación Pública y la Agencia Nacional de Infraestructura, en su calidad de órganos técnicos creados por los Decretos 4165 y 4170 de 2011 en desarrollo del fortalecimiento institucional previsto en las bases del Plan Nacional de Desarrollo²⁶.

En segundo lugar, el fortalecimiento de la contratación estatal, como mecanismo para promover el desarrollo económico y social, se ha perseguido mediante la creación de preferencias para la contratación de las micro, pequeñas y medianas empresas con el objeto de vigorizar su participación en la economía nacional. Las mipymes son uno de los principales sectores productivos del país. En efecto, estas “[...] representan el 96.4% de los establecimientos empresariales de Colombia, generan el 80.8% del empleo del país y tienen presencia en los diferentes sectores productivos”²⁷.

Con el objeto de estimular este sector de la economía, inicialmente la Ley 1150 de 2007 creó una serie de medidas para favorecer su contratación, las

25 Ver artículo 1 de la Ley 1508 de 2012.

26 Ver Ley 1450 de 2011.

27 Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. “Cinco pasos sencillos que le permitirán acceder a una gran oportunidad de negocio”.

cuales fueron reformadas por el actual Plan Nacional de Desarrollo, contenido en la Ley 1450 de 2011, y reglamentadas en el Título IV del Decreto 734 de 2012. Estos estímulos incluyen, entre otras medidas, la apertura de convocatorias especiales limitadas a la exclusiva contratación de esta clase de empresas²⁸ y la adopción de criterios preferenciales para favorecer la contratación de las mypimes en los procesos de selección de contratistas abiertos al público en general²⁹.

Por último, se resalta la actualización de las normas sobre arbitraje nacional e internacional como mecanismo para promover la contratación estatal como fuente de desarrollo económico y social. Los ordenamientos jurídicos deben cumplir numerosas condiciones para cautivar la inversión nacional y extranjera. Una de ellas es la seguridad jurídica, sobre la cual ya se ha hablado con suficiencia. Otra es la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que permitan su rápida conclusión. Esta condición ostenta un mayor valor en países como Colombia, donde la resolución de un conflicto ante las autoridades judiciales nacionales puede tardar más de doce años.

En este contexto, la reciente promulgación del Estatuto de Arbitraje adquiere un gran significado, en la medida en que este cuerpo normativo actualiza la normativa existente en materia de arbitraje, como mecanismo expedito para solucionar las controversias emanadas de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, tanto en el ámbito local como en el internacional. Es así como la Ley 1563 de 2012 soluciona numerosos vacíos y debates existentes, entre ellos la competencia de los árbitros para dirimir las consecuencias económicas derivadas de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la actividad contractual de las entidades públicas³⁰; la exclusiva procedencia del arbitraje institucional para solucionar controversias emanadas de contratos estatales³¹ y la competencia del juez administrativo para conocer la ejecución de laudos arbitrales proferidos con ocasión de la actividad contractual del Estado³², entre otros aspectos relevantes.

28 Ver artículos 4.1.2. a 4.1.4. del Decreto 734 de 2012.

29 Ver artículos 4.1.5. y 4.2.5.3. a 4.2.5.4 del Decreto 734 de 2012.

30 Ver artículo 1 de la Ley 1563 de 2012.

31 Ver artículo 2 de la Ley 1563 de 2012.

32 Ver artículo 68 de la Ley 1563 de 2012. Así mismo, ver Título IV de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

IV. EL FORTALECIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE PLANEACIÓN, EFICIENCIA, EFICACIA Y ECONOMÍA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

A diferencia de la contratación privada, la contratación pública se caracteriza por la presencia de estrictos procedimientos administrativos que deben guiar la adjudicación del contrato estatal y que gobiernan su posterior ejecución y liquidación, todos ellos tendientes a garantizar la satisfacción del interés general y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, que prevalecen frente al principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, estas restricciones no pueden convertirse en impedimentos que obstaculicen la efectiva realización de la actividad contractual del Estado. Por tal razón, en las recientes regulaciones se han incorporado nuevos instrumentos para promover la planeación, eficiencia, eficacia y economía en la contratación pública.

Entre estas iniciativas se destaca, en primer lugar, la abolición de numerosos trámites en la actividad contractual de las entidades estatales, como la liquidación obligatoria para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión³³, la supresión del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (Sice), del Catálogo Único de Bienes y Servicios y del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR)³⁴, la eliminación del *Diario Único de Contratación*³⁵, la eliminación del aviso en prensa de las licitaciones públicas y publicación en el Secop³⁶ y la supresión del certificado judicial³⁷. En segundo lugar, se destaca igualmente la modificación de los procedimientos existentes por otros más expeditos como la notificación en estrado de la lista de precalificados en el concurso de méritos³⁸, la acumulación en una sola audiencia de la revisión de la distribución y asignación de riesgos y las aclaraciones al pliego de condiciones³⁹ y la simplificación del registro único de proponentes⁴⁰, entre otras medidas. En tercer lugar, se advierte el fortalecimiento del principio de planeación mediante la adecuada maduración de los proyectos en los contratos de obra⁴¹.

33 Ver artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012.

34 Ver artículo 222 del Decreto Ley 019 de 2012.

35 Ver artículo 223 del Decreto Ley 019 de 2012.

36 Ver artículo 224 del Decreto Ley 019 de 2012.

37 Ver artículo 93 del Decreto Ley 019 de 2012.

38 Ver artículo 219 del Decreto Ley 019 de 2012.

39 Ver artículo 220 del Decreto Ley 019 de 2012.

40 Ver artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012.

41 Ver artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

Conclusión

Como se ha visto, los retos por superar en esta materia son numerosos y complejos, pero el horizonte es alentador. La labor legislativa y reglamentaria realizada en los últimos años ha servido para fortalecer las principales instituciones de la contratación estatal y adaptarlas a los nuevos fenómenos económicos y sociales. Ahora la labor de los operadores jurídicos debe ser la de vigilar y promover su correcta implementación. Solo de esa manera se podrá pasar de una percepción negativa de la contratación estatal, vista como la fuente principal de la corrupción en la actividad estatal, a una percepción positiva, donde sea concebida como un motor de progreso económico y de desarrollo social de la Nación.

LA FUNCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL

MARÍA MARGARITA ZULETA*

**Abogada egresada de la Universidad de los Andes. Trabajó durante 10 años en la firma Brigard & Urrutia Abogados en la que hizo su carrera desde abogada junior hasta socia de la firma. Entre agosto de 2002 y junio de 2003, se desempeñó como Viceministra del Ministerio de Justicia. Entre enero de 2004 y septiembre de 2005 se desempeñó como Directora del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia y Lucha contra la Corrupción. Posteriormente trabajó en la empresa CI Prodeco S.A. hasta abril de 2012 cuando inició sus labores a cargo de Colombia Compra Eficiente.*

La Agencia Nacional de Contratación Pública –*Colombia Compra Eficiente*– tiene como primera tarea mostrar por qué la compra pública es un asunto estratégico del funcionamiento del Estado. Desafortunadamente, la tarea del comprador público, de quienes están encargados de hacer las compras y los contratos en el Estado no es vista generalmente como una tarea estratégica y este es un tema sustancial de la administración pública. No podemos olvidar que los Estados se manifiestan a través de compras y contratos. La política pública establece las líneas de acción, por ejemplo, aumentar la cobertura de los programas de alimentación para los niños que están a cargo del ICBF, pero ¿cómo se materializan esos principios políticos? A través de compras y de contratos, de tal manera que el comprador público entienda que no está haciendo simplemente contratos, sino materializar la política pública, el plan de desarrollo, las metas de la entidad para la cual trabaja. Este es un asunto que debemos entender desde una nueva perspectiva y el cambio lo debemos hacer en la cabeza y en el corazón.

La función del comprador público es pues una función estratégica, pues es la forma a través de la cual el Estado y los gobiernos se manifiestan. Adicionalmente, y lo decía la Ministra de Justicia hace unos minutos, la compra pública y la contratación pública son un motor de la industria en cualquier país del mundo. El valor destinado por los Estados a la compra y contratación pública está entre el 15 y el 20 % del PIB en los países desarrollados y entre el 10 y el 15% en los países en vías de desarrollo. Es claro entonces que la compra y la contratación pública son capaces de mover la industria en un país.

Es importante mencionar la relación, un poco angustiada, entre el número de artículos que tienen las leyes y los decretos en materia de contratación de los diferentes países y la posición que tienen tales países en el índice de corrupción de transparencia internacional. Ese análisis lo hace el profesor Paul Schapper, a quien algunos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación tuvieron la oportunidad de conocer. En ese análisis uno ve que Australia y Nueva Zelanda son el primero y segundo en el índice y son los que menos artículos tienen en sus normas en la materia.

Ahora, pensemos en el importante porcentaje del PIB que estamos destinando a la compra pública y eso nos ayuda a comprender que definitivamente tenemos que ponerle muchísima atención al recurso humano que está gastando entre el 10 y el 15% del PIB. ¿Tienen la capacidad, la capacitación y el soporte adecuados para cumplir con su misión? Tenemos que dejar de mirarlos como hacedores de contratos; el comprador público es quien realmente concreta la política pública.

¿Qué antecedentes tiene Colombia Compra Eficiente? Revisémoslos rápidamente.

En el año 2000 el Banco Mundial hizo un estudio, una revisión del sistema integral de compras públicas colombianas, el cual fue seguido por un documento Conpes 3183 de junio de 2002, justo antes de que hubiera un cambio de gobierno. El estudio del Banco Mundial, conocido como CPAR por sus siglas en inglés (Country Procurement Assessment Report), básicamente hace la recomendación de atender el sistema de compras públicas como un eslabón estratégico de la cadena presupuestal y recomienda la creación de un organismo rector de la compra y la contratación pública, como existe en la mayoría de los países de Europa, en Australia, Nueva Zelanda y Chile.

En el año 2003 hay una revisión de ese documento Conpes, algunos temas se mantienen y otros son revisados en el documento Conpes 3249 de 2003.

En el año 2004, el gobierno nacional creó la Cinco (Comisión Intersectorial de Contratación Pública), un comité para revisar temas de contratación pública. Todos hemos oído la frase que cuando uno no quiere solucionar un problema crea un comité. Yo no quiero decir que eso fue lo que pasó, pero lo cierto es que los organismos multilaterales le siguieron diciendo a Colombia: usted tiene que crear un ente rector y la Cinco no lo fue.

En el año 2005 el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo actualizaron el CPAR del año 2000 e insistieron en el contenido del informe inicial, en las fallas y en la forma de enfrentarlas.

En el año 2009, un grupo de trabajo en el Departamento Nacional de Planeación, mencionado por el señor Procurador en su discurso, aplicó la metodología de la OCDE para evaluar los sistemas de compra. Ese documento es interesante y nos muestra parte de nuestro plan de acción; pero quizá lo más interesante es la introducción que a este documento hicieron el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo y es un antecedente muy importante de Colombia Compra Eficiente.

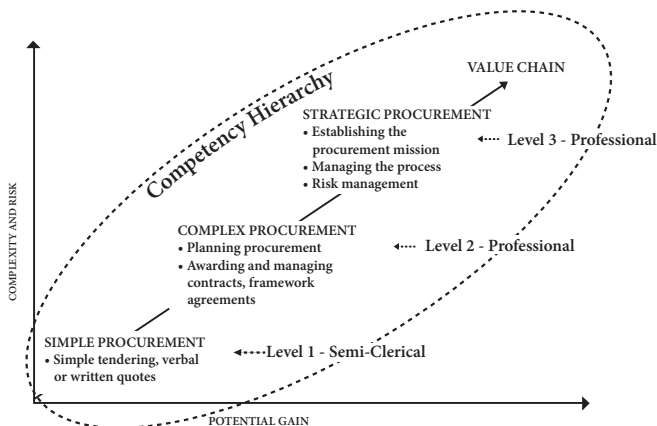
A partir del informe resultante de la aplicación de la metodología de OCDE, el gobierno nacional adelantó los estudios de diseño institucional del ente rector, lo cual termina con la creación de Colombia Compra Eficiente en noviembre del año 2011 a través del Decreto 4170 de 2011.

Si además miramos el Plan Nacional de Desarrollo, vemos que la creación de Colombia Compra Eficiente es un claro desarrollo de los ejes transversales en él señalados y del eje transversal del buen gobierno. Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente es un actor importante en dos de las acciones del eje transversal de buen gobierno. El primero es el tema de la gestión pública efectiva, en el que bá-

sicamente las tres ideas que aparecen en ese desarrollo son: (i) no es gastar menos, es gastar bien; (ii) el equilibrio técnico-político de las decisiones de gasto, y (iii) la evaluación de la asignación de los recursos, teniendo en cuenta criterios técnicos de productividad y eficiencia. En el segundo, programas estratégicos para el buen gobierno, está la (i) gestión contractual pública y (ii) los sistemas de información, donde está el sistema de compras y contratación pública de Colombia.

Función estratégica de la compra pública. El gobierno del Presidente Santos creó Colombia Compra Eficiente en noviembre de 2011 para cumplir con el objetivo de desarrollar y promover políticas públicas y herramientas orientadas a articular a los partícipes de la compra pública, alcanzar eficiencia y transparencia, siempre optimizando los recursos públicos.

La siguiente gráfica que está en inglés, por lo cual pido disculpas, es tomada del informe que hizo el profesor Paul Schapper luego de su visita a nuestro país en septiembre de 2012, muestra algo que ocurre en Colombia, así como en la mayoría de los países del mundo. La compra simple (*simple procurement*) es una labor sencilla que debe estar soportada por mecanismos de agregación de demanda, pues a ella se le destina el 80% de las transacciones y el 20% del presupuesto. Si las transacciones son individuales estamos frente a un sistema muy ineficiente en el manejo del recurso humano. La compra de combustible, servicios de aseo y cafetería, papelería, deben ser comprados por el Estado de forma agregada o conjunta, como si fuera un solo comprador. Si el Estado trabaja como un solo comprador haciendo una sola licitación, por ejemplo para gasolina, que es un commodity por excelencia, estamos liberando al comprador público de una serie de trámites para que pueda dedicarse a los procesos misionales de la entidad y apoyar el cumplimiento de sus metas.



Estamos proponiendo un cambio de enfoque y es pasar del tradicional de la compra pública a un enfoque estratégico. El tradicional de la compra pública es un enfoque de documentos y procedimientos y la propuesta es preguntarnos si el Estado entrega los bienes, obras y servicios generando un mayor valor por el dinero público.

Este cambio lo hicieron países como Australia y Nueva Zelanda, pero también otros países más parecidos a nosotros donde han hecho esfuerzos similares, como Chile y otros países que ya empezaron el proceso, como México y Panamá.

Debemos lograr que los partícipes de la compra pública comprendan que su función es estratégica, y trabajar en este segundo y tercer nivel señalado en la gráfica, con el fin de desarrollar capacidades y mecanismos para manejar el sistema de compra y contratación pública de forma adecuada.

La misión de Colombia compra eficiente es ofrecer a los partícipes un sistema de información de la compra y la contratación pública que permita hacer transacciones en línea, con instrumentos y herramientas que respondan a las necesidades de bienes, obras y servicios que adquiere el sistema y que ofrezca información suficiente y de calidad para tomar decisiones y para permitir cumplir con las metas y objetivos de las entidades estatales, el Plan Nacional de Desarrollo y los planes territoriales de desarrollo, asegurando el óptimo valor por dinero en la compra y contratación pública y su transparencia y generando confianza; (b) formular políticas y propuestas de reformas legislativas y regulatorias, apoyar y coordinar la gestión de las mismas; (c) asistir técnicamente y trabajar en equipo con los partícipes de la compra pública; (d) monitorear y apoyar el desarrollo del mercados y (e) analizar permanentemente el comportamiento del sistema en busca de la innovación y mejora continua del mismo.

Información del sistema de compra y contratación pública. A continuación voy a presentar una información tomada del Secop, la cual hemos validado con la Contraloría y la Procuraduría para tener información confiable. ¿A qué me refiero cuando digo que hemos validado información? La información que arroja el Secop desafortunadamente proviene de información que ha tenido errores de digitación de cifras, números de NIT, por lo cual debe ser depurada, por otro lado, no todas las entidades hacen los registros de forma oportuna, lo cual nos lleva a tener que verificar la información del Secop con otras fuentes.

La siguiente información se refiere a la adquisición de bienes, servicios y obra pública. Es decir, las concesiones de vías y los contratos suscritos con las industrias extractivas no hacen parte de esta información tomada para el año 2011. Una vez más es importante decir que hay un gran número de contratos

que fueron suscritos en el año 2011 y que no fueron publicados oportunamente.

Con ocasión de la salvedad por la deficiencia en la oportunidad de publicación sugiero poner atención en las tendencias más que en los valores. Es importante mirar el tipo de adquisición cuando es de bienes, servicios o de obra pública, que es un poco más de la cuarta parte en número y un poco más del 25% en valor, pero en número de contratos disminuye la proporción sustancialmente y la de bienes crece sustancialmente. Lo anterior es perfectamente lógico y refuerza el punto de la gráfica del profesor Schapper.

Ahora miremos la información discriminada por modalidad de selección, que nos lleva a estar de acuerdo con la afirmación del Procurador General de la Nación cuando dice que la licitación no es la regla general, a pesar de las disposiciones legales, tal como lo muestra la información del Secop.

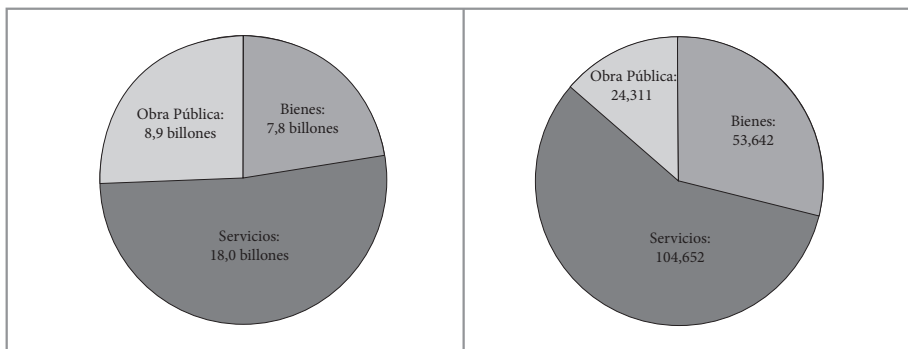
Estamos viendo cómo a veces hay contratación directa con procesos competitivos, pero esto nos está mostrando básicamente que estamos hablando de que la mitad se hace por procesos competitivos pero la contratación directa es un poquito menos de la mitad, entonces es claro que la regla general no es la licitación pública en Colombia.

Información Secop 2011

Entidades de los niveles nacional y territorial, por tipo de adquisición

\$34,6 billones contratados

181.005 contratos firmados



Luego de revisar esta información y de haber conversado sobre la misma con funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República y con secretarios generales de algunos de los ministe-

rios, vemos que debemos mejorar sustancialmente el sistema de registro de la información.

Debemos tener un sistema de control de calidad de la información y trabajar en una plataforma transaccional con interoperabilidad en los sistemas. Es decir, si la Procuraduría necesita información, si Hacienda necesita información, no tienen la forma de sacar información del sistema fácilmente y no hay una inteligencia de negocios en esa información que nos permita tomar decisiones documentadas con la información suficiente.

Sistema legal y reglamentario de la compra y contratación pública. El Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo en varias oportunidades han señalado al gobierno colombiano que la regulación del sistema de compra y contratación pública es compleja y dispersa. En mi opinión, la raíz del problema es que el asunto es visto desde una lógica jurídica y no desde una lógica de procesos de abastecimiento para la provisión de bienes, obras y servicios. En el sector privado el gerente de compras generalmente no es un abogado, se apoya en los abogados, pero el gerente de compras es alguien que entiende el negocio y nuestra invitación es a que pensemos en esto.

El sistema legal colombiano es rígido y las normas son muy extensas. La compilación fue un gran avance pero de todas maneras el Decreto 734 de 2012 es una norma muy pesada, 150 páginas, lo que hace difícil el entendimiento de los partícipes de la compra pública, como lo señalaba el señor Procurador en su discurso. Existe una falta de conexión y de comunicación entre quien presta el servicio y quien lo requiere, y el exceso de regulación hace que quien necesita el servicio no quiera participar en el proceso de su adquisición. Vale la pena recordar lo que nos decía la Ministra de Justicia en cuanto a la proliferación y la hiperinflación de normas en la materia, y es que tenemos problemas.

Competencias de los partícipes de la compra pública. El Procurador se refirió en su discurso a este tema. ¿Cuál es la regla institucional del comprador público? Hace unos meses Colombia compra eficiente inició la tarea que espera terminar antes del fin del año, para saber quién es el comprador público del nivel central en la rama ejecutiva. ¿Cuál es el perfil del comprador público? Si estamos pensando en fortalecer capacidades es necesario que conozcamos en detalle quién es el comprador público. ¿Es empleado de carrera, provisional, contratista, es abogado, contador, ingeniero industrial, administrador de empresas? ¿Cuál es su formación? ¿Cuánto tiempo lleva trabajando en el sector público? ¿Qué tipo de programa de acreditación o certificación debemos te-

ner? ¿Debemos definir un perfil ideal? ¿Cómo hacemos en el momento en que tengamos ese perfil ideal del comprador público para llevar a ese comprador público a ese perfil ideal? Por lo anterior tenemos que definir ese perfil asociado a la labor de la compra pública y tenemos que empezar a cambiar el enfoque.

El enfoque no es y no puede ser simplemente agotar el presupuesto con las adquisiciones que soliciten las áreas misionales. El enfoque debe ser el cumplimiento de la meta, que al niño escolarizado a quien el Estado le da un refrigerio lo reciba y este sea balanceado, esté caliente si es del caso, que le sepa rico y que le sea entregado oportunamente. Se trata de cumplir el objetivo y no de agotar el presupuesto; el contrato es el instrumento para cumplir la misión. El comprador público no está haciendo contratos, está ofreciendo los instrumentos para que el niño reciba su refrigerio.

De otro lado, está el proveedor quien debe también tener las competencias suficientes para poder participar del mercado de la compra y la contratación pública.

Hablábamos al comienzo de la falta de visión estratégica que tenemos en la compra pública y una de nuestras obligaciones es posicionar el tema estratégicamente, tener un criterio de análisis de riesgo y pensar que la meta es dar mayor valor al dinero público.

¿Cuáles son nuestras metas inmediatas de Colombia Compra Eficiente?

Los objetivos de Colombia Compra Eficiente son (a) incrementar el valor por dinero destinado a la compra y contratación pública; (b) promover la competencia en la compra y contratación pública; (c) ofrecer un sistema de e-procurement de fácil acceso para los partícipes de la compra pública que genere un sistema de información confiable para el sistema de compras y contratación pública; (d) fortalecer las capacidades de los partícipes de la compra y contratación pública; (e) gestionar conocimiento para los partícipes de la compra y la contratación pública y para el equipo de trabajo de Colombia Compra Eficiente y (g) generar un ambiente de respeto a las reglas de juego y confianza entre los partícipes de la compra pública.

Pensar de una forma distinta el ciclo de la compra pública. Inicia con la planeación, que es el momento de hacer el análisis de la necesidad y abrir formalmente la comunicación con el sector privado sobre la forma en que tal necesidad debe ser satisfecha. El ciclo de la compra no termina cuando el contrato se firma. Desafortunadamente, a veces pensamos así y por eso así fue diseñado el sistema de información actual. El ciclo termina cuando el expediente se cierra, es decir cuando ya no hay garantías vigentes o cuando las garantías o las obligaciones posventa terminan. Hay obligaciones que tienen que ver con la

calidad del servicio, con la disposición final de los bienes, que nos hacen pensar en un ciclo más largo de la compra pública.

Como lo decía antes, tenemos que mejorar la calidad de la información para la toma de decisiones, consolidar un modelo de operación, identificar qué necesitamos y para qué. Colombia compra eficiente debe identificar los requerimientos de los partícipes de la compra pública para poder tener una herramienta para seleccionar contratistas y adquirir bienes y servicios de una forma eficiente y transparente, que tenga información suficiente, unidad de inteligencia de negocios, que permita hacer transacciones en línea y ser puerta de comunicación con el sector privado.

Por lo anterior, las tareas de Colombia compra eficiente en el corto plazo, cuya ejecución ya inició, son (a) adoptar el clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas; (b) revisar el Decreto 734 de 2012 y proponer un nuevo reglamento; (c) implementar el formato estándar del plan anual de adquisiciones; (d) definir una línea de base del sistema de compra y contratación pública; (e) elaborar y lanzar la estrategia de Colombia compra eficiente; (f) elaborar y lanzar la estrategia de e-procurement; y (g) adelantar los primeros acuerdos marco de precios.

En Colombia avanzamos mucho cuando al revisar el decreto antitrámites, Decreto 019 de 2012 la señora Contralora aceptó que no debíamos seguir usando sistemas de identificación de bienes y servicios que no fueran universales como lo era el SICE. En el mundo existen múltiples sistemas para clasificar bienes y servicios. La mayoría de los países del mundo para la compra pública utilizan el clasificador de Naciones Unidas. Colombia no es ajena a este clasificador que hoy es utilizado por el Secop. La propuesta es empezar a utilizarlo en 2013, implementar un formato estándar del plan anual de adquisiciones que sea una herramienta para la planeación de la compra pública y no simplemente una herramienta para el control fiscal, que sirva al comprador público para identificar su necesidad con juicio. Cuando el comprador público tiene identificada la necesidad pero no el producto que la satisface, el plan debe servirle para comunicarse formalmente con el sector privado y con los insumos de este definir el bien o servicio requerido para satisfacer la necesidad.

La revisión del Decreto 734 de 2012 es necesaria, no solamente para reglamentar el Decreto Ley 4170 de 2011, por medio del cual se creó Colombia compra eficiente sino también para reglamentar los acuerdos marco de precios y en seguimiento de las recomendaciones de OCDE, del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo para desregular el sistema. Esperamos publicar muy pronto una versión de este decreto.

De otra parte, tenemos que proponer y adoptar formatos, documentos tipo y estándar. No tiene mucho sentido que cada vez que una entidad pública vaya a alquilar una oficina tenga que empezar de cero en la elaboración del contrato y no pueda utilizar un documento modelo. Este es un ejemplo extremo pero esta situación puede ilustrarse con muchos contratos.

En el mediano plazo tenemos que intervenir y revisar el marco legal y parece haber un consenso sobre el particular. Tenemos que hacer una revisión del porqué hay tantos regímenes excepcionales que dejan de ser la excepción.

¿Qué es un acuerdo marco de precios?, ¿Cuándo se usa?, ¿Quién los hace?, ¿Cómo hacer parte de un acuerdo marco?, ¿Cómo buscar un acuerdo marco? ¿Cómo pagar los bienes y servicios en un acuerdo marco de precios? Un acuerdo marco de precios es un contrato sombrilla, es un contrato que en el sector privado se utiliza muchísimo, si cinco compañías de un grupo económico tienen que comprar los servicios de una firma de abogados, entonces en lugar de que cada una celebre un contrato con la firma de abogados hacen un contrato marco y acuerdan las condiciones de la prestación del servicio. También se ve mucho en los contratos para adquirir bienes.

En el sector público el acuerdo marco de precios es muy utilizado en Chile, Panamá, Ecuador, Australia, Nueva Zelanda, en los Estados Unidos e Inglaterra. Actualmente, cada entidad pública colombiana adelanta procesos de selección que podría adelantar conjuntamente con otras entidades, lo cual genera una alta carga administrativa, costos elevados, condiciones contractuales diferentes de entidad en entidad. Compramos combustible para vehículos a todos los precios sin aprovechar la posibilidad de que el Estado actúe como un único comprador. Si las entidades del sector central de la rama ejecutiva, la Procuraduría, Contraloría, Fiscalía y el Distrito compraran de forma conjunta el combustible en la ciudad de Bogotá, por ejemplo, ¿qué se lograría con ello?

¿Qué es lo que se busca? Que el Estado actúe como único comprador, minimizar la carga administrativa, obtener mejores precios y mejores condiciones contractuales, iguales para el Estado.

Colombia compra eficiente, por las funciones asignadas en el Decreto Ley 4170 del año 2011, está encargada de diseñar, promover y celebrar los acuerdos marco de precios.

¿Qué tenemos que hacer para llegar a un acuerdo marco? Identificar el bien o el servicio, hacer una ficha técnica de todos los bienes y servicios que sean de características técnicas uniformes. Gian Luigi Albano, un experto sobre la materia, dice que todos los bienes o la mayoría de los bienes son posibles de homo-

genizar. Pensemos en el combustible para vehículos, el commodity por excelencia, si empezamos a ver que una entidad lo recibe y lo paga a los 20 días y otra paga por anticipado, la de más allá paga con bonos, esta otra con tarjetas, esta entidad tiene un chip para controlar el cargue y el consumo y esta otra hace el control con la tarjeta, hacemos imposible la homogenización. Por lo anterior, lo que debemos hacer es identificar el bien o servicio, hacer una ficha técnica y homogenizarlo, empezar a determinar cuál es el precio y la forma de pago, el plazo, garantías y la forma como se vinculan las entidades al acuerdo marco a través de órdenes de compra son entonces los aspectos que debe contener.

Puede haber varios tipos de acuerdos marco, uno en el cual en la operación primaria o principal, entre los proveedores y el representante de los compradores, sean definidas todas las condiciones del negocio. Otro en el cual en la orden de compra haya definición de aspectos importantes del negocio como precio y plazo final.

Cuando Colombia compra eficiente celebre un acuerdo marco de precios no tiene que tener un certificado de disponibilidad presupuestal, pues está actuando a nombre de las entidades estatales que demandan ese servicio y el CDP lo deben tener ellas cuando coloquen la orden de compra correspondiente. Tenemos una operación principal que es entre los proveedores y Colombia compra eficiente y una operación secundaria que es la orden de compra que coloca la entidad estatal para uno de los proveedores que son parte del acuerdo marco de precios.

Aquí tenemos un ejemplo pensando en el combustible; sabemos que en Bogotá hay seis distribuidores mayoristas y una serie de estaciones de servicio que le venden combustible a las entidades públicas y se les pide un descuento sobre los valores del combustible, y así se puede obtener el combustible y un sistema de control, por lo menos igualmente sofisticado al que algunas entidades tienen hoy, de esa manera elegimos nuestros proveedores, ¿cómo? A través de una licitación pública seleccionamos a los proveedores que ofrezcan más estaciones de servicio y obviamente que ofrezcan un descuento mayor.

Cuando ya la entidad va a colocar la orden se celebra el acuerdo marco de precios y si alguien quiere poner su orden de compra, ¿qué razonamiento debería hacer? Debería tomar el mapa de las rutas de transporte y mirar cuáles son, la cantidad de vehículos y determinar cuáles son las estaciones de servicio que más le convienen, las del proveedor uno, las del proveedor dos o las del proveedor tres y escoge por ejemplo las del proveedor dos.

¿Dónde hay acuerdos marco de precios? En los Estados Unidos, Chile, Costa Rica, Ecuador, Canadá, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Portugal,

Italia, Chile, México y Panamá han sido muy generosos con Colombia en la información y así nos han permitido conocer muchísimo su experiencia. Si ustedes entran a la página web del equivalente de Colombia compra eficiente en el Reino Unido, pueden ver acuerdos marco de precios para la construcción de aulas escolares, llegan a ese nivel y yo creo que eso permite ahorrar una cantidad de trabajo, además de otras ventajas, si todas las aulas escolares son iguales todos los niños reciben sus clases en un mismo tipo de salón, eso naturalmente se convierte en un patrón de igualdad en el tema educativo.

¿Qué necesitamos para celebrar los acuerdos marco de precios? ¿Qué necesitamos nosotros como Colombia compra eficiente para iniciar esas actividades y qué hemos venido haciendo en esa materia? Localizar a los compradores, conocer la demanda y la oferta de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización por parte del Estado, establecer las características técnicas de esos productos. Es decir, elaborar la ficha técnica que nos permite saber cuál es el bien o el servicio, cómo lo medimos, cuáles son sus características, cuáles son sus patrones de desempeño, la cantidad y la calidad históricamente comprada, la historia de adquisición, el número de contrato, de proveedores, términos y condiciones.

Conocer el mercado y la forma como adquieren las entidades públicas ese bien o servicio, conocer y comprender la regulación del bien o servicio, regulaciones al precio, precio de adquisición por parte de las entidades públicas, puntos de distribución y posibilidad de promociones.

En el análisis de demanda obviamente necesitamos la descripción de categoría o rubro, los objetivos del negocio, la línea base por categoría y los procesos de abastecimiento y restricciones.

Pensemos en las ventajas del acuerdo marco de precios para el manejo de inventarios pero también el ahorro de los proveedores cuando no deben atender múltiples procesos de contratación en un gran número de entidades.

Pensemos en las dificultades para manejar inventarios de colchones, por ejemplo. El acuerdo marco permite que las entregas de los bienes se hagan cuando la entidad los necesita, pues solamente debe tener en cuenta los plazos de entrega acordados en el acuerdo marco. Hay un mito y es que el Estado colombiano paga tarde.

Hace un par de semanas tuvimos una reunión muy interesante donde intentamos explicar y entrenar a funcionarios públicos dedicados a la compra de bienes y servicios y a la contratación, al plan anual de adquisiciones, clasificador y acuerdos marco y ahí entendimos que tenemos que trabajar en el manejo del cambio, sabemos que la Procuraduría ha hecho esfuerzos bien importantes

en el manejo del cambio y ahí tenemos que trabajar muy fuertemente y de igual manera divulgar y proteger el instrumento del acuerdo marco de precios para asegurar sus resultados.

Revisemos la forma de estructurar el acuerdo marco de precios. El proceso de selección debe adelantarse y luego de suscrito el acuerdo marco de precios debe publicarse la ficha técnica de los bienes o servicios cubiertos por este en lo que se ha llamado el catálogo de los bienes y servicios cubiertos por acuerdos marco de precios. De tal manera que cuando la persona esté diligenciando el plan anual de adquisiciones utilice el clasificador de bienes y servicios e inmediatamente sepa que hay un acuerdo marco para tal bien o servicio y en consecuencia, en el momento de necesitarlo, luego de tener el certificado de disponibilidad presupuestal, coloque una orden de compra, ahorrándose el proceso de contratación correspondiente. Colombia compra eficiente debe, además de divulgar el acuerdo marco de precios, administrarlo, monitorear calidad, manejar los reclamos, evaluar a los proveedores para permitir desarrollar proveedores nuevos y así promover la industria en ese bien y servicio en particular.

Colombia compra eficiente está trabajando en la plataforma tecnológica para el acuerdo marco de precios.

¿Qué debemos tener en cuenta siempre que hablemos de acuerdos marco?

El acuerdo marco de precios no ejecuta recursos, Colombia compra eficiente no es quien compra, es quien centraliza la decisión de compra con base en la información de las entidades compradoras, la compra la realiza la entidad que tiene la necesidad. El diseño del acuerdo debe satisfacer las necesidades de quien requiere el bien o servicio. La comunicación entre el comprador y Colombia compra eficiente es indispensable para que las necesidades sean satisfechas. El Estado actúa como único comprador, se unifican los términos de condiciones, se reduce el volumen de inventarios, se puede obtener un mejor precio, logrando así un mayor valor del dinero público.

Voy a darles un ejemplo expuesto por el director equivalente a Colombia compra eficiente en Portugal. El primer acuerdo marco de precios de Portugal fue para el servicio de aseo de las oficinas del Estado portugués y fue celebrado con cinco o seis proveedores, el ideal es que haya suficientes proveedores para promover la competencia. Una compañía asociada a un cacao de la industria portuguesa no participó del acuerdo, no se presentó a la licitación y se quedó por fuera del mismo. Quien se queda por fuera se queda por fuera, mientras el acuerdo marco esté vigente y así lo advirtieron, las entidades que empezaron a poner sus órdenes de compra, pasados 4 o 5 meses, los proveedores interesados

acudieron a la agencia de compras públicas de Portugal para hacer parte del acuerdo marco, pero la respuesta fue clara y quedaron excluidos de la licitación y así sería por el término de vigencia del acuerdo. Finalmente, se terminó comprando a una compañía pequeña que participó y era proveedora según el acuerdo marco de precios.

Hay ejemplos muy interesantes en México, donde ha habido una política para vincular Pymes a los acuerdos marco de precios o en Chile donde además ha habido un desarrollo de compras sostenibles a través del instrumento.

Otro ejemplo es el de Panamá, con el acuerdo marco de precios para combustible que los llevó a organizar su inventario de parque automotor.

Los Estados requieren obras, bienes y servicios para cumplir sus metas y objetivos; por eso una política pública de compras y contratación es necesaria. Si la política logra que el proceso sea eficiente, se promueva la competencia, haya rendición de cuentas, eficiencia, sea manejado el riesgo y haya publicidad y transparencia, se obtiene un mayor valor por el dinero público, lo cual redundará en prosperidad, bienestar y mejor calidad de vida.

LA IMPORTANCIA DE LA PREVENCIÓN EN LA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA DE GESTIÓN CONTRACTUAL

MARÍA LORENA CUÉLLAR*

**Abogada egresada de la Universidad Nacional de Colombia, candidata a Magíster en derecho de la misma institución, especialista en gerencia de procesos y calidad de la EAN y auditora de calidad. Cuenta con más de diez años de experiencia en la gestión contractual de las entidades del Estado y en la actualidad se desempeña como asesora del despacho del Procurador General de la Nación y formadora del Instituto de Estudios del Ministerio Público; es autora además de varias publicaciones. Ha desarrollado estudios de contratación estatal, políticas públicas, gerencia del talento humano por competencias, gestión por resultados, derecho disciplinario, entre otros*

Cuando hablamos de prevención hablamos de anticipar la ocurrencia de un hecho o de un riesgo específico, con el fin de evitar las consecuencias negativas que pueda traer para una circunstancia específica; la prevención tiene connotaciones en todas las áreas del conocimiento y en todas las áreas del desarrollo humano. Hemos conocido muchos conceptos por los desarrollos en el sector salud, entonces se habla de medicina preventiva para evitar que las personas se enfermen y que de alguna manera eso genere mayores costos para la persona y para el sistema de seguridad social. Entonces, la prevención implica la anticipación de un hecho o de un riesgo para evitar las consecuencias que este produce; en materia pública, en materia de gestión del Estado, la prevención tiene una implicación mayor, ¿qué prevenimos en la gestión pública? Prevenimos que se pierdan recursos, que haya una mala gestión de estos, que se presenten irregularidades que generen específicamente la afectación de derechos. La Procuraduría General de la Nación, por virtud de la Constitución Política de 1991, tiene esa labor preventiva en el marco de la gestión pública, que es una tarea privilegiada porque no todos los organismos de control pueden ejercerla, por ejemplo en una actuación administrativa como la contratación estatal. Ese privilegio es también una responsabilidad muy grande, por eso en la actualidad estamos ejecutando un préstamo con el Banco Interamericano de Desarrollo con el fin de fortalecer ese sistema integral de prevención que se creó a partir del año 2008 y que busca de forma global evitar que se afecte el patrimonio público, que se vulneren los derechos humanos de los colombianos y de aquellos ciudadanos extranjeros que pasan por el país, entonces la prevención en materia de contratación estatal es aún más importante.

Hemos visto tras los escándalos de corrupción que se genera muchísimo daño con cualquier proceso que se lleve en forma irregular; no solo el daño por los recursos que se pierden, por los tiempos de gestión, sino en la opinión pública. Ahora cuando se dice que se trabaja en contratación estatal todo el mundo lo mira sospechosamente, porque se ha vuelto una actividad difícil, entonces se endurece la normatividad, este es uno de los factores que ha llevado a esa proliferación legislativa y que además endurece la comunicación entre el sector privado y el público para llevar a cabo una buena gestión contractual, mejor dicho, se daña el ambiente para las compras públicas. Entonces prevenir resulta fundamental.

La prevención implica un ejercicio adicional al que hacemos rutinariamente, porque prevenir exige muchas otras actividades como planear, conocer, evaluar y hacer seguimiento permanente. Esa evaluación y seguimiento permanente, esa planeación estratégica y análisis de riesgos de la gestión son actividades

complejas que el día a día no nos deja visualizar y cumplir a satisfacción. El llamado es a que tomemos esas tres actividades en serio; que sea lo primero que hagamos cuando iniciamos nuestra vigencia fiscal. ¿Y cómo hacemos entonces la prevención en materia de contratación estatal? Por ejemplo, al inicio del año se puede hacer un balance a la gestión contractual del año anterior, ¿cómo estuvo? ¿Cuál fue el porcentaje de ejecución de recursos? ¿Cuántos procesos se tuvieron que declarar desiertos? ¿Cuántos procesos tuvieron que revocar el acto de apertura? ¿Cuántos procesos fueron observados o generaron controversia en la comunidad o fueron observados por los organismos de control? ¿Cuántas caducidades se declararon? ¿Cuántas multas se impusieron? Todo eso da indicios de cómo está la gestión contractual.

En la evaluación y seguimiento entonces se requiere hacer un balance permanente de gestión, analizar todos los diagnósticos existentes y aquí nuevamente, es importante la tarea que cumplen las oficinas de control interno, que tienen que ser las llamadas a advertir, en primer término, cuáles son los errores que está cometiendo la entidad, no para hacer juicios sino para brindar un apoyo a la gestión y plantear alternativas de solución.

Definitivamente tenemos que cambiar y dejar de buscar culpables en las personas y comenzar a evidenciar el proceso mismo de la gestión contractual. Cuando se pasa de pensar en dependencias a pensar en el proceso de gestión contractual, cambia completamente el horizonte porque no se ve a personas que se equivocan sino falencias dentro del proceso. ¿Que estamos haciendo mal?, ¿es la planeación?, ¿es el seguimiento y control a los contratos?, ¿tenemos falencias en los procesos de selección mismos? ¿Quién debe llevar la batuta? La contratación no es un tema irrelevante. Los representantes legales de las entidades públicas tienen que reconocer en sus áreas de apoyo los baluartes de la institucionalidad. Sin contratación no hay derechos humanos, sin las áreas de apoyo no se cumple la misión institucional, es imposible, ¿Cómo fortalecemos ese recurso humano? ¿Cómo lo empoderamos? Vemos que generalmente en las áreas de apoyo está la cadena más débil de la administración. Son cargos bajos, mal remunerados, hay muchísimos contratistas, sin decir que ello sea bueno o malo, pero sí impersonaliza la gestión. El contratista se va y se lleva el conocimiento porque no tiene vocación de permanencia y no se genera el mismo compromiso institucional; eso es parte de ese balance. Cuando llegan informes de organismos de control en los que nos acordamos de la decimocuarta generación del que está rindiendo el informe, no pensamos que es una oportunidad de mejoramiento. Cuando llegan los veedores ciudadanos y las quejas ciudadanas, siempre tenemos una actitud reticente, nos ponemos de mal humor.

Hay que comenzar a cambiar, es un cambio de actitud para fomentar una cultura de verdad democrática en la que se pueda disentir, donde haya la posibilidad de revisar nuestra propia gestión. Tenemos que dejar de pensar que el control es el externo ¿Qué es más importante, que nos vigilen o auto controlarnos? Tenemos el modelo estándar de control interno, el sistema de gestión de calidad, todo eso nos lleva al autocontrol, sin embargo, seguimos esperando los diagnósticos externos para actuar y hacemos planes de mejoramiento por cumplir, y entonces cuando va a llegar la visita nuevamente de la Contraloría ahí sí se revisa ¿Dónde está la política de capacitación permanente del recurso humano? En la evaluación y seguimiento.

En la Procuraduría General de la Nación hemos desarrollado una metodología cierta de nuestra actuación en materia preventiva de contratación estatal para fomentar ese autocontrol y también para fomentar, una guía que recoja las políticas en la actuación preventiva, esta actuación preventiva integral que desarrollamos frente a la contratación estatal es muy sui generis, la Corte Constitucional analizó cuál es la facultad preventiva de la Procuraduría General de la Nación y encontró que es una potestad ilimitada y excepcional pero existe.

Cuando empezamos a hacer actuaciones preventivas integrales en materia de contratación en forma, muchos doctrinantes y muchas entidades decían que por qué estábamos actuando de forma previa en la contratación y tuvimos que revisar todo nuestro marco constitucional y legal para saber cuál era el fundamento, cuáles eran esos límites de nuestra gestión, por eso diseñamos unas políticas internas, ¿para qué?, para mantenernos en esos límites porque lo primero que debe hacer un organismo de control es mantenerse dentro del marco de sus competencias, así a veces se sienta impotente frente a los hechos que ocurren o así a veces lo quieran instrumentalizar.

¿Qué les quiero contar de esa actuación que hacemos allí en la Procuraduría? Afuera también el Instituto de Estudios está entregando esa guía que desarrollamos en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, ¿Cuál es la naturaleza y límites de esa función preventiva integral en materia de contratación estatal? Es selectiva, el universo de la contratación es inmenso y somos muy pocos operadores para llevarlo a cabo, es imposible que atendamos todas las solicitudes que llegan, llegan 600 semanales y en la actualidad en el nivel central tenemos 25 operadores, entonces es imposible que se alcance a vigilar todo el espectro de la contratación estatal, así que hemos tenido que establecer unos criterios de selectividad, dándole prioridad a la cuantía, a la complejidad de la contratación, al impacto que tiene frente a la comunidad que va a ser beneficiaria.

Involucra el control de gestión en la vigilancia permanente, orientado a interactuar con los sujetos que son vigilados para exigirles el cumplimiento normativo; nuestras observaciones siempre van dirigidas a recordar ese cumplimiento, acudimos a la jurisprudencia, a la doctrina, a las buenas prácticas, para plantear argumentos que puedan entrar en el debate, en las decisiones que tuviera que tomar la entidad que está contratando; no damos soluciones ni asesoramos. Mucha gente llega a la Procuraduría preguntando qué hacer y no se les puede decir; se brindan herramientas para tomar una decisión inteligente; se pueden cuestionar las decisiones adoptadas, siempre las sugerencias son jurídicas y respetuosas de esa autonomía institucional que tienen las entidades públicas que es la que fundamenta el principio de responsabilidad.

Existen unos riesgos en la función preventiva que desarrollamos, que se encuentran atados a la naturaleza de la función; existe el riesgo de coadministrar; muchas entidades vienen a la Procuraduría a pedir acompañamiento preventivo porque creen que con eso ya están avaladas sus actuaciones, eso no es cierto, si llega el día de mañana una queja disciplinaria sobre la actuación contractual se tendrá que dar traslado y el competente tendrá que iniciar las acciones legales pertinentes. No avalamos ni coadministramos, por eso no asesoramos ni brindamos soluciones; recordamos la importancia de la norma, qué ha dicho la jurisprudencia, pues esas líneas jurisprudenciales de las altas cortes son necesarias porque están planteando derroteros de interpretación normativa, la Procuraduría está llamada a hacer esa revisión de la relatoría de las altas cortes y a compartirla, tenemos además el privilegio y la responsabilidad de vigilar de forma general el programa de contratación de las entidades estatales, desde los municipios de sexta categoría hasta los ministerios; eso nos da la oportunidad de conocer buenas y malas prácticas, que podemos compartir para evitar yerros en la administración pública.

Está el riesgo de prejuzgar; las comunicaciones de la Procuraduría jamás van a decir, es que si no obra como se lo demanda la ley se le va a investigar; es que está incurriendo en una conducta irregular, es que puede estar cometiendo un delito, de eso no se trata la actuación preventiva integral, de recordar las consecuencias negativas que puede tener una decisión de la entidad, eso lo tiene que tener claro la administración pública, cuáles son los riesgos de su gestión.

Cuando trabajamos en contratación estatal estamos muy expuestos y la responsabilidad se ha incrementado, entonces la primera recomendación preventiva es que cuando se tome posesión de un cargo en esta área, se debe ser consciente de los riesgos y las vicisitudes que pueden tener; pero ser ordenador del gasto con temor es una muy mala estrategia. Hemos evidenciado que esos

ordenadores del gasto que se crean y tienen comités para que avalen sus decisiones con un montón de vistos buenos, no son operativos, retrasan la gestión, la toma de decisiones y ello se traduce en generar mayores costos de transacción y terminan decidiendo en el peor escenario, apremiados por el tiempo y presionados por la comunidad, por la propia entidad pública, por la dinámica del sector público; entonces debe ser muy responsable de las decisiones y estar consciente de lo que va a hacer y eso aplica para los demás operadores del proceso de gestión contractual; pero adoptar medidas con temor es una mala idea, así como también con total liberalidad y sin consciencia. Ambos extremos son nocivos para la gerencia pública.

Hoy lo estamos viendo, las entidades públicas tienen una ejecución presupuestal baja y eso implica retrasos porque, por ejemplo, todas las ejecuciones de inversión están encadenadas, entonces primero hay que hacer lo básico de la infraestructura y luego mejorarla, y si nos demoramos en lo básico lo vamos a hacer también en el mejoramiento, actuando de forma descoordinada; esto se evidencia en los municipios y en las gobernaciones que tienen proyectos conjuntos, porque si se retrasan los de una de las entidades públicas, eso golpea el desarrollo de ambas, y eso es lo que estamos viendo en las grandes obras de infraestructura.

¿Cuáles son las características de la actuación preventiva integral en materia de contratación estatal?, son planear, seleccionar por ser excepcional, pues se supone que la gestión contractual de cualquier entidad debe discurrir de forma apegada a la ley, sin que ninguna autoridad externa intervenga, entonces esa selectividad implica una planeación. Si somos pocos, el universo de control es muy grande, pues tenemos que priorizar nuestras metas, entonces hemos dedicado muchos recursos de la institucionalidad de la Procuraduría para capacitar, para hacer jornadas pedagógicas, para desarrollar cartillas y mecanismos de orientación, pero también hacemos algunos acompañamientos preventivos a procesos que son realmente trascendentales para la realidad nacional.

Planear también implica un reconocimiento de lo que está sucediendo en el panorama general de contratación, son muchas las normas. La planeación también implica ese estudio, esa actualización permanente. ¿Cómo sé que voy a controlar si desconozco los parámetros de ese control?

Prudencia para los comunicados de prensa, para las entrevistas, en la forma de interrelacionarnos con los sujetos de control. Eso a veces genera frustración, hemos visto yerros evidentes en los procesos de contratación, los cuales se ponen en conocimiento de la entidad competente, pero esa entidad ya tiene una decisión tomada que no va a cambiar por más que un organismo de control llame su atención y exponga unos argumentos. Eso genera frustración, como la

frustración de los proponentes cuando ven que un proceso está siendo orientado y por más advertencias que se hagan no se toman las medidas sobre el particular, pero la prudencia nos obliga a mantenernos en nuestra competencia.

Proactividad. Cuando el tema es denso, complejo, hay que ser creativos, hay que encontrar fórmulas acertadas de acercarnos con las entidades públicas, de ser su apoyo real, porque estudiamos con la entidad pública cuáles son las alternativas para resolver una problemática, cuáles son los mejores argumentos, así que extienden su equipo profesional las entidades públicas porque en nosotros van a encontrar investigación rigurosa.

Tenemos una estrategia especial de atención al usuario que está determinada por la agilidad, el acceso y la asesoría. Agilidad porque los procedimientos de contratación así lo requieren; hay una celeridad específica para alcanzar el objetivo institucional que se busca, que es satisfacer una necesidad, entonces la Procuraduría tiene que correr si lo que quiere es acompañar ese proceso de contratación. Hay que ser oportuno en las observaciones.

Acceso. Para que no haya clientes de primera, segunda y tercera categoría; allá atendemos desde las grandes multinacionales hasta el pequeño productor que ve vulnerados sus derechos dentro de un proceso de contratación.

Asesoría; no para brindar soluciones jurídicas sino para orientar al ciudadano cuando no sabe a quién acudir para solventar sus problemáticas.

¿Qué resultados perseguimos con esa actuación preventiva integral en materia de contratación estatal? Evitar que se vulneren los derechos, eso es lo más importante, detrás de cada recurso público hay un derecho humano que está pendiente del dinero que se le quita a la infraestructura adecuada, a la salud, a la educación; es un dinero que nos quitamos del desarrollo, de la posibilidad de tener un mejor futuro, entonces lo que esconde la contratación estatal realmente es la conversión a un Estado social de derecho, los derechos de todos porque pagamos impuestos y cumplimos una normatividad rigurosa para vivir en comunidad.

Promover la adopción de buenas prácticas, estamos trabajando con la Agencia Nacional de Contratación, con otras instancias de control, con los ministerios acerca de cómo fortalecer las buenas prácticas, cómo mejorar la toma de decisiones en el sector público, compartiendo buenas experiencias; siempre hay una mejor forma de hacer las cosas, lo que pasa es que hay que investigar y diseñar en el marco de las posibilidades legales que tenemos. Entonces la idea es que como somos observadores permanentes de la gestión contractual del Estado, podemos compartir esas buenas prácticas observadas. Tenemos municipios muy pobres en sus recursos, que los manejan de forma muy adecuada y alcanzan unos niveles de rendimiento económico enormes, así como también

hemos visto entidades fuertes, grandes, con muy buenos equipos que tienen contrataciones que dejan mucho que desear en términos de satisfacción del interés general; entonces se trata de promover precisamente cómo hacer mejor la tarea, pero eso implica un cambio en la actitud y no cumplir la norma por cumplirla, porque en el ejercicio de la planeación de la contratación estatal, por ejemplo, hemos verificado que se hace para tener un documento que mostrarle al organismo de control cuando llegue y de eso no se trata; la planeación es la razón de ser de una contratación, por qué contrato bajo una modalidad, por qué tengo un mercado específico, por qué establezco unas restricciones en la participación, por qué evalúo un criterio y no otro; la planeación son las razones que tiene la administración para contratar, y el ejercicio que hay que hacer es preguntarse si esas razones que estamos aduciendo son reales, técnicas, de experiencia, o si son para orientar o favorecer a un particular o por salir del paso, porque vemos un panorama de corrupción pero a veces lo que hay es negligencia, nos dejamos aturdir por el día a día y no nos paramos un minuto a analizar qué estamos haciendo y por qué lo estamos haciendo, entonces se le pregunta a una entidad ¿por qué tomó esta decisión? cuáles son sus razones técnicas, financieras, jurídicas y lo que hace es una adenda modificando la estructuración del pliego de condiciones, entonces al parecer no existía ninguna razón de peso, porque así se ha hecho siempre y ha funcionado.

La cuestión es por qué hacemos las cosas y cómo las hacemos de forma racional y eficiente, garantizando los derechos, la participación ciudadana; por eso trabajamos de mano de las veedurías ciudadanas, son nuestros mejores clientes, de la mano de organizaciones que se preocupan de cómo se invierten los recursos de sus comunidades, por cómo se llevan a cabo los proyectos, no podemos desechar esa participación, no podemos cerrarle la puerta al control social que puede ser edificante para nuestra propia tarea, hay que cambiar de actitud frente a la crítica, así sea dura porque los veedores ciudadanos a veces vienen acompañados de intereses políticos o utilizan un lenguaje inadecuado para referirse a los servidores públicos, pero hay que ir más allá de las personas.

Recordemos que siempre debemos pensar en el proceso de gestión contractual; tenemos una metodología que queremos compartir y que puede servir muchísimo para hacer autocontrol y para que las oficinas de control interno también efectúen ese control previo sin avales que se requiere en la gestión contractual como lo dice la Ley 80 de 1993; la metodología es la pregunta inteligente; no se trata de andar haciendo juicios, de prejuzgar la actitud de una entidad pública, de rechazar o descalificar una decisión administrativa, se trata de hacer preguntas que reten los argumentos de una entidad pública, que les

permitan ver otros escenarios de valoración; eso implica que se debe conocer muy bien el tema, estudiarlo, por eso nuestros acompañamientos preventivos se inician desde la publicación del documento de estudios previos y no entramos en la evaluación del proceso, ni vamos a una audiencia de adjudicación.

El respeto que tenemos de una comunidad institucional parte del conocimiento de lo que hacen, revisamos toda la documentación, las observaciones que hacen los interesados, servimos también de mediadores entre los interesados y la entidad pública para alcanzar mejores resultados, entonces la idea es que dentro del autocontrol se hagan esas preguntas. ¿Por qué tiene un organismo de control que venir a preguntarles cuando pueden hacerlo?

Así las cosas, tenemos políticas de actuación como la oportunidad, cuando iniciamos el acompañamiento de los procesos de contratación desde la publicación de los estudios previos; la pertinencia, porque no podemos seleccionar todos los procesos sino aquellos que ya cumplan con los requisitos establecidos de cuantía; de impacto, de importancia para la comunidad y tenemos unas causales de terminación. Hace poco tuvimos que terminar una, o bien porque hicimos todas las actividades que teníamos planeadas dentro de nuestra actuación preventiva integral o porque se terminó la actuación a la que estábamos haciendo el acompañamiento o porque la entidad pública no respondía ni se manifestaba respecto de las inquietudes que se le planteaban. Si la entidad se niega a manifestarse, terminamos la actuación porque no hay diálogo para continuar con esa actuación preventiva en materia integral.

El segundo punto de la prevención es la planeación, entonces vamos a hacer un balance y es saber cuáles son nuestras falencias, autocontrolarnos, empoderar a la ciudadanía y a las oficinas de control interno para que sean los primeros voceros en llamar al orden a la entidad y advertir errores. Para eso hay que creerle a la oficina de control interno que debe tener un personal idóneo que conozca del tema de contratación y hay que manejar relaciones de comunicación acertadas.

Un segundo punto es la planeación estratégica, que comienza cuando se solicita la aprobación de un presupuesto para ejecutarlo y deviene del plan nacional de desarrollo para las entidades que están obligadas a cumplir las actividades allí incluidas; de los planes de desarrollo municipal y departamental, de los planes estratégicos que tienen las entidades públicas, ahora hay toda una metodología para tener esos planes estratégicos, hacia dónde va la entidad, cuál es su visión, cómo se ve en cinco años, cómo se ve en diez años, todo eso son planes que se tienen que reflejar en la gestión contractual.

Un segundo paso será el desarrollo de ese plan nacional de adquisiciones con la metodología que nos va a dar la Agencia Nacional de Contratación.

Un tercer paso es revisar las herramientas que tenemos para el seguimiento de la gestión contractual. Hemos revisado muchísimos manuales de contratación de entidades de todos los niveles y de todo tipo de cumplimiento normativo de régimen privado y de estatuto general de contratación; entonces, hemos evidenciado una conducta recurrente, el manual se convierte en la repetición de la norma vigente y eso trae serias consecuencias. Primero: son unos ladrillos que nadie lee o ¿cuántas personas conocen el manual de contratación de su entidad?, ¿cuántos lo han empleado para resolver una duda?, ¿qué debe tener ese manual? Tenemos que una herramienta de gestión; no, un montón de papeles, generalmente elaborado por un consultor que no trabaja en la entidad y que desde afuera ve el proceso diferente, o que ha hecho diez mil manuales igualitos. Entonces sobre esto debemos llamar la atención porque la gestión estratégica está también allí.

¿De qué me sirve el manual de contratación? De acuerdo con la normatividad vigente y por lo dicho por el Consejo de Estado en referencia a su naturaleza, debe tener las reglas de desconcentración y delegación de la ordenación del gasto, cómo mantener el control y vigilancia, cuáles son los límites del delegante y del delegatario y qué políticas se deben seguir.

Hemos encontrado que en muchos municipios los alcaldes delegan la contratación en sus secretarios, entonces se ven seis procesos de adquisición de suministros de papelería o de combustible, con los costos que ello implica y la afectación del principio de economía y todos los procesos son diferentes, los han hecho hasta con modalidades de selección distintas, hay que revisar igualmente hasta qué punto se debe delegar la ordenación del gasto y cómo mantener la unidad de criterio, el principio de economía, las políticas y procedimientos de planeación, de planeación estratégica, de la revisión del manual hasta la elaboración del plan de adquisiciones, las políticas y procedimientos de seguimiento y control.

Muchas entidades sometidas al estatuto contractual no tienen ni un párrafo sobre el seguimiento y control de los contratos, tan importante como la etapa de planeación, porque una vez celebrado el contrato alguien que lo debe vigilar, acompañar, garantizar que se cumpla a cabalidad, entonces las empresas sociales del Estado, de economía mixta, entre otras, no conocen esta figura, y al verificar la gestión contractual se evidencia el recibo a satisfacción de bienes, obras y servicios que realmente no cumplían con las exigencias de la contratación ni la comprensión de los principios de la función administrativa.

Hay políticas que deberían estar en ese manual de contratación, la actualización, cuántas veces al año se actualiza a los funcionarios que están en ese

proceso, cuál es el régimen de estímulos e incentivos a esos funcionarios, cuántas veces hacen balance del ejercicio fiscal, se conocen siquiera todos los del proceso de contratación, qué mecanismos de comunicación utilizan. Es común ver que las entidades se desgastan carteándose de la jurídica al área técnica, del área técnica a la secretaría general y así sucesivamente, y todos dejan constancias lavándose las manos de una dependencia a otra y no hay proceso de trabajo en equipo.

Hoy tenemos medios electrónicos maravillosos, ¿por qué no comunicarse por correo electrónico y establecer unas reglas específicas?, está la herramienta de control cambios, ¿por qué imprimir diez mil veces el proyecto de pliego de condiciones si hay que pensar en ecología y en economía, además de ser una comunicación mucho más asertiva? El trabajo no es ver el error que cometió la dependencia; el trabajo es ver la falencia en el proceso e identificar cómo podemos superarla. Entonces la idea es que revisemos ese manual de contratación para que sea una verdadera herramienta de gestión.

Con el Instituto de Estudios más o menos en un mes saldrá un artículo sobre cómo elaborar manuales de contratación vinculando esa herramienta al modelo estándar de control interno y al sistema de gestión de calidad.

Los manuales no son una invención de los legisladores que quieren torturarlos sino buenas herramientas de gestión que operan en el sector privado para hacer competente y diligente la gestión, para satisfacer los clientes internos y externos y mejorar de forma continua. La invitación es a que revisemos cómo están esas herramientas de gestión que tenemos para que realmente sean efectivas y no por cumplir. Esperamos que ese plan de adquisiciones sea un mapa de navegación y no un documento más a publicar en nuestra página web y en el Secop.

Otro punto está en el análisis de riesgo de la gestión contractual. De dónde sacamos ese análisis, debemos sentar al personal en el proceso de contratación con el fin de verificar cuáles son los riesgos del mismo. Hay riesgos de corrupción, de falta de oportunidad, del manejo presupuestal, hay muchísimos riesgos que se pueden avizorar, pero lo importante no es establecer un mapa con un montón de riesgos, sino cuáles son las medidas para prevenir su ocurrencia, para eso es que se identifica quién en la entidad está en mayor capacidad de asumir ese riesgo y manejarlo, entonces vamos a tener líderes en los manejos de riesgos, pero además ¿qué pasa si sucede el riesgo?, ¿cómo vamos a mitigar esos efectos negativos?; para eso es que se identifican los riesgos, y esto es muy importante hacerlo cada año, pues en ese tiempo cambian, ya que la contratación estatal es un negocio que está en el mercado de bienes, obras y servicios en general, el Estado mueve la economía, por eso todo el mundo quiere contratar

con el Estado, por eso hay carteles de contratación, por eso se manosea al servidor público, tenemos que dejar que el mercado regule la actividad, y ¿cómo lo hacemos?, conociendo ese mercado, eso es parte del análisis de los riesgos.

Así mismo está la prevención, que es contar con personal calificado y capacitado para la gestión de compras, con un personal motivado y eso tiene que ver con la revisión de las plantas de personal. En el proceso de contratación no se pueden tener fichas políticas, debe haber gente eficiente, que conozca lo que hace, no puede llegar a aprender allí, tiene que llegar sabiendo, que se especialice es un tema diferente, pero es una actividad muy delicada y riesgosa como para exponer a una persona que además no tenga ninguna experiencia.

De la misma manera, debemos tener en cuenta la gestión por procesos y resultados. Dejar de pensar en las personas y pensar en el proceso, pero además comenzar a trabajar por resultados, donde están los gerentes de los proyectos, cada contratación a desarrollar tiene que tener un papá o una mamá que lidere la ejecución de ese proyecto. Hay que comenzar a calificar a esos gerentes de proyectos por resultados y las dependencias tienen que estar comprometidas dentro del proceso para ello.

Finalmente, debe considerarse la alta dirección interesada. A muchos representantes legales les parece que la contratación es lo de menos, pero es el alma de la entidad, pero sin contratación no hay papelería, sin contratación no se mueve la administración pública, hay que darle el valor que se merece desde la alta dirección y el representante legal que se delegue tiene que estar encima vigilando la contratación de la entidad, llamando al orden a sus gerentes, al ordenador del gasto delegatario.

Una frase para terminar: “el sabio no dice todo lo que piensa pero siempre piensa todo lo que dice”. La coherencia, la prudencia y un verdadero estudio de la gestión contractual nos va a permitir mejorar y lograr el cambio que se tiene que dar en nuestra mentalidad y en nuestro comportamiento; tenemos que dejar de pensar que solamente trabajamos bien si tenemos a alguien de afuera vigilándonos. Tenemos el poder y la capacidad de hacer una buena gestión contractual, pensando en ese Estado Social de Derecho que nos regalaron en la Constitución de 1991.

MESA REDONDA

PRIMER EJE

TEMÁTICO

CÉSAR AUGUSTO DUARTE ACOSTA*

**Abogado egresado de la Universidad Libre; Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Penal y Criminología de la misma universidad. Actualmente se desempeña como asesor en la Procuraduría General de la Nación. Ha sido profesor de especialización en las Universidades Javeriana y Nacional y de pregrado de la Universidad Libre.*

Participan en esta mesa redonda: María Lorena Cuéllar, José Camilo Guzmán, Jorge Iván Contreras.

Doctor César Augusto Duarte: Como funcionarios de la Agencia Nacional de Contratación, sabiendo o conociendo que recién se creó, que llevan un año más o menos de vida, ¿pueden mencionar una política en lo que han trabajado justamente con ese propósito o apenas estarían definiéndola o pensando en implementarla?

Doctor José Camilo Guzmán: En efecto, como lo indicó la doctora Zuleta, la Agencia Nacional de Contratación Pública, como unidad administrativa especial que fue creada en noviembre del año pasado a través de un decreto con fuerza de ley, con base en las facultades extraordinarias que el Congreso de la República dio al Presidente para modificar la estructura de la administración pública; sin embargo, la operatividad comienza en marzo de este año, luego de que fue aprobada su planta de personal y ha empezado a realizar todas las actividades propias de creación de una entidad y establecimiento público. No obstante, eso no significa que no se haya empezado a trabajar en esa creación de políticas y hoy ya de manera muy rápida pero concreta la doctora Zuleta las esbozaba en su presentación, cuando establecía esos temas de corto, mediano y largo plazo y que se van a constituir necesariamente en esas políticas públicas que en algún momento como funcionarios y servidores públicos dedicados a la contratación pública, pero dedicados al servicio público, vamos a tener presente en materia de contratación. Mencionaba que en este momento estamos haciendo una revisión normativa en la parte de las funciones y de la política pública en materia de contratación que va a tener la agencia. La revisión de la normativa que está vinculada a la contratación pública, si bien estamos empezando una revisión del Decreto 734 para entrar a determinar ajustes, modificaciones y tipificación, también lo mencionaba como revisión integral desde la ley y el reglamento para entrar a mirar la deslegalización de una serie de cosas; el mejoramiento de la formulación en términos de ley, el origen legal de la Constitución de lo que deben ser las normas de contratación pública, etcétera; mencionó el manejo del perfil del comprador público como político en materia de contratación, a veces la contratación no es tema de abogados, está dirigido a entender que la contratación en sí misma debe cambiar el perfil y la visión

Ahí también estamos centrados en ese tipo de políticas, la construcción de los convenios marco de precios que está a cargo de la subdirección del doctor Jorge Iván Contreras es toda la formulación de una nueva manera de ver la compra pública desde las instituciones, luego venimos trabajando una serie de cosas en el poco tiempo que tenemos como entidad pública y estamos definiendo

do ya ese tipo de actividades. Se ha entendido que al igual que se hizo con el Decreto 734 es una especie de compilación de normas reglamentarias y sería menester producir un único estatuto de contratación estatal, o sea, una única ley para que el operador administrativo tuviese ese instrumento como consulta y además responder a unos parámetros unívocos y que recogieran todo lo que tiene que ver con la materia, sin que sea necesario ver la Ley 80 y mirar qué modificaciones introdujo la 1150 y a veces en ese camino se pierden muchas cosas aparte del tiempo y lo que puede significar una pelea hermenéutica.

Eso es muy cierto, por infortunadas circunstancias que de pronto no se conocen en la Constitución Política y es que el tema del estatuto de contratación quedó dentro del concepto de leyes generales y no debería serlo, se hablaba de una ley marco, de tal manera que simplemente como hoy se establezca una serie de principios generales para la regulación y de ahí se baje al reglamento o lleve a temas puntualizados, como se maneja el tema financiero, de valores, de intervención económica a través de las circulares y regulaciones que puedan permitir en su momento la Superintendencia.

Lo que pretendemos de alguna manera es determinar cuál es la naturaleza real de las normas en contratación pública para simplificarlas y para que sean fácilmente manejables y así tengamos un único instrumento normativo, de tal manera que el operador tenga en la mano una herramienta muy sencilla de usar y lo demás esté en instrumentos mucho más sencillos para la aplicación, como por ejemplo el manual de buenas prácticas y documentos tipo.

Doctor César Duarte al Doctor Camilo Guzman ¿Realmente usted si cree que con estas políticas –algunas en ciernes–, podamos llevar, como decía el ex-presidente Julio César Turbay, la corrupción a sus justas proporciones?

Camilo Guzmán: No creo que la corrupción pueda tener justas proporciones; ni que la corrupción sea inherente a la naturaleza humana, estamos para trascender personas, creo que ni las normas ni la política son el remedio para un tema como la corrupción, sino el mejoramiento de los instrumentos, el mejoramiento del perfil del comprador público, el mejoramiento de los instrumentos de planeación, el mejoramiento de los instrumentos de vigilancia y de control, y el mejoramiento de los procesos de acompañamiento tiene que evitar asuntos de corrupción.

Doctor Duarte: ¿Los acuerdos marco van a afectar a los empresarios pequeños, a los mipymes? porque se pensaría que van a poderlos suscribir los grandes empresarios, lo cual generaría un monopolio y una odiosa discriminación ante quienes no tienen la suficiente capacidad económica.

Doctor Guzmán: Veamos. Chile logró que el 40% de las compras del Estado fueran mejores. ¿A través de qué procedimiento? A través de los acuerdos marco

que permitían inferir que se presentara algún tipo de discusión por el contrato. No, lo que buscan los acuerdos marco es mucha más visibilidad a la contratación pública y permitir más participación. El acuerdo marco no excluye proveedores, por el contrario, los habilita, por ejemplo, en el tema de la papelería no solo pueden participar los grandes de la papelería en Colombia, sino todas las entidades que estén cumpliendo todas las condiciones que el gobierno necesita para comprar papel, eso lo definimos, cuando “estudiamos la demanda y estudiamos la oferta” y definimos cuáles son las condiciones mínimas que podrían cumplir los proveedores para satisfacer esa demanda y con base en esa información habilitamos los proveedores, no solo uno sino la cantidad necesaria, dependiendo del bien, del mercado, para que participe la mayor cantidad de proveedores. Eso quiere decir que tienen fácil acceso los proveedores pequeños, o sea, no van a tener dificultad frente a los que manejan el mercado y siempre salen ganando.

Es algo muy importante y es que en ninguna parte de las presentaciones hablamos de que el precio es el factor de decisión y en los acuerdos marco se define cuáles son los factores de decisión; hablaba, por ejemplo, de la gasolina no el de la mejor tarifa sino el que tuviera mayor cantidad de puntos de abastecimiento, entonces debemos estudiar cuáles son los bienes, dependiendo de cada bien tenemos el espíritu concreto del mercado e identificamos cuáles son las variables de decisión entre uno u otro proveedor de los varios habilitados, entonces como entidad necesitamos que nos distribuyan en Caparrapí, en Leticia y en Medellín; hay entidades muy grandes que de pronto no puedan llegar en esos sitios, pero los pequeñitos que están en esos sitios les queda mucho más fácil y ahí está el precio y la ubicación como los factores decisivos de la elección.

En la actualidad se han trabajado algunos acuerdos o ya se tienen más o menos concebidos frente a algunas necesidades sentidas, apenas es un proceso en maduración, en estudio, que se ha visto como posibilidad de aplicación de esos acuerdos marco. En este momento estamos en un proceso de estudio muy juicioso de entender: qué compra el Estado colombiano, cuánto compra en cada uno de los bienes y servicios, y entendiendo cuáles son aquellos bienes, tomamos las condiciones uniformes que tenemos que comprar y que podrían ser homogéneas, estamos ubicando a todas las entidades del gobierno central, inicialmente los planes anuales de adquisiciones, estamos mirando la ejecución del año pasado; estudiando del Secop; viendo contrato por contrato, identificando compras para establecer qué ministerios lo hacen y cómo venden a las entidades privadas, por ejemplo, los proveedores mayoristas la gasolina, para identificar cuáles son las mejores prácticas frente al tema del combustible y adoptar un acuerdo marco en ese artículo.

En este momento se han identificado algunos bienes que son los de mayor frecuencia de uso, como el papel, el combustible, todo lo que es vigilancia, aseo y cafetería, elementos de oficina, llantas. El SOAT, por ejemplo, que son bienes que todos debemos comprar, que todos los años debe haber contratos y que generan una gran cantidad de transacciones, mucho trabajo para un presupuesto donde el 80% de las transacción utiliza el 20% del presupuesto.

Vamos a hacer el acuerdo marco para que la adquisición de esos bienes se haga en el menor tiempo posible con la menor cantidad de transacciones –existe allí la posibilidad de que esos acuerdos no solo tengan un alcance nacional sino también regional– la obligatoriedad es para el gobierno central y veremos que es una herramienta absolutamente útil, que simplifica mucho. En Latinoamérica el porcentaje de tiempo que utilizan las entidades para la adquisición de bienes y servicios está en 45 días en unos países y en promedio hablamos de 45 días; Colombia está llegando a 90 días, la metodología del acuerdo marco puede llegar a adquirir un bien o servicio de uno a diez días, dependiendo de los procesos con la otra entidad, si como ente territorial vemos que el gobierno nacional está comprando en 10 días lo que se necesita, nos podemos acoger al acuerdo marco, lo ideal sería eso y que se utilizara el mecanismo porque no hay nada que lo impida.

Doctor Duarte: el público pregunta ¿Por qué importar normas de otras latitudes para aplicarlas aquí mecánicamente sin considerar las circunstancias propias de nuestro país y entre otras cosas la idiosincrasia nuestra?

Doctor Guzmán: Digamos que no estamos importando normas; estamos trayendo buenas prácticas, creo que dedicarnos a inventar una rueda distinta a la que ya ha inventado el mundo y que ha demostrado su eficiencia y eficacia, no tiene nada de malo y lo que parecería indicar es que deberíamos buscar normas para nuestra propia capacidad de encontrarle salidas a las ya establecidas; si podemos buscar las mejores herramientas que nos puede ofrecer el mundo para traerlas y aplicarlas, no tiene nada de malo porque traemos normas objetivas; parecería que debemos tener normas autóctonas, cuando debemos es tener herramientas objetivas para la selección de contratación que desde un principio se generaría en cualquier parte del mundo.

Doctor Duarte: a la doctora Lorena Cuéllar se le pregunta si las personerías pueden ejercer también una función preventiva en el ámbito territorial en aspectos contractuales

Doctora Cuéllar: Sí, la facultad está en cabeza del Ministerio Público que está compuesto por la Procuraduría General de la Nación, las personerías municipales incluyendo la Defensoría del Pueblo que tiene una restricción a la

competencia, porque maneja el tema de los derechos humanos, las personerías pueden aplicar de hecho esa metodología que les presentamos. Cuando se hizo el lanzamiento de la guía, se invitó a las personerías para brindarles esta herramienta manteniendo los mismos límites, es una actuación preventiva no es un control previo, no se dan avales, no se prejuzga, no se coadministra sino que se trata de enriquecer la actividad contractual del Estado desde las diferentes competencias que tengamos.

De hecho, también en las procuradurías territoriales, que son las regionales y provinciales, tenemos funciones preventivas que es un poco más difícil, porque existe un problema de insuficiencia de recurso humano frente a las necesidades en materia disciplinaria, de intervención y conciliación que son las otras funciones misionales de la Procuraduría General de la Nación, pero que con el proyecto del fortalecimiento de la función preventiva estamos tratando de afrontar y superar para fortalecer el desempeño institucional en las regiones.

Dentro de la facultad preventiva, la Procuraduría puede impartir órdenes frente a la administración, es muy frecuente oír decir a quienes acuden a la Procuraduría del porqué esta entidad no da la orden de que se suspenda ese proceso, porque es abiertamente irregular, o para que no adjudique. ¿Eso es posible? No, de hecho ni siquiera el señor Procurador General de la Nación que constitucionalmente tiene en su cabeza todas las facultades preventiva, disciplinaria y de conciliación puede hacerlo, presentamos respetuosas solicitudes, por ejemplo, frente a la entidad para que analice si debe o no revocar un acto de apertura de una convocatoria, si debe o no suspender el trámite de una convocatoria pública en el marco de la normatividad vigente que es la Ley 1150 de 2007, la Ley 80 y los decretos reglamentarios, jamás se imparten órdenes. De hecho, esa facultad no la tenemos ni siquiera en materia disciplinaria, pues allí se hacen solicitudes para el análisis de la entidad competente porque si no, se desdibujaría el principio de responsabilidad que se fundamenta en la autonomía institucional para que cada representante legal u ordenador del gasto adopte las medidas que considere pertinentes en el marco de la normatividad vigente, pero también bajo su discrecionalidad responsable.

Preguntan ¿qué deben hacer los interesados para que los procesos sean objeto de acompañamiento? Bueno, eso implica que actúen con prontitud cuando van a tramitar un proceso de contratación y nos avisen o eleven la solicitud correspondiente antes de iniciar con el mismo, porque cuando ya ha pasado la diligencia de cierre del proceso no resulta favorable que iniciemos un acompañamiento, pues se sabe que ya es inmodificable, la entidad no tiene un manejo estricto sobre las condiciones de contratación sino que ya viene una etapa que

es de evaluación y finalmente adjudicación del proceso, entonces ahí sí impera el principio de oportunidad, así como nosotros planeamos nuestra actividad preventiva las entidades también cuando tienen procesos que realmente quieren que se acompañen para adoptar buenas prácticas, porque a veces no nos invitan a los procesos y después nos dicen que por qué no estamos.

Esa labor se hace enviando observaciones, no queremos voltear la gestión sino brindarles apoyo y en esa medida enviar la solicitud correspondiente, verificando que su proceso de contratación cumpla con los requisitos de selectividad; que sea una cuantía importante, que tenga impacto en la comunidad, lo suficientemente complejo para que haya un acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, y esa solicitud pueden hacerla vía email, a través del correo normal o telefónico.

Y ¿pueden hacerlo desde las respectivas procuradurías regionales? Desde luego, tenemos representantes a nivel territorial donde pueden dirigirse para solicitar este acompañamiento.

Preguntan a los funcionarios de la Agencia Nacional de Contratación, si los acuerdos marco afectan la canasta familiar. Los acuerdos marco nos van a permitir un mejor uso del recurso público y nada tienen que ver con la canasta familiar, por el contrario, el Estado va a poder comprar mejor y usar mejor el recurso de todos.

LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

JEAN PHILIPPE PENING GAVIRIA*

**Director de Infraestructura y Energía Sostenible
Departamento Nacional de Planeación
E-mail: jpening@dnp.gov.co*

Resumen	72
1. Antecedentes.....	72
2. Posición competitiva de Colombia para el desarrollo de las APP.....	73
3. Asociaciones público-privadas y desarrollo de infraestructura	76
4. Especificaciones del marco normativo.....	78
5. Qué se espera a futuro	82
6. Bibliografía.....	84

Agradecimiento al equipo de trabajo del Programa de Apoyo a la Participación Privada en Infraestructura (PPCI 3) de la Dirección de Infraestructura y Energía Sostenible del Departamento Nacional de Planeación. En especial a Julio César Galindo Amaya y a Diego Mauricio Ávila Arellano, quienes contribuyeron a la elaboración de este artículo.

RESUMEN

Desde el año 1991, Colombia se ha preocupado por abrir nuevos espacios para la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, al tiempo que ha implementado marcos normativos y regulatorios para distintos sectores de infraestructura relacionados con el fomento a la participación privada, tales como la Ley 1508 de 2012, sus Decretos Reglamentarios 1467 de 2012 y 100 del 2013, las guías de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, el fortalecimiento de la capacidad técnica e institucional de diversas entidades públicas del orden nacional y regional, así como el impulso al desarrollo de mecanismos de promoción de la participación privada en infraestructura, alcanzando múltiples y ya difundidos beneficios al desarrollo de la economía.

Palabras clave: Participación privada, asociaciones público-privadas, infraestructura.

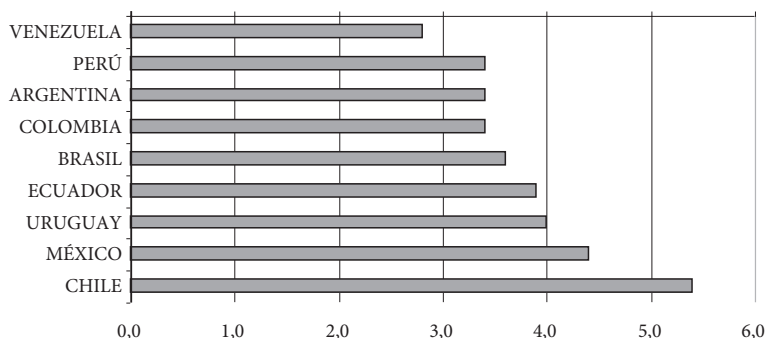
1. ANTECEDENTES

La Constitución Política de Colombia de 1991 abrió nuevos espacios a la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos para desarrollar aquellos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes en el marco institucional nacional.

Este proceso de atracción de participación privada ha permitido a Colombia avanzar en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública de transporte, mediante la adjudicación de concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas; así mismo, en materia de telecomunicaciones posibilitó el desarrollo del servicio de telefonía móvil celular, la apertura del mercado de larga distancia a nuevos operadores y una más amplia oferta de televisión a través de la concesión de los canales nacionales, mientras que en el sector de energía ha hecho posible el aumento de las coberturas, la mejora en la prestación de los servicios y el aseguramiento de la oferta en el largo plazo.

A pesar de lo anterior, Colombia tiene niveles de infraestructura que son insuficientes para las necesidades de su aparato productivo y su población y resultan inferiores comparativamente con otros países de la región. Ejemplo de lo anterior es el índice agregado de calidad de la infraestructura, calculado en el último reporte del Foro Económico Mundial, en el cual se aprecia el bajo nivel de calidad de infraestructura nacional en términos relativos con América Latina (gráfico 1).

Gráfico 1: Índice agregado de calidad de la infraestructura



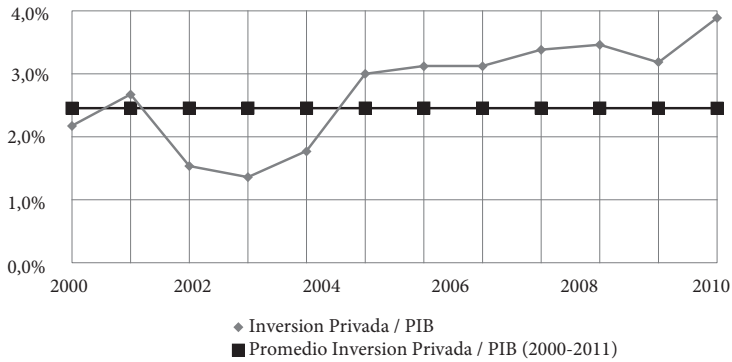
Fuente: Foro Económico Mundial. Reporte Económico Mundial 2012-2013.

Esta evidencia representa para Colombia la necesidad de contar con una infraestructura de mayor grado de desarrollo y calidad, que soporte el crecimiento del país y le permita proyectarse a niveles de actividad comercial que verdaderamente sean motores de empleo y equidad. Lo anterior hace que resulte razonable preguntarse sobre la forma en que hasta ahora se han ejecutado obras con participación privada y el perfil de sus protagonistas.

2. POSICIÓN COMPETITIVA DE COLOMBIA PARA EL DESARROLLO DE LAS APP

A diferencia de lo que pasaba una década atrás, Colombia cuenta hoy con un espacio favorable para la atracción de capital. Lo anterior es consecuencia del mejoramiento de la capacidad competitiva del país asociada al continuo crecimiento de la productividad, el fortalecimiento de la capacidad institucional del Estado, las mejoras en seguridad y la generación de un entorno de inversión más atractivo para el capital nacional y extranjero representado en reglas más claras para los inversionistas, así como la implementación de esquemas normativos que permiten la vinculación de capital en proyectos productivos de largo plazo.

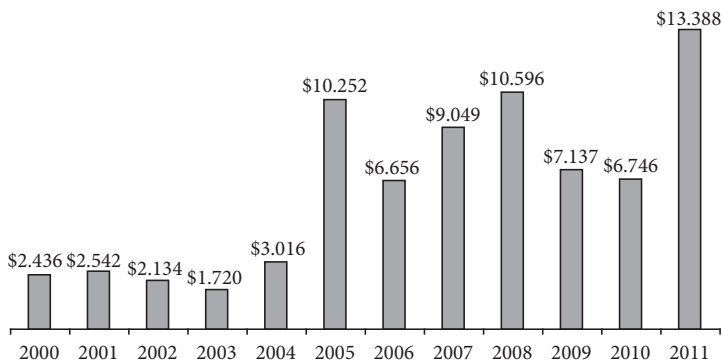
Gráfico 2: Relación infraestructura frente a PIB



Fuente: DNP – Cálculos DNP (e) información estimada – preliminar

Este mayor fortalecimiento en conjunto con el esfuerzo por vincular al sector privado en grandes proyectos de infraestructura, ha permitido el crecimiento continuo de la Inversión Extranjera Directa (IED) en nuestro país. Como se puede apreciar en el gráfico 3, en la última década Colombia ha mantenido una tendencia creciente en la atracción de capitales extranjeros alcanzando un punto máximo de US13.388 millones al cierre de 2011. Para lo corrido de este año la tendencia se mantiene, toda vez que para el tercer trimestre de 2012 el monto total de inversión extranjera asciende a los US 11.825 millones, un 11% superior a lo registrado a la misma altura del año pasado (se espera un cierre en 2012 con IED por más de US 15.000 millones).

Gráfico 3: Inversión extranjera directa en Colombia (2000-2011)



Fuente: Banco de la Republica. Cifras en millones de dólares.

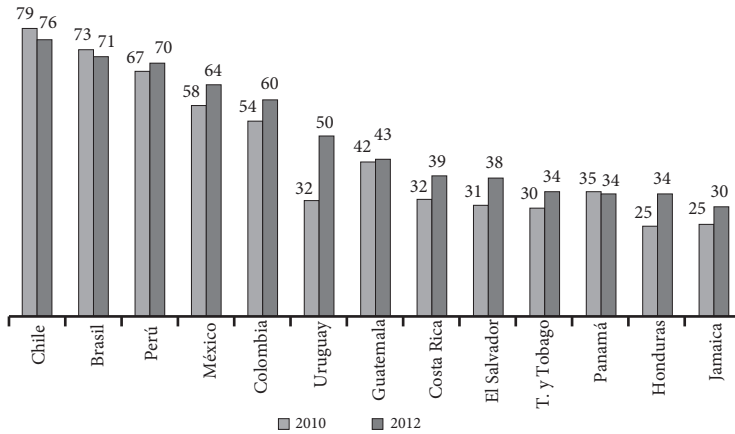
Paralelo al crecimiento de la IED, se encuentra la mejora de la competitividad frente a los demás países de la región. Lo anterior es posible apreciarlo en el comportamiento positivo del escalafón de competitividad del ranking *Doing Business*, en el cual Colombia ha subido 37 posiciones en los últimos 5 años y presenta un indicador de fortaleza al inversionista muy por encima de otros países comparables de la región, tales como: Perú, Chile, México, Brasil, Panamá, Argentina y Venezuela.

Con base en lo anterior, el país ha visto rendir el fruto de sus esfuerzos de consolidar la confianza de la inversión privada local e internacional, con la mejora de las calificaciones sobre la deuda externa otorgada por las tres calificadoras internacionales más grandes e importantes del mundo: Standard & Poor's (BBB-, otorgada el 16 de marzo de 2011), Moody's (Baa3, otorgada el 31 de mayo de 2011) y Fitch Rating (BBB-, otorgada el 22 de junio de 2011). En 2012, Standard & Poor's tomó la determinación de colocar la deuda colombiana en perspectiva positiva y el pasado 6 de marzo de 2013 fue el turno de Fitch Rating para subir la previsión de Colombia. Las tres calificadoras reconocen que Colombia cuenta con la habilidad para manejar los choques externos, presenta un incremento de credibilidad macroeconómica y mantiene un buen desempeño frente a la disciplina fiscal; además, concuerdan en que existe una mejora en las condiciones de seguridad que permiten que los proyectos que se adelanten no se vean afectados.

El proceso de promoción de la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, aunado al buen clima de inversión vivido en nuestro país en los últimos años, ha permitido la mejora del índice *Infrascope* (gráfico 4)⁴², medido por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el cual determina que para el año 2012, Colombia continua siendo la quinta economía entre los países de Latinoamérica con mayor capacidad para desarrollar e implementar proyectos de infraestructura con asociaciones entre el sector público y privado.

42 Índice de 19 países de América Latina y el Caribe que evalúa capacidad de desarrollar e implementar APP.

Gráfico 4: Indicador Infrascopio 2012



Fuente: Economist Intelligence Unit. Infrascopio Index 2010 – 2012.

El nuevo marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas (APP), establecido en la Ley 1508 de 2012, surgió como una herramienta para consolidar las condiciones propicias para que los resultados esperados en términos de infraestructura en el país se den de forma eficiente, sin contratiempos y sin sobrecostos.

3. ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA

En los últimos dos años el gobierno nacional ha concentrado sus esfuerzos en el desarrollo e institucionalización de un nuevo esquema para proveer la infraestructura necesaria para que el país encuentre las necesidades de producción y competitividad que busca y al mismo tiempo que el sector público pueda desarrollar sus funciones y/o prestar sus servicios a los ciudadanos con mayor eficiencia. Este se ha denominado el esquema de Asociación Público-Privada (APP), el cual se encuentra enmarcado en la Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones” y su Decretos Reglamentarios 1467 de 2012 y 100 del 2013, marco que fue impulsado y coordinado por la Dirección de Infraestructura y Energía Sostenible del Departamento Nacional de Planeación (DNP).

Las APP son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo por

parte del sector privado, de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o para la prestación de servicios públicos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel de utilidad de la infraestructura y/o servicio; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas.

Específicamente, el marco normativo de las APP busca generar estructuras contractuales para el desarrollo de infraestructura pública con el fin de proveer servicios públicos a largo plazo, donde confluyen el sector público y el sector privado, con beneficios tales como:

- Atracción de inversionistas privados de largo plazo que a través de sus diferentes estructuras internas o comerciales estén en capacidad de convertirse en el centro de gestión, organización y financiación de proyectos de infraestructura, de manera directa y/o a través de la contratación de diferentes actores, con el fin de llevar a cabo, según sea el caso, el diseño, construcción, operación y mantenimiento de dicha infraestructura pública.
- Acceso, a través de la relación contractual, a la capacidad de financiación, maximización del beneficio económico, capacidad gerencial, gestión e innovación que tiene el sector para el desarrollo eficiente de este tipo de proyectos de infraestructura, todo con el fin de que los usuarios del servicio sean quienes se beneficien de dichas capacidades y colaboración.
- Estructuración, durante el proceso de selección, de la relación entre las partes; de tal manera se puede hacer una distribución de riesgos adecuada, en busca de que los propios del proyecto estén en cabeza de quien tenga la mejor capacidad de asumirlos, administrarlos y gestionarlos.
- Optimización de los recursos del Estado, no solo basada en la capacidad del privado para la financiación de la construcción de la infraestructura física, sino también en la capacidad de gestionar, operar y mantenerla.
- Alineación de intereses entre el público y el privado, ya que el sector público no pagará al privado rubros provenientes de la construcción, sino que iniciará sus pagos con la disponibilidad de la infraestructura, situación que motiva al privado a construir eficientemente y en términos de calidad.
- Capacidad de lograr estándares de calidad en el servicio que se presta, ligados a la disponibilidad de la infraestructura, con la participación del privado, situación que a su vez redundará en la minimización de costos

del Estado, gracias a la eficiencia lograda a través del contrato.

- Generar modernización e innovación a través de la competencia que se da en los procesos de adjudicación, ya que al estar compitiendo en procesos de diseño y construcción se reducen los costos operativos, los plazos de entrega y se tienen mejores procesos de diseño, construcción y gestión de las instalaciones.

Para la obtención efectiva de beneficios que se buscan es necesario contar con proyectos adecuados y priorizados que atraigan la participación del sector privado; adicionalmente, es necesario un compromiso institucional en la voluntad de implementación de este tipo de proyectos de inversión de recursos, generación de oportunidades comerciales; todo de la mano de un apropiado marco legal y regulatorio que permita una adecuada contratación y resolución de conflictos.

4. ESPECIFICACIONES DEL MARCO NORMATIVO

Antes de la expedición del marco normativo de las APP, se presentaron dificultades como:

- Deficiente estructuración de proyectos, lo cual ha sido objeto de malas interpretaciones e incorrectos manejos, que permitieron aumentos significativos de costos durante su puesta en marcha.
- Falta de una objetiva asignación de riesgos en los proyectos, ya que es necesario definir quién debe asumir cada tipo de riesgos y quién es el más eficiente para hacerlo.
- Inestabilidad jurídica por la no definición de un marco de actuación claro y estable que incentive la inversión a largo plazo.

Uno de los problemas más relevantes en la ejecución de proyectos y que se espera resolver con el nuevo marco normativo de las APP, ha sido la asignación de incorrectos mecanismos de control; así mismo, la falta de apoyo en coordinación de temas como expropiación de predios y licencias ambientales; la no penalización de culpa por parte de las concesiones, lo que les permite despojarse de las responsabilidades suscritas al contrato inicial y aún más con las modificaciones pertinentes en un “otrosí” según sea el caso; la ausencia de correctos esquemas fiduciarios que contribuyan al control de los desembolsos y aplicación de fondos, no solamente en el periodo de construcción, sino también

durante el de operación. En el caso de contar con los estudios técnicos necesarios para la ejecución del proyecto, en muchas ocasiones se ha dejado de lado el impacto social y ambiental al no cuantificar apropiadamente estos ámbitos.

Adicionalmente, es claro que el país no ha aprovechado la concentración de ahorro de largo plazo en manos de las administradoras de fondos de pensiones y cesantías. Estos agentes cuentan con la liquidez y la necesidad de diversificar su portafolio e invertir en alternativas de largo plazo, con potencial de retorno superior al ofrecido por la deuda pública en que han concentrado sus recursos. Mensualmente reciben un monto de nuevos aportes que rodean los USD 200 millones, lo que representa una fuente de financiación determinante, con vocación de largo plazo por su naturaleza.

El nuevo enfoque normativo, definido de Asociaciones Público-Privadas en Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios 1467 del 2012 y 100 de 2013, busca dar solución a los inconvenientes propios de los proyectos de desarrollo de infraestructura. Específicamente el nuevo esquema pretende:

1. La transversalidad al aplicarse a todos los sectores tanto de infraestructura social como productiva,
2. La vinculación de inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera,
3. La Incorporación del concepto de pago por disponibilidad de la infraestructura y nivel de servicio que la misma presta,
4. Un régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas con incentivos a las mismas, adecuada estructuración optimizando la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos,
5. Modificaciones en el tratamiento presupuestal de las vigencias futuras de los proyectos APP con límites y procedimientos para su solicitud, y
6. El fortalecimiento de las capacidades institucionales al aclarar los roles y funciones de las entidades.

Entre las características del nuevo marco normativo se encuentran condiciones en la ejecución de los proyectos que permiten conciliar adecuadamente los intereses públicos y privados, de tal forma que estos se alineen en busca de un oportuno y eficiente cumplimiento del objeto contractual.

Lo anterior es posible al establecer que la retribución al contratista privado no dependa de avances de obra ni de etapas contractuales, sino del **cumplimiento de niveles y estándares de servicio**, con clara ventaja para los ciudadanos, que

son los beneficiarios de la disposición, por cuanto el contratista no recibirá pagos o compensaciones hasta que la infraestructura se encuentre disponible o en servicio, esto supone que no hay anticipos de recursos del Estado. Con este mecanismo, se pretende que el privado construya más rápidamente y con criterios de calidad, pues solo recibirá sus pagos cuando esté disponible la infraestructura y tendrá menos costos de mantenimiento por el uso de materiales de calidad.

Otro factor incluido en el marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas es la consideración de ejecución de proyectos de largo plazo que por su naturaleza requieren un amplio período para que los inversionistas puedan obtener la tasa adecuada de rentabilidad sobre su inversión, buscando en todo caso la mayor eficiencia en la utilización de los bienes y recursos públicos. De esta manera, se establece en el artículo 6° de la Ley 1508 de 2012 un plazo máximo para su ejecución de 30 años incluyendo prórrogas, y cuando se justifique un mayor plazo el proyecto deberá ser presentado al Consejo de Política Económica y Social (Conpes).

Cabe resaltar que en países como España se tiene un plazo máximo de 40 años para la ejecución de este tipo de proyectos, en cambio en Estados Unidos, los proyectos pueden tener un plazo máximo de hasta 99 años. Con respecto a países en desarrollo y con situación económica similar a la de Colombia, se evaluó el caso chileno, que permite hasta 50 años, o el caso peruano, que permite hasta 60 años, teniendo buenos resultados en el desarrollo de su infraestructura en los últimos años.

Por otro lado, uno de los temas que ha sido cuestionado respecto de los contratos de concesión en Colombia son sus adiciones y prórrogas. El marco normativo actual de las APP, limitó las adiciones en plazo y recursos públicos a un 20% máximo, lo cual pretendió cerrar la posibilidad de falta de transparencia en licitaciones públicas, en las que algunos contratistas podrían ofertar a pérdida pensando en tener la posibilidad de recuperarla, con adiciones futuras de recursos públicos.

Estos cambios normativos buscan lograr un esquema de disponibilidad del servicio y con transferencia de riesgos, en el cual al sector privado se le generan los incentivos adecuados para hacer los mejores esfuerzos de no presentar desviaciones respecto de lo pactado inicialmente con el sector público. Así mismo, se observa que a través de la integración de los distintos servicios que se pueden ofrecer en un solo proyecto, se generan economías de escala y un ámbito que estimula la innovación por parte del sector privado con el fin de encontrar la mejor solución a un requerimiento, con miras a reducir costos y aumentar la calidad y el nivel de eficiencia. Con este marco se espera que el resultado final

sean las mejoras en la calidad del servicio prestado por parte del sector público y en la imagen del Estado ante la ciudadanía.

En relación con los proyectos de APP de origen privado, se establece la posibilidad de que los particulares puedan estructurar proyectos de infraestructura o prestación de servicios públicos, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración para su presentación al Estado a través de la entidad estatal competente.

Cuando se trata de iniciativas privadas se proponen dos tipos de incentivos al originador de la propuesta, que dependen de la solicitud que este realice respecto de la necesidad o no de solicitar desembolsos de recursos públicos. Cuando el originador de la propuesta requiere desembolsos de recursos públicos⁴³ para la ejecución del proyecto se propone un mecanismo mediante el cual se le asigna una bonificación entre el 3% y el 10% sobre su calificación final en el proceso de licitación, para compensar su actividad previa. Para evitar que se pretenda inducir el uso indiscriminado de recursos públicos, se establece que en esta clase de proyectos los desembolsos de recursos públicos no podrán ser superiores al 20% de la inversión total requerida para su ejecución.

Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, en la etapa del “arreglo de condiciones” con el originador, se tasaré el valor de los estudios realizados por el privado. Luego, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un incentivo a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta, de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada.

43 Los desembolsos de recursos públicos a los que hace referencia la Ley 1508 de 2012 se entienden como erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros fondos públicos, tales como el Sistema General Regalías. Para los efectos previstos en la Ley 1508 de 2012, los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos.

5. QUÉ SE ESPERA A FUTURO

El gobierno nacional busca impulsar el uso de un nuevo esquema de gestión de proyectos en el marco de las Asociaciones Público-Privadas (APP), que propenda por el desarrollo de infraestructura, mediante el uso de mejores prácticas internacionales, lo que ha generado la búsqueda constante de esquemas que puedan ser utilizados y aplicados en la realidad colombiana para desarrollar este tipo de proyectos.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” resalta la importancia de vincular de manera activa al sector privado, no solo en materia de inversión, sino también en el proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que evocan los distintos sectores de infraestructura, tanto productiva como social, para alcanzar las metas que se plantean en materia de desarrollo.

Como se ha hecho énfasis anteriormente, la vinculación del sector privado permitirá mantener un elevado ritmo de desarrollo de infraestructura sin impactar la deuda pública, ahorrar recursos públicos en un horizonte de largo plazo vía una eficiente transferencia de riesgos, responder a las necesidades de las comunidades y de los distintos niveles de la administración pública, tanto del orden nacional como departamental y municipal, en términos de financiamiento alternativo para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios, contribuir con el desarrollo del mercado de capitales colombiano y alcanzar una mayor dinámica en los procesos de innovación, tanto en el diseño y la construcción como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados, generando bienestar económico y social a la población a través de una mejor y más amplia dotación de infraestructura pública y de los servicios públicos.

Lo anterior es un proceso que ya ha iniciado en nuestro país y que se puede apreciar en las fuertes sumas de inversión privada que se han destinado al desarrollo de infraestructura pública. Sin embargo, pese a los logros alcanzados a través de estas inversiones, en el Plan Nacional de Desarrollo se evidencia la necesidad de trabajar sobre una mejor estructuración de proyectos, desarrollar y fortalecer capacidades institucionales para el análisis, orientación y evaluación de alternativas de participación privada en el desarrollo de infraestructura, establecer criterios de selección de alternativas de provisión de infraestructura, profundizar en el diseño de esquemas de financiamiento que promuevan el uso del mercado de capitales por parte del sector privado para la financiación de

proyectos, ampliar el espectro de esquemas de participación privada para el desarrollo de infraestructura en sectores sociales y para la modernización de infraestructura pública de uso institucional.

Existe el reto de generar una institucionalidad adecuada que permita alinear los intereses tanto del sector público como privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura. Por lo anterior, resulta importante robustecer la capacidad institucional del gobierno en la implementación de proyectos que se desarrollen por medio de esta vía. Lo anterior, por medio de una difusión continua del mecanismo de Asociación Público-Privada entre las entidades gestoras de proyectos, tanto de nivel nacional como territorial, de tal manera que la implementación de proyectos obedezca a políticas y metodologías con criterios unificados en beneficio de los intereses del Estado.

Hay conciencia de la necesidad de desarrollar una infraestructura de mayor escala, que proyecte al país hacia la mayor integración comercial. Esto abre la posibilidad de pensar en que se incluya otro tipo de agentes, tales como los fondos de pensiones y cesantías que operan en el país, los cuales resaltan las manifestaciones de importantes fondos de capital privado y que por naturaleza ofrecen la combinación de fortaleza financiera y alineamiento de incentivos para ejecutar eficientemente la inversión.

En línea con lo anterior, partiendo de la base de la guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público-Privada desarrolladas conjuntamente entre el DNP y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), se hace necesario evolucionar a una segunda fase de las mismas, para lo cual es necesaria la elaboración de guías metodológicas de mayor detalle para la preparación y evaluación de proyectos que apoyen la labor llevada a cabo por las entidades estatales en Colombia.

En relación con la aprobación de la justificación sobre la modalidad de ejecución de los proyectos que presenten las entidades gestoras de proyectos actualmente existe una metodología de naturaleza eminentemente cuantitativa (comparador público-privado – valor por dinero) que apoya esta labor. No obstante, teniendo en cuenta que la puesta en ejecución de una APP involucra siempre un escenario complejo, no solo desde la perspectiva de la gestión, financiamiento o de la valoración económica, sino también por los impactos que supone al entorno institucional, político, social, ambiental, organizacional y hasta cultural, se están adelantando los estudios correspondientes para llevar a cabo la implementación de una metodología con pluralidad de criterios, basada en un proceso jerárquico analítico, la cual será implementada próximamente por el DNP.

Así mismo, se requiere la administración de un registro único de este tipo de iniciativas público-privadas para el conocimiento público de los proyectos implementados a través de esquemas APP, con el objeto de llevar un control de los originadores, así como de los proyectos por parte de las entidades estatales competentes. Para ello, el DNP implementó un mecanismo electrónico para el registro único de los proyectos desarrollados a través de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP).

6. BIBLIOGRAFÍA:

- Exposición de motivos ante el Senado de la República de Colombia. Proyecto de Ley 160 del 2011 (Ley APP).
- Marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas. Ley 1508 del 2012, Decreto 1467 del 2012 y Decreto 100 del 2013.
- Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe. Guía del Índice y Metodología. Infrascopes Index 2010 - Infrascopes Index 2012. Fondo Multilateral de Inversiones. Banco Interamericano para el Desarrollo. Economist Intelligence Unit.
- Schwab, Klaus. Sala-i-Martin, Xavier. Reporte de Competitividad Mundial para los años 2012–2013. Foro Económico Mundial.
- Banco de la República de Colombia. Flujos de Inversión Extranjera en Colombia 1994-2012. http://www.banrep.gov.co/series-estadisticas/see_s_externo.htm#flujos

LA LEY DE APP Y LA INFRAESTRUCTURA VIAL

DIANA BERNAL*

**Abogada egresada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho administrativo, con estudios de profundización en gerencia política y mecanismos alternativos de solución de conflictos. Se desempeñó como coordinadora jurídica de la Cámara Colombiana de Infraestructura, directora del proyecto de contratación pública del Departamento Nacional de Planeación, DNP y actualmente se desempeña como gerente jurídica de estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura.*

Ya sabemos lo que son las Asociaciones Público-Privadas (APP), las cuales han generado bastante inquietud por parte de todos porque se torna una novedad a raíz de la expedición de la nueva Ley 1508 de 2012. En el exterior se dice que al implementar Colombia las APP, ahora es pionera,... pero no es así porque Colombia lleva una historia de más de veinticinco años con una APP muy famosa, un poco mal nombrada en los medios de comunicación y mal entendida, que es la APP de concesión, entonces llevamos una historia recorrida, un camino que nos ha dejado muchas lecciones positivas e historias un poco negativas, pero todo esto trató de recogerse en la Ley de APP para abrir espacios a las concesiones, como uno de los esquemas de asociaciones público-privadas que comenzaron a implementarse en nuestro país desde 1994.

Las concesiones que hay a nivel nacional por las carreteras son las que hemos llamado de primera, segunda o tercera generación, según las condiciones con que fueron creadas en el desarrollo político que las rodeó. Entonces, cuando el Estado tomó la decisión de comenzar a hablar de instrumentos de vinculación de capital privado, comenzó la primera generación de concesiones viales, ya vamos por la cuarta, pero en esa primera se tuvieron otras condiciones especiales, el Estado estaba comenzando a trabajar en las Asociaciones Público-Privadas, no tenía total conocimiento de cómo iba a hacer este traslado de riesgos y cómo se iba a asociar con el privado; todos los que somos abogados vimos que el contrato estatal era el celebrado entre el Estado y un particular, en el cual este prestaba servicios o daba un bien al primero, que a su vez satisfacía sus necesidades, así como lo dispone el artículo 5 de la Ley 1150 del 2007; pues bien, este esquema es distinto porque no solo se apoya en el particular para que preste un servicio o suministre un bien, sino que se asocia con él y su capital para obtener beneficio mutuo en proyectos de una magnitud especial que por regla general tienen un objeto complejo porque así lo dice la ley que define este tipo de asociaciones como aquellas que se dan para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados.

Estamos ante la presencia de contratos de objetos complejos en los que el particular no solamente construye sino que provee de acuerdo con las modalidades y también apoya en la administración, en la operación y un elemento que es fundamental en este tipo de contrataciones es que la retención y transferencias de riesgos se divide entre las partes; en este caso se evolucionó en la transferencia de riesgos a los particulares.

En la primera generación de concesiones tuvimos contratos donde el Estado prestó una amplia cantidad de garantías. Era un contrato nuevo porque no había suficiente estructuración ni tiempo para estructurar por parte del Estado y el par-

titular se estaba aventurando en una historia que no sabía bien cómo iba a terminar. Ya pasando la segunda generación de concesiones comenzó y tuvo una muy corta duración, fue en 1997, y solamente tuvo dos concesiones, porque el Estado se siente mas preparado y en la política que se encuentra detallada en el Conpes 3045 y en el Conpes 3107 se escribe un poco cómo va esta transición, pues en la primera generación de concesiones se les pedía a cambio del traslado de riesgos un apoyo muy fuerte en estructuración de los proyectos. Ya en la segunda generación de concesiones las garantías se reducen; había un camino recorrido, una lección aprendida, luego las garantías no eran directas.

En principio la primera generación, por ejemplo, cuando nos encontrábamos con un proyecto de infraestructura vial teníamos que se adjudicaba por medio de licitación pública, pero no existía la suficiente cantidad de estudios que permitieran dar claridad sobre el tráfico que iba a pasar por esa vía porque históricamente no se había hecho un estudio detallado. Por ende, el Estado decía: si no se cumplen las estimaciones de tráfico yo le compenso, le doy el excedente, porque se está animando en una aventura en la cual los dos somos pioneros.

Ya en la segunda generación no se habla de garantías tan fuertes; se cambia la denominación de poder hacia una de plazo, ya se dice: no le voy a pagar lo que le haga falta sino que podemos ver qué cambios o que variaciones de plazo podríamos tener para que, como colaborador de la administración que es, no resulte perjudicado en la ejecución del proyecto.

Finalmente, tenemos la tercera generación de concesiones que viene a desarrollarse más o menos hacia finales de 1999, en la que hay una mayor transferencia de riesgos, un mayor nivel de información, los documentos de política económica y social tienen una relación directa entre la información y el riesgo, al particular solamente le dan estos riesgos con la plena seguridad de que los sabe administrar; tiene la suficiente información para ello. Hemos visto varios laudos que se van profiriendo más o menos hacia 2004, 2005 de la primera generación de concesiones, donde observamos que se condena a la administración, pero si hay transferencias de riesgos, si estamos en una asociación con el particular, si este es un esquema moderno ¿por qué se condena a la administración? Realmente la respuesta, más allá de temas técnicos que vienen a analizarse en cada uno de los laudos, es que en general se condenaba a la administración por no hacer una transferencia adecuada de los riesgos, no tenía las condiciones para poder administrarlos, ni suficiente información o capacidad de hacerlo.

Es el caso de la transferencia de los riesgos geológicos, en la cual en la primera generación se hicieron unos que finalmente en laudos arbitrales fueron

reconocidos como no transferencias porque no tenía en su momento el concesionario la suficiente información para prever la magnitud del acaecimiento de los riesgos para definir si se presentaba o no una licitación pública para la adjudicación de uno de estos contratos o simplemente porque el riesgo se desbordó. En esta clase de contratos y ahora en todos tenemos la obligación de hacer la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles y esta asignación se hace hasta un límite que es el de la previsibilidad. Hay ciertas circunstancias que aunque se haga el esfuerzo, se haga el ejercicio metódico, organizado e interdisciplinario, básicamente desborda la posibilidad de previsión y al hacerlo se genera el rompimiento del equilibrio económico de los contratos, generando todas las controversias que bien conocemos.

Hablando un poco más sobre la ley y tratando de entender un poco y aterrizando las Asociaciones Público Privadas a la infraestructura vial, desde la Constitución de 1991 se comenzaron a abrir espacios para que se presentaran estas en proyectos de infraestructura y servicios públicos; la Constitución dio el mandato de liquidar entidades públicas monopolistas y en servicios públicos también se presentó el fenómeno de privatización de alguna parte de la banca, donde no estamos ya en presencia de una Asociación Público-Privada, sino de una sesión de los activos del Estado al sector privado. También se hicieron condiciones generales para la participación de las concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas; las portuarias no están incorporadas en la Ley 1508, pues las Asociaciones Público-Privadas de puertos tiene una reglamentación especial que es la Ley 1 de 1991. La Constitución también habló de sectores, como telecomunicaciones y energía, en desarrollo de las consecuencias de las generaciones de que se ha venido hablando, junto con la experiencia internacional que trae excelentes resultados en el Reino Unido, Chile y Uruguay, pues se evidenció la necesidad de trabajar en Asociaciones Público-Privadas que facultaran una mejor estructuración de los proyectos.

En el Estado tenemos una disyuntiva permanente y es en qué punto podemos entender que está bien estructurado un proyecto vial, un proyecto de gran magnitud vial. Pues bien, la experiencia externa nos dice que un proyecto que puede estar bien estructurado con predios y licencia ambiental adquiridos demora cerca de cinco años y nos enfrentamos a la realidad jurídica y política y es que el gobierno nacional dura cuatro años; entonces tenemos la mejor intención de estructurar pero también se desea ejecutar, se desea mejorar. Los mandatarios en general siempre prometen, buscan el mejoramiento de las condiciones de la ciudadanía y de la población en general, luego ¿qué podemos hacer en periodos presidenciales de cuatro años en proyectos que se pueden

estructurar total y completamente en cinco?, necesitamos apoyo, colaboración y qué mejor que el sector privado que es quien conoce el mercado, quien vive el mercado, quiere la utilidad y busca las mejores condiciones con sus iguales para poder ayudar a la administración en esta clase de situaciones.

¿Por qué no se entregan estos proyectos con la licencia ambiental? Pues si el Estado tiene que cumplir con las condiciones y exigencias que le da la ley, que le da la reglamentación de la maduración de los proyectos, reglada vía Estatuto Anticorrupción, bajo la obligación clara para las entidades de hacer una adecuada maduración de los proyectos en esta clase de concesiones y pues en general en cualquier forma de contratación, también tiene que repartirse el trabajo entre lo privado y lo público; el Estado debe y puede a través de esta nueva Ley de APP hacer una estructuración básica, a nivel de pre factibilidad y factibilidad, como lo indica la norma, siendo la factibilidad un nivel de ingeniería avanzado y se dejan para la ejecución del contrato de concesión ciertas actividades que son propias de este tipo de contratos de objeto complejo: el llevar los estudios a un nivel de detalle fase tres; la culminación de la consecución de la licencia ambiental que es producto de estos estudios y diseños fase tres, la adquisición total de los predios, en fin, estas APP para la infraestructura vial demuestran una gran oportunidad de acompañamiento y un apoyo en la estructuración de los proyectos.

Cuando tenemos una iniciativa privada, el Estado acompaña al originador de la iniciativa en el desarrollo de su estructuración, cuando tenemos una APP de iniciativa pública, el Estado asume la estructuración técnica, legal y financiera de base y a partir de ahí deja en manos del particular la terminación y el cierre de la maduración del proyecto con unas condiciones especiales.

Esta ley también buscó, según la exposición de motivos, desarrollar y fortalecer la capacidad institucional para el análisis de la participación público-privada. El Inco, que era el Instituto Nacional de Concesiones, pasó a ser una Agencia Nacional de Infraestructura, que es una entidad de carácter técnico y básicamente se encarga de la estructuración de las APP de iniciativa en tema de infraestructura de transporte, desarrollo y seguimiento a las iniciativas privadas que se presenten por competencia ante esta entidad. Esta ley no solo impone el reto del fortalecimiento de entidades estructuradoras sino que dejó claro el rol fundamental que ya tenía por ley el Departamento Nacional de Planeación de apoyar el análisis de la política, la verificación y evaluación de la metodología del comprador público y privado. Esta metodología que apoya el análisis y la conclusión de si finalmente lo que se debe hacer para la protección del interés general es una Asociación Público-Privada o una obra pública, también busca pro-

fundizar en esquemas de financiamiento que promuevan el mercado de capitales, como decía el doctor Jean Phillipe, la ley nos cambia el chip; en la contratación general evaluamos la experiencia, la capacidad jurídica, financiera y de organización, esto lo dice la Ley 1150 de 2007 en su artículo 5, pues nos da la vuelta a las Asociaciones Público-Privadas para volverlos un negocio financiero, un negocio en el cual el esquema del financiamiento, la posibilidad y la necesidad de promover mercados de capital se vuelve una realidad. ¿Por qué? Porque la Ley 1508 define que los requisitos habilitantes para este tipo de contratos ahora son la capacidad jurídica, financiera o de financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, por ende en las Asociaciones Público-Privadas se deben tener en cuenta dos roles fundamentales, por un lado, la necesidad de buscar un contratista que cumpla con unos requisitos habilitantes, ya no enfocados a la experiencia técnica, que es lo que debemos hacer en nuestra contratación normal, sino que garantice que puede financiar y mantener la sostenibilidad económica del contrato, por otro lado, a la vez tenemos que regular cuando nos vemos ante un contrato de Asociaciones Público-Privadas, tenemos que dar una regulación muy importante al esquema de financiamiento.

Según la magnitud de los proyectos que hacemos de infraestructura vial, es absolutamente difícil y complicado que llegue alguien solo, que llegue una persona natural o jurídica buscando qué hacer con trescientos millones de dólares, en estos casos generalmente financieros, la banca juega un rol fundamental, por eso es que en esta clase de contratos se encuentran cláusulas atípicas, entre otras, la posibilidad de asunción, por parte de los prestamistas, de la ejecución del contrato, es como se puede garantizar que quien se animó a financiar el contrato lo hace con las garantías de que no se van a perder sus recursos; que va a obtener una rentabilidad y un retorno en su inversión, entonces en esta clase de negocios es muy importante poder revisar la responsabilidad de esquemas de financiamiento, incluir garantías a los prestamistas, regular las condiciones en que el prestamista puede tomar el liderazgo y asumir la ejecución del contrato por sí mismo o a través de un tercero, dependiendo de lo que quiera, pero básicamente que se cumpla lo que el Estado quiere y es que se de una ejecución armoniosa del contrato; que se cumpla con el proyecto para el cual está hecho en la agencia nacional, pues estamos preparándonos para poner a disposición del público la posibilidad del mercado de capital; se van a abrir procesos por un valor cercano a los cuarenta billones de pesos, como lo alcanzó a decir el Director de Infraestructura de Planeación.

Entonces, bajo esa línea, cualquier medida financiera o financiamiento, apalancamiento de la inversión, es muy importante para poder garantizar no

solo la colocación del contrato en el mercado sino también la ejecución armoniosa del mismo. Para eso teníamos un nuevo marco normativo y esta ley buscó a nivel general condiciones adecuadas e incentivos correctos para los inversionistas, un poco de esto es la referencia que hacía Jean Phillipe al tema de la disponibilidad de infraestructura.

Anteriormente, cuando íbamos a una ciudad intermedia surgía la pregunta de la fecha en que se habrían de terminar las obras por los concesionarios, quienes ya habían recibido su paga, ante esto básicamente la disponibilidad de infraestructura es un incentivo que se considera muy adecuado y que esperamos sea un éxito; es la referencia que se mencionaba sobre la sesión del derecho de retribución, cuando solamente se tiene la disponibilidad de infraestructura. El decreto establece que se puede dividir el proyecto en unidades funcionales que tengan unas condiciones específicas y en relación con esas unidades funcionales solamente se van generar pagos por el acaecimiento del derecho de retribución, cuando tengamos la disponibilidad de infraestructura, pero el decreto también la define como aquella que se materializa cuando tenemos estándares de calidad y niveles de servicios en este tipo de contratos; pues tenemos contratos de objeto complejo, los cuales queremos trabajar no solamente en la construcción sino en el mejoramiento, operación, administración, prestación de servicios, donde no vamos solamente por tener el pedacito construido sino cuando ostenta ciertos niveles de calidad, que la hemos considerado muy ligada al cumplimiento de estándares técnicos y manuales que definan la calidad del material de insumo de procedimientos constructivos y de condiciones mínimas para poder cumplir el objeto.

Los niveles de servicio, como su nombre lo dice, tienen que ver con el servicio que se le va a prestar al ciudadano, entonces, en el contexto vial se relaciona con una adecuada señalización, que se pueda cumplir con las velocidades de diseño en un lapso determinado, en fin, tenemos entonces ahora el reto estructural, proyectos que son a veinte o treinta años en general, pero en los cuales vamos a tener la garantía de que solamente se van a desembolsar recursos al inversionista, vía peajes o vía nación, cuando cumpla con unos estándares.

De Chile tenemos que explorar temas como la solución de controversias y la protección al acreedor y volvemos al tema de los prestamistas; de Uruguay se han implementado esquemas muy interesantes de los cuales se pueden tomar muchos ejemplos para quienes quieran iniciar en esta vía, el tema de asignación de riesgos. Uruguay ha sido ejemplo de cómo deben asignarse los riesgos a los contratistas. Tenemos cuatro tipos de Asociaciones Público-Privadas que están por explorar pero en Colombia solamente se ha utilizado el contrato de conce-

sión. Estas cuatro son las más conocidas a nivel internacional, sin perjuicio de que existan quince, veinte o treinta más; este tema ha sido bastante elaborado en el exterior.

¿Cómo puede hacerse un contrato de APP de prestación de servicios? Cuando el Estado mantiene la propiedad del servicio pero da al particular la posibilidad de que lo preste exigiendo un nivel de servicio específico y teniendo una repartición de riesgos básica, estamos frente a un contrato de mantenimiento de carreteras, por ejemplo, donde no se construye sino que simplemente se presta un servicio y se mantienen en un nivel estándar las carreteras; se ha visto la utilización de los contratos de administración más que todo en sectores penitenciarios, donde la prestación y operación de un bien se da a un agente privado pero no se cede la función del mismo; en tema de cárceles no podemos hablar de una sesión de la vigilancia y custodia de los reclusos aunque también existe la posibilidad de los riesgos compartidos.

El contrato de concesión, que es el más utilizado en temas viales, está regulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el cual hay una sesión, una concesión a un privado para prestar, operar, explotar, organizar o gestionar un bien o un servicio público.

Este artículo nos abre una amplia gama de posibilidades que solo tienen límite en la imaginación para hacer contratos de tipo complejo, que permitan dar la posibilidad de gestionar la infraestructura y cumplir con lo que nos dice la norma, y es que lo que se busca es el cumplimiento y la satisfacción del interés general. ¿Esto a cambio de qué? Pues de una remuneración que puede consistir en derechos, tasas o tarifas, ya la Ley 1508 aterriza esta definición en el derecho de retribución que tenemos y el APP puro que se encarga de la construcción, operación y mejoramiento de un bien, más común en temas de hospitales.

El análisis del comprador público-privado es esencial en este tipo de proyectos para infraestructura y para el tema vial, pues todo nace cuando se quiere hacer una vía; tenemos que unir el punto A con el punto B y el gobierno empieza a analizar la posibilidad de hacerlo; en este caso tenemos que elaborar y trabajar.

El Estado tiene dos posibilidades de llegar del punto A al punto B o a un contrato público normal, un contrato de obra en el cual el Estado retiene la mayor cantidad de riesgos y paga un valor menor, pero a esto tienen que adicionarse valores o consideraciones económicas amplias ¿Qué es el valor por dinero? Es el resultado de la comparación del valor presente de los costos, directos e indirectos, ajustados por riesgo.

PROBLEMÁTICAS DE LAS APP

SANDRA VERANO*

**Abogada de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en derecho comercial de la misma universidad, con curso en constituciones públicas comparadas en el Instituto Universitario de Estudios Europeos en Torino (Italia). Tiene doctorado de la Universidad Externado de Colombia de la Facultad de Derecho; es abogada litigante, asesora independiente en materia de contratación pública; ha sido asesora jurídica externa en materia de concesiones para el Ministerio de Transporte; coordinadora de investigación adelantada por la Universidad Externado de Colombia para el Ministerio de Comercio Exterior “estrategia de negociación para el libre comercio de las Américas ALCA”, asesora jurídica externa en materia de contratación para las Empresas Públicas de Cundinamarca, para el departamento de Cundinamarca, para la Auditoría General de la República, la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Gobierno, para la Empresa Promotora de Salud Convida, para la Fiscalía General de la Nación y el Sena, fue directora general encargada y secretaria general de la Superintendencia de Notariado y Registro; directora, secretaria general, jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Transporte Intra y docente de la Universidad Externado de Colombia.*

El primer planteamiento a realizar es la suficiencia en la adopción de las APPS en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, si fue suficiente esta reglamentación, teniendo en cuenta también la expedición del Decreto Reglamentario 1467 de 2012; el segundo punto es si la ley previó el uso de los denominados contratos estandarizados anunciados por la Agencia Nacional de Infraestructura, como un mecanismo que permita flexibilizar este tipo de asociaciones y el tercero es si la ley aborda el tema denominado diálogo competitivo, usado en otras latitudes como Chile, y las mismas concesiones y Asociaciones Público-Privadas que vienen tomadas del modelo inglés.

Frente a lo primero, quedó limitada la ley por la expresión no castiza “Concepcionalización”, que nos permite entender el tema. Lo que se hizo fue una extensión de un contrato que ya teníamos regulado, el de concesión, se identificaron unas problemáticas en las diferentes generaciones de concesiones en infraestructura y en la desafortunada ejecución de los diferentes contratos; de las 25 concesiones vemos varias detenidas y básicamente por un tema de la distribución de riesgos, sin dejar de mencionar que muchas de ellas están en tribunales de arbitramento y según estudios de la Universidad de los Andes, el 60% de los tribunales condenan al Estado.

Al decir que las APPS son una concepcionalización o una extensión del contrato de concesión, se fundamenta en que la ley tomó los tres elementos que ya existían y que son los tres esenciales y típicos en el contrato de concesión como la vinculación de capital privado, que no es nuevo como tampoco lo es el tema de las iniciativas privadas, establecido en el párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80. Es decir que las iniciativas privadas ya las teníamos desde el año 93, y es más, teníamos decretos reglamentarios de las iniciativas privadas. Lo que hizo la ley de las APPS fue derogarlas y normalizar muchas de las problemáticas de las concesiones y hacer también extensiva la iniciativa privada, de ahí que la incluyó.

El segundo elemento es la transferencia de riesgos, otro punto esencial y finalmente la remuneración de los concesionarios a través del derecho de explotación económica de la actividad desarrollada, es decir esos tres elementos esenciales hoy caracterizan las Asociaciones Público-Privadas que fueron tomados de la ley de concesiones o del contrato de concesión y las hicieron extensivas a las APPS; de ahí que en el artículo 2 de la Ley 1508 de las APPS las concesiones son un esquema o una modalidad de los contratos de APP o de la modalidad de asociación de APP.

No se pretende hacer un ejercicio destructivo de la Ley 1508, pero merece la pena mencionar que mientras el Estado considera que instituyó un nuevo modelo asociativo de inversión, lo que realmente hizo el legislador fue una

regulación del contrato de concesión, necesaria sí pero insuficiente. Lo anterior se evidencia solamente de artículos leídos de la Ley APP.

El artículo 6 se refiera a la política de adiciones y prórrogas, en los artículos 7, 13, 18, 21 están los requisitos de la apertura de selección de contratistas en los que se vayan a ejecutar proyectos a través de las APP; se reglamentó o se reguló también el tema de criterios para darle cumplimiento al proceso de selección objetivo de contratistas, la novedad de la creación del nuevo registro, esta vez administrado por el DIEP en que se van a incluir APPS en trámite y otras que el gobierno considere importantes.

El trámite y aprobación de vigencias cuando haya lugar, la subsunción de las concesiones como una modalidad de APP en su artículo segundo y en general el proceso que desee surtir para la elección de contratistas, el cual depende de la naturaleza, si es una iniciativa pública o una iniciativa privada, todos estos elementos reseñados son situaciones que requerían de una intervención del legislador frente a los problemas constantes que ya venían presentándose en el contrato de concesión, de ahí que cuando nos hablen de contratos de concesión de primera, segunda y tercera generación no es nada diferente a ir corrigiendo un problema gravísimo en las concesiones como el ajuste de distribución del riesgo, es decir que en la primera generación había una forma especial en la distribución del riesgo.

La segunda lo que permite es mejorar esa distribución y cuando pasamos a la tercera, lo que quisimos fue aun visualizar mucho mejor la distribución de riesgo entre las partes y estamos esperando cómo va a iniciar el proceso de cuarta generación; todos estos puntos son situaciones que requerían una intervención del legislador frente a los constantes problemas que venían presentando las concesiones, de ahí que cataloguemos las medidas como necesarias pero no suficientes.

La calificación de insuficientes viene dada por una visión limitada que se tuvo de las APPS al momento de su configuración normativa en el país, esos tres elementos por los cuales decimos que son “concecionalizadoras” en el tema de que exista capital privado, derecho a la explotación económica como retribución a la actividad desarrollada por el sector privado y la necesidad de la llamada gestión del riesgo, distribución del riesgo, eran temas que ya estaban tratados en el contrato de concesión.

Miremos la vinculación de capital privado. Desde el propio artículo primero de la Ley 1508 se perfiló lo que para Colombia constituirían las APPS, pues es allí donde se señala la inminente necesidad de la vinculación de capital humano como rédito determinante.

Entendidas en forma general las APP, pueden estar comprendidas en contratos donde no haya aporte privado, si se revisan los modelos asociativos en el Reino Unido o los estudios publicados por el Consejo canadiense de Asociación Público-Privada, nos damos cuenta de que hay muchos modelos de APP que no vinculan capital privado, luego parecería en este sentido que se reduce, se limita o condiciona su aplicación a figuras estrictamente donde haya capital privado, no así cuando el aporte sea en conocimiento, tecnología, capacidad técnica, bienes, acreencias, dado que solamente se habla de capital privado.

Nuestras APPS se presentan únicamente cuando el privado aporta recursos en dinero, lo que suele ocurrir en contratos de concesión. Insistimos que ello no representa un problema por sí mismo, no obstante que es uno de los elementos diferenciadores propios de los contratos de concesión; merece la pena resaltar cómo el proyecto de ley presentado por el gobierno nacional contenía un artículo primero sustancialmente diferente al que quedó aprobado por el Congreso de la República, donde no se contemplaba la vinculación de capital privado como elemento individualizador característico de las APP.

Fue entonces durante el trámite legislativo donde se modificó el texto para llegar a la adopción de la existencia de capital privado y así estaba redactado el artículo en el proyecto de ley para la presentación ante el Congreso: “Artículo primero. *Ámbito de aplicación.* La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales decidan hacer uso de los instrumentos establecidos en la presente ley, mediante los cuales encargan a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura de sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán (sic) la operación de mantenimiento de dicha infraestructura; también podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicio públicos, es en estos contratos que se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de dicha infraestructura o servicios, en las condiciones que se pacten por el tiempo que se acuerden con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. El contrato resultante se regulará por lo dispuesto en la Ley 80 en lo no regulado por la presente ley.”

Ese es el artículo primero del proyecto de ley como se evidencia en el texto citado, la intención inicial del gobierno no se fundaba exclusivamente en la vinculación de capital privado ni tampoco en que este fuera un elemento determinante, categórico, individualizador de las APPS; lo que existía en el proyecto de ley como elemento determinante de este convenio cooperativo fue otro de los elementos identificadores y esenciales, propios de las concesiones, el derecho propio de la explotación económica de la infraestructura o servicio como

retribución al privado por la actividad desplegada que está en el artículo 3° de la Ley 1508, un elemento quizás más definitivo que la vinculación del capital privado, que perfila a las APPS como una extensión del contrato de concesión, el derecho a la explotación económica del bien.

La explotación es el derecho que el Estado otorga al contratista para que gestione la obra o el servicio y derive de allí los recursos para su pago, es decir que se retribuya la actividad que realiza, pues para el contratista el lucro es el principal motor de su actuación; usualmente el derecho de explotación permite cobrar derechos al usuario del servicio que normalmente consisten en peajes o tarifas, como ocurre en el caso de las concesiones de infraestructura vial, no decimos que es el único mecanismo de remuneración en el tema de peajes y tarifas pero sí el mayormente usado; el derecho de explotación es un elemento definidor del contrato de concesión, especialmente el de obra pública.

Por ser un tema pacífico para la doctrina nos será suficiente con señalar que sumado a la necesidad de capital privado, es un elemento de la concesión el derecho de la explotación económica que se le otorga al contratista privado para que pueda estructurarse una APP en nuestro país, así como la transferencia de la responsabilidad de esa explotación y los riesgos que acarree al inversionista privado; pero puede que el Estado asuma el coste de explotación a fin de aminorar el precio que paga el usuario.

En efecto, quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio en contrapartida por las obras realizadas, siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación, que es el elemento determinante en los contratos de concesión y básicamente lo que se quiere hacer en el tema de las APPS.

El tercer elemento de talla mayor frente al tema que nos ocupa es el tópico del riesgo, asunto que es tratado en la ley de manera puntual en cuatro artículos. Podemos mirar el artículo primero, el cuarto, el once, numerales 4 y 5 y el artículo catorce inciso 4. El artículo 4 señala que las APPS son instrumentos que se materializan en contratos “Que involucran la retención y la transferencia de riesgos entre las partes”, el artículo 4 dice que las APP deben contar con una asignación eficiente de riesgos atribuyendo cada uno de ellos a la parte que mejor pudiera manejar o administrar.

En nuestro concepto una frase vacía de contenido, gélida, en la medida en que no dice el procedimiento exacto en que deben las partes gestionar explícitamente el riesgo, no es el tema de identificarlos, estimarlos y asignarlos; por eso es que propugnamos por el tema de los contratos estandarizados porque si intentáramos hacer un ejercicio transversal de identificar riesgos comunes a

rangos de proyectos concesionales o APPS seguramente sería más fácil para la entidad pública y el contratista privado hacer ese ejercicio de gestión, salvo las matrices de riesgos que nos ayudan mucho de los documentos Conpes.

No sabemos en la práctica cómo opera efectivamente una gestión explícita de riesgo; merece la pena llamar la atención sobre un avance, si bien marginal en el riesgo, esto es la consagración normativa de un tratamiento puntual que define la forma de asignarlos a la parte que mejor pueda manejarlos, fundamento que viene del sistema inglés, que ya había hecho su arribo al país a través de los documentos Conpes desde el año 2001 e incluso desde antes del Conpes del año 1995, ya estábamos hablando de asignación de riesgos, no es desde el 3107 de 2007, la política de riesgos ya existía en el país, lo que hicimos fue volver norma lo que ya teníamos, los Conpes son políticas económicas, son lineamientos o consejos que no tenían carácter vinculante y a través de la norma sí, ahora con carácter vinculante para las partes.

Por ejemplo, el Conpes 2795 del año 95 decía “participación del sector privado en infraestructura: la asignación de los riesgos debe estar de acuerdo a los mecanismos de mitigación y el nivel de control sobre que ellos tenga cada una de las partes, de esta manera el sector público debe asumir en principio aquellos riesgos que dependen estrictamente de sus acciones, en tanto que el sector privado debe asumir aquellos que estén bajo su control”.

Esas políticas de distribución de riesgo, los conceptos adoptados por la Ley 1508 de retención y transferencia de riesgo y la asignación a la parte que mejor pueda administrarlo, son conceptos de difícil concreción en la práctica y muy difíciles de aplicar en un contrato. Lo que sí diremos es que el contrato de concesión es la única tipología contractual que desde el año 1993 con la Ley 80, se pronunciaba de manera puntual sobre la asignación y adjudicación de riesgos en una de las partes, cuando decía: “el contrato se ejecutará por cuenta y riesgo del contratista”, es decir, era la primera norma sobre de distribución de riesgos y se le asignó al contratista, es decir que la Ley 80 ya había instaurado la cláusula general de distribución de riesgos en cabeza del concesionario; esto ya viene desde los contratos de concesión, de ahí que cataloguemos de gélida la frase “asignar riesgos a quien mejor los maneje” porque es una frase que venía siendo usada en políticas públicas en Conpes de 1995.

El 3137 cuando se pretendían regular los riesgos en los contratos de concesión. Lo que encontramos en la Ley 1508 es la consagración normativa de la política de manejo del riesgo que ya estaba contenida en los Conpes, pero se dejó de lado lo que llamamos la gestión explícita del riesgo, el cómo hacerlo, el decirle a las partes cómo distribuirse los riesgos, en el entendido de que ha-

blamos de gestión explícita de todo aquello que se pueda proveer a efectos de cerrar la puerta a la teoría de la imprevisión y evitar el desequilibrio del que hoy son víctimas la mayoría de contratos de concesión en ejecución.

El que mejor puede administrarlo es simplemente la inclusión en una norma de una política no legislada en materia de riesgo, que ya había hecho carrera en nuestro país y en nuestro sistema jurídico desde el año 95, no obstante sin concretizar su significado. Lo que se avecina es haber heredado con esta frase los enormes problemas que en torno al tema de riesgo padecen los contratos de concesión en Colombia, elemento fundamental a la hora de explicar las inconcebibles y repetidas frustraciones derivadas de nuestra historia concesional, entonces la pregunta es ¿la iniciativa privada sí es un avance significativo con la expedición de la Ley 1508?

La inclusión de la iniciativa privada en proyectos de beneficio público no es ni debería ser un elemento novedoso aportado por la Ley 1508, en tanto que la ley desconoce ya la preexistencia de la figura y simplemente es el resultado del reconocimiento tácito de la histórica errada aplicación del contrato de concesión en Colombia; la Ley 1508 derivó de manera expresa el artículo 2 del artículo 32 de la Ley 80 del 93, que contemplaba ya desde el estatuto contractual la posibilidad de que se celebraran contratos de concesión provenientes de la iniciativa privada; el parágrafo 2 de ese artículo 32 decía: “las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá como mínimo la descripción de la obra, su prefectura técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres meses y si encuentra que no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado; en caso contrario, expedirá una resolución de apertura de la licitación, previo cumplimiento de los numerales 2 y 3 del artículo 30; los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos y fue reglamentado por el Decreto 4533 de 2008, entonces con eso se reglamentó el tema de las iniciativas privadas ya consagradas en este artículo de la Ley 80.

Dos fueron las derogatorias de la Ley 1508: el artículo 28 de la Ley 1150 que era referente a otro tema ya tratado y solucionado, que era el de la prórroga o adición de las concesiones que permitía la ampliación hasta del 60% del tiempo estimado y de otro lado la posibilidad de presentar las iniciativas privadas para la realización de proyectos APP.

Lo anterior entonces no es resultado de la Ley 1508, es una posibilidad que ya existía desde el propio estatuto contractual que así lo había consagrado y que incluso ya había sido objeto de un pronunciamiento y estudio de la Corte Constitucional en el año 2001. La posibilidad de presentar proyectos APP y concesionales no nació con la Ley 1508, ya existían en el ordenamiento jurídico, a eso nos referimos porque lo que se quiere significar en este punto es si estamos listos institucionalmente para adoptar este tipo de asociaciones, no es solamente la expedición de una norma que no se puede aplicar sin mirar en qué contexto va a surtir efectos, sino ver la capacidad institucional para hacerla efectiva.

El tema esencial que se quedó por fuera de las Asociaciones Público-Privadas y tampoco está en el decreto reglamentario solamente quedó con la frase de “se identificarán y estimarán” es el tema de los riesgos en el tema operativo. Hemos debido establecer unas matrices de riesgo; si miramos la última reunión de la Cámara Colombiana de Infraestructura, reiteran un documento de política pública que presentaron al gobierno este año, donde piden una política pública de distribución de riesgos, porque es el elemento esencial que más debe mirarse para que sea operativo y evite que los contratos fracasen, como les ha pasado a varias concesiones actuales; si se trata de una ley de inversión de capital privado, como se ha explicado en diferentes foros académicos, entonces se quedó corta, toda vez que el inversionista privado se enfrenta a la asunción de diferentes tipos de riesgos y desea saber las reglas de juego para su gestión. Por eso están pidiendo que con los contratos típicos de infraestructura vial lleguemos ya a una fase tres; no podemos seguir en una fase dos, o están pidiendo el tema de los contratos estandarizados donde a través de unas cláusulas comunes podamos llegar a unos contratos de aplicación relativamente homogénea para proyectos similares.

Al parecer el modelo de contrato estandarizado ya está para revisión y muy pronto será entregado a la señora Ministra de obras y estamos esperando conocerlo para poder aportar a ese modelo.

La Ley 1508 parece corresponder con reflexiones de la administración nacional frente a la manera errada como se han venido trabajando las concesiones, parece que es una respuesta a las fallas evidenciadas recientemente en los contratos de concesión vigentes y es un deseo superar los problemas de concepción y aplicación de la figura concesional. Es por esto que unos mecanismos de solución, y lo hemos planteado como una sugerencia al ministerio, sea la adopción de mecanismos de diálogo competitivo; hemos visto que varias iniciativas privadas e incluso públicas donde hablan de diálogo competitivo, esa fase precontractual que se debe dar entre contratistas o futuros contratistas privados y las administraciones para fortalecer la estructuración de proyectos,

permitiría que las partes puedan identificar claramente lo que se requiere a fin de prever la mayor parte de riesgos que puedan amenazar la ejecución de los contratos. Posteriormente, todos aquellos que han participado en ese diálogo competitivo con la administración pueden participar en los procesos de ejecución, para que les sea adjudicado el contrato, pero desafortunadamente no se consagró el mecanismo.

Parecería que en el decreto reglamentario de las APPS, cuando se habla de preclasificación, cuando se llama a los privados, aun cuando no se haya hablado expresamente de diálogo competitivo que allí quedó expreso, nos hablan de 2 a 6 proponentes, es decir, no podemos cercenar la figura porque no lo está en el número de participantes, entre más mejor para estructurar proyectos de inversión.

Entonces estas son críticas que hemos venido comentando en diferentes foros, también con el Ministerio de Obras Públicas, a efectos de definir cómo podemos llegar a esa cuarta generación en el tema de concesiones y cómo podemos fortalecer la estructuración de proyectos, que evidentemente sí refleja un tema que se nos quedó por fuera y es la distribución de riesgo, No es simplemente tipificar sino establecer verdaderas matrices de riesgo que desde el punto de vista operativo no sean un problema o generen las audiencias que estamos viendo actualmente.

MESA REDONDA

SEGUNDO

EJE TEMÁTICO

OTTO ARISTIZÁBAL TRIANA*

**Abogado con especialización en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Especialización en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia, Especialización en Gerencia de Procesos y Calidad de la Universidad EAN. Cuenta con más de 15 años de experiencia disciplinaria en la Procuraduría General de la Nación y es postulante a Certificador de Competencias Laborales en Derecho Disciplinario (IEMP).*

Jean Philippe Pening Gaviria habló de la ley de Asociaciones Público-Privadas, la doctora Diana Bernal con la Ley de APP y Estructura Vial y la doctora Sandra Verano de las problemáticas de las APP, aquí estarán reflejadas las inquietudes, las preguntas que se han hecho llegar a lo largo de estas tres exposiciones; la moderación de esta mesa redonda está a cargo del doctor Otto Aristizabal Triana, asesor de la Procuraduría General de la Nación.

El doctor Jean Philippe, la doctora Diana, la doctora Sandra, en sus conferencias trataron temas relacionados con la ley de Asociaciones Público-Privadas, la inversión extranjera, el ambiente relacionado con la inversión positiva en Colombia, la infraestructura de manera continua; se analizaron diferentes puntos fuertes y débiles, se hizo un cuadro comparativo antes con la ley 80 del 93, la Ley 1150 del 2007 y ahora con la Ley 1508 de 2012, igualmente se hizo un análisis de los procedimientos de financiación, antes los aspectos sobresalientes, ahora los aspectos relevantes de la Ley 1508 y también se hizo un análisis de las APPS de iniciativa privada y APPS de iniciativa pública.

En relación con la intervención con la doctora Sandra Verano se hizo una crítica muy constructiva, específicamente relacionada con el tema de las suficiencia o insuficiencia de la adopción de las APPS, se conceptuó sobre la “concesionalización” que hace esta ley que es un desarrollo de la ley de concesiones y se hizo un análisis en torno a si en esta ley se previeron los estándares, los contratos de estandarización y los mecanismos de diálogo competitivo; en este orden de ideas vamos a dar el uso de la palabra, en el orden que nos llegaron las diferentes preguntas del auditorio, comenzando en este caso con el doctor Jean Phillippe y se le pregunta si para el caso de la administración de la adición del 20% de que trata el artículo 13 de la Ley de APPS, se entiende como valor del contrato, los aportes estatales.

Si lo que pide la ley define lo que son desembolsos de recurso público, entonces se entienden en este caso lo que sale del erario público, puede ser vía presupuesto general de la nación o presupuesto de las entidades territoriales o también podrían ser regalías, lo que no entra ahí son los aportes en especie como terrenos, en términos de transporte peajes, si bien hace parte de la estructura no son desembolsos que hace el Estado son pagos que hace el usuario de esa infraestructura.

Para la doctora Diana, ¿es posible una Asociación Público-Privada con una cooperativa de seguridad para servicio de vigilancia?

Básicamente esta ley de Asociación Público-Privada lo que propone es abrir las posibilidades, pues si bien tenemos una historia de concesiones, esta ley abre la posibilidad de que se puedan explorar mecanismos de Asociación Público-Privada de cualquier tipo, pues acá mencionamos rápidamente cuatro pero hay más de 30 que podrían utilizarse si se quisiera y en cualquier sector,

entonces el requisito de la ley es que el contrato mediante el cual se materializa la Asociación Público-Privada, se suscriba con una persona natural o jurídica de derecho privado; si ese contrato se suscribe, si la cooperativa que hace mención es una persona jurídica y es de derecho privado podría explorarse la posibilidad de hacer una APP para temas de vigilancia.

A la doctora Sandra se pregunta cuál sería el elemento diferenciador entre el contrato de concesión y el contrato regulado por la Ley 1508.

Las APPS como tal son un modelo asociativo. Los llamados contratos de asociación que ya existían, que luego hemos visto no solo en el tema de concesiones, quizá tal vez es donde más los hemos practicado, pero son modelos asociativos que a través de las modalidades de construcción, operación y diseño no son otra cosa que modalidades de asociación y distribución de riesgo, vienen rigiendo en contratos de petróleo, en contratos de asociación de concesiones para construcción vial, servicios públicos, prestación de servicios públicos, es el modelo asociativo y el otro es el contrato de concesión o contrato con vida jurídica propia; no es que las APPS no sirvan para modelos de asociación distintos a las asociaciones, están abiertos para todo tipo de contratos, se concesionalizó la ley e hicieron una extensión de lo que ya se venía regulando y se aplicó a las APPS con los tres elementos esenciales.

Doctora Diana, a sabiendas de que en Uruguay pasaron por un déficit económico lamentable, lo cual perjudicó a muchos de sus pobladores, ¿cuáles son las políticas del Estado colombiano frente a esta circunstancia?

Todos los países latinoamericanos tienen una historia política de ires y venires, pues Uruguay tiene una política de riesgos de la cual se han tomado ejemplos importantes como quien administra los riesgos y quien administra los riesgos debe ser la persona que tiene la capacidad de hacerlo, al principio la política colombiana, si bien en la Ley 1508 y en el Decreto 1467, estableció unas líneas bastantes generales en cuanto a lo que tiene que ver con la obligación del servidor público que es tipificar, estimar y asignar los riesgos del contrato, ya la política contenida en el Conpes 3045, en el Conpes 3107 y de hecho en el 3714, lo que no sea compatible con concesiones y Asociaciones Público-Privadas, tenemos mensajes muy importantes que estamos llamados a recoger y aplicar en estos contratos de concesión para no repetir las historias del pasado, es decir, que tengamos una transferencia totalmente relacionada con el nivel de información que estamos entregando y el particular tenga la capacidad de dimensionar el riesgo a que está enfrentado y que quien lo administre tenga las condiciones y capacidades para hacerlo, es decir, dejémosle al privado los riesgos a que está preparado por naturaleza; los riesgos de carácter financiero, los

de carácter comercial, el día a día de un contrato donde el sector privado sabe cómo se administra y cómo se ventila este tipo de situaciones. Contrario sensu como ocurre con el riesgo político que en muchas ocasiones debe ser asumido por el Estado, porque no cuenta el particular con las herramientas para poder mitigarlo o eliminarlo en caso de que aparezca.

Al doctor Jean Phillipe se le pregunta si está bien fundamentada la expropiación con la simple consignación del Estado de la indemnización al particular.

Algunos concesionarios que son los que al final están allí en el terreno han expresado dificultades alrededor de este tema, lo que estamos haciendo es incluyendo este tipo de normas en otras que están discutiéndose en el Congreso, entonces la idea es que sí quede eso claro; lo que no puede ocurrir es que la infraestructura, que es un bien para todos los colombianos, se vea truncada porque no podemos expropiar un terreno, ni llegar a un acuerdo con un privado, no se trata de no pagarle, hay que hacerlo pero mientras se llega a un acuerdo o el juez decide, no puede pararse la obra de infraestructura, la idea es que dejemos el valor de los recursos de ese avalúo mientras el juez decide, dicen los abogados que esa norma no fue suficiente y no es fácil de aplicar, entonces hay que buscarle salida en el Congreso. No podemos parar la infraestructura. De otro lado, las APPS no son para todos los proyectos; hay muchas iniciativas privadas y que no están cumpliendo con los preceptos de nivel general, hay que leer la exposición de motivos y la ley, estamos hablando de infraestructura, hay que poner cuidado con los servicios. Esto no es cualquier servicio, es uno relacionado con la infraestructura, que se haga un hospital y que dentro de los servicios incluidos en esa infraestructura, como la seguridad, el mantenimiento, el aseo o cosas de esas pero todo relacionado con la infraestructura, no es un servicio de seguridad aparte del mantenimiento y aparte de unas APPS, no. Se hace una infraestructura y se agregan esos servicios y sobre su cumplimiento es que vamos a efectuar los pagos de las entidades de orden nacional.

Doctora Sandra: ¿Es vinculante el documento Conpes para todo tipo de contratos o nada más para las APPS?

Los Conpes no son documentos vinculantes sino políticas o lineamientos de consejo al gobierno y así se vienen adoptando los diferentes puntos desde el año 2003 con las matrices de riesgo desde los contratos de concesiones; lo que ahora es vinculante es que la política de riesgo que estaba en el documento Conpes desde el año 95 la hemos venido adoptando y siguiendo como norma, por ejemplo, en ese artículo tercero que dice de riesgos, se dispondrá de toda la parte donde se podrá controlar y administrar.

Pregunta para la doctora Diana, ¿Qué ha pasado y qué va a pasar con las concesiones que no han cumplido, por nombrar una, la de Tunja-Sogamoso? Bási-

camente la Agencia Nacional de Infraestructura tiene la obligación de supervisar los contratos por mandato de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con las convenciones que hay con el estatuto anticorrupción y básicamente en esa línea la agencia está haciendo todas las medidas de seguimiento y supervisión a los contratos de concesión y en el momento en el que alguno de estos contratos llegare a presentar incumplimientos, deberá ser sancionado con lo que establezca la normativa y el propio contrato.

Pregunta para el doctor Jean Philippe, de conformidad con los porcentajes negativos expresados por usted, ¿estará Colombia preparada para enfrentar el libre comercio con precios competitivos, teniendo en cuenta que el pasado se fortaleció la inversión hacia el centro, olvidando las costas y aumentando los costos del producto final?

Hemos hecho unas tareas muy bien en el marco normativo y al intentar atraer inversionistas privados, se hace referencia al tema de las iniciativas privadas, si bien teníamos algo dicho es el parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80, y ese decreto de iniciativas privadas, la pregunta es ¿cuántas iniciativas privadas recibió el Estado? Ninguna, por una sencilla razón, eran iniciativas privadas sin ningún incentivo al privado, la ley lo que hace es verificar ese tipo de problemas y decir no, es que para que un privado tenga iniciativas privadas y se meta en todo ese recorrido y llegue al final del proceso que puede durar, un proyecto grande puede durar año y medio, dos años, para que se meta en eso necesita incentivo, y decíamos si necesita recursos gana unos puntos adicionales, si no necesitaba recursos tenía derecho a mejorar la oferta que ganara otro privado, entonces está claro lo que generan esos incentivos, para la infraestructura que tenemos hay un marco para traer iniciativas privadas, también para estructurarlo. Estamos diciendo que hacíamos las cosas mal, armando desde el Estado proyectos de licitación sin tener claramente calculado cuánto valía y por el camino íbamos arreglando, enderezando, así no se puede, hay que estructurar bien las cosas, lo que pretendemos con las estructuraciones que estamos haciendo en transporte, para que se entienda, con las estructuraciones que se están haciendo en la Agencia Nacional de Infraestructura, estamos hablando de 4000 kilómetros de dobles calzadas en este país; si no es así toda la competitividad se pierde, es que en este país no podemos ir atrás de cuatro camiones uno tras otro a 50 kilómetros por hora mientras subimos una montaña y la volvemos a bajar; la doble calzada permite sobrepasos, etcétera, el tema del olvido de la costa, los grandes existen pero falta que se les pongan especificaciones, por ejemplo la carretera Bogotá-la costa que es el principal eje de movimiento de mercancías y Bogotá-Buenaventura, Cartagena-Medellín y Cali-Buenaventura, si se hicieran tres ejes bien hechos, sin tanta curva, con túneles, se gana en competitividad, esas son las estructuraciones desde la Agencia Nacional de Infraestructura, estamos hablando de 44 billones de pesos, cifras apro-

ximadas hasta que las tengamos bien estructuradas. Esos dineros no hay que sacarlos y pagarlos inmediatamente, hay que empezar de conformidad con las obras que se van entregando, entonces esos billones de pesos se reparten en 20 años, es decir, en el largo plazo. No es un problema fiscal grande, si hacemos las cosas bien estructuradas desde el principio vamos a tener unas obras iniciadas para esos 4000 kilómetros que van a ser los ejes principales de este país, dentro de los 44 billones no estamos hablando de la vía férrea, ni del río Magdalena ni tampoco de los puertos, pues son los privados que hacen eso, y luego hay otros temas, si tenemos una doble calzada de una ciudad a otra y los camiones en la mitad del tráfico en las ciudades, entonces desde las ciudades también hay que pensar en ese tráfico de carga. Qué pasa en los puertos, por ejemplo Buenaventura, allá llegan los camiones después de pasar el periplo, de bajar de Bogotá hasta Cali y luego a Buenaventura, deben estacionarse frente a un puerto esperando un día, dos para que le reciban su carga y le den otra para su regreso, esos son temas de logística y ese es otro frente que hay que trabajar para que esto vaya a la velocidad adecuada; toda nuestra competitividad la perdemos cuando subimos el producto a un camión para llevarlo a un puerto o traerlo a la ciudad.

Pregunta para la doctora Sandra, ¿Cómo se manejaran las consultas previas con comunidades en la estructuración de las APPS cuando es iniciativa de los privados hacia lo público?

En todos los contratos dentro de los riesgos que se están incluyendo está el tema de gestión social, pero así mismo debemos empezar con los contratos de segunda y tercera generación que tienen gestión social y está el riesgo asignado al contratista; en la medida en que es un riesgo al contratista los riesgos asignados y aceptados por los contratistas se vuelven una carga obligacional, entonces ya los contratos de segunda y tercera generación tienen incluido el riesgo de la cuestión social que vienen haciendo los concesionarios pero que tiene que hacer la entidad como tal, la entidad hace gestión contractual porque obviamente se sigue su contrato no importa si en Asociación Público-Privada, o como quiera sigue su contrato y tiene todos los mecanismos de control o las herramientas de las causales, o las cláusulas exorbitantes, que son cláusulas en la legislación contractual para revisar la debida ejecución de los contratos. Mediante ese trámite se revisará la debida ejecución de la carga contractual de la función social.

Pregunta para la doctora Diana: Usted nos transmitió todo lo bueno sobre la ley de APP, ¿tiene algo que decir sobre cuáles serían los aspectos negativos? Veo la ley como positiva, una ley que ha mejorado y ha corregido muchas situaciones que venían generando conflictos en el pasado; con nuestra APP estrella que es la concesión, la verdad no tendría críticas constructivas acerca de la ley, simplemente estábamos viendo un poco la dificultad, pues como la precalificación se haga máximo con seis

oferentes en los proyectos de la magnitud que se están estructurando, la verdad nos preocupa un poco esta lista de precalificados frente a la expectativa real de adjudicación de los procesos, pero es el único aspecto que debería quedar un poco más alto por quienes manejamos el día a día del tema de la contratación, sabemos que aunque estén precalificados no todos presentan propuestas al proceso de selección y eso puede generar un riesgo de declaratoria de desierto a estos procesos que son tan largos y que tienen un proceso con bastantes puntos, salvo eso creo que es una ley muy positiva para el país y los resultados se van a ver en cuatro años cuando ya empecemos a ver en la vía las máquinas trabajando. El día de mañana estaremos publicando en la página de la agencia lo que llamamos el contrato estándar, pero básicamente son las condiciones generales de lo que van a ser los contratos de concesión de Asociación Público-Privada, bajo la concesión de la cuarta generación, lo hemos trabajado con el apoyo de la IFC y aunque esperamos ver las precalificaciones en finales de diciembre principios de enero, queremos que quien conoce y ha visto la problemática, los beneficios, las cosas positivas o negativas de la ejecución de los contratos que hemos tenido hasta ahora, llámese particulares, gremios u organismos de control, que tienen mucho que aportar a estos contratos, entonces los invitamos a que los vean y opinen.

Para la doctora Sandra: ¿Desaparecen las concesiones? No, como decía la doctora Sandra entramos en las concesiones de cuarta generación.

Por último, para los tres de una manera muy sucinta: ¿No creen ustedes que con los contratos público privados para la construcción y administración de cárceles no se incentivaría la corrupción, si tenemos en cuenta que hay presidiarios con suficientes recursos que pueden construir centros de reclusión?

En cárceles no caben las iniciativas públicas, entonces está cerrada la puerta a que ocurra eso, en cárceles, como el Estado va a pagar es un servicio, se necesita una cárcel donde quepan 200 internos bien acomodados, no en las condiciones de hacinamiento que tienen, entonces el Estado estructura el proyecto y sienta las bases de las características, como una cama, un colchón, calefacción, un ventilador si es tierra caliente y dos mil calorías al día, como el Estado debe pagar ese servicio cada mes, jamás podrá haber una infraestructura, una iniciativa privada sobre una cárcel porque con qué recursos quien construye la cárcel va a cubrir esos costos, si esto no lo paga el Estado no funciona.

Adicional a lo que comenta Jean Phillipe, hay dos cosas muy importantes a tener en cuenta, una, hay cosas que no se pueden concesionar, el tema de vigilancia de los establecimientos de reclusión va a seguir siendo liderado por el Estado, pues es una función indelegable y lo segundo que las medidas de seguridad y las medidas técnicas de construcción van a ser dadas por el Estado, luego por esas dos razones sería muy difícil pero no imposible por el tema de corrupción.

MESA REDONDA

TERCER

EJE TEMÁTICO

YAMIL EDUARDO ÁLVAREZ*

**Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino de la ciudad de Bucaramanga, abogado especialista en Instituciones Jurídico-Políticas y Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia y especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia, se ha desempeñado como capacitador de la red de formadores del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación durante 8 años, capacitador del Centro de Investigaciones del Ministerio del Interior en materias relacionadas con los mecanismos de participación comunitaria; ha dictado conferencias y talleres en derecho disciplinario y contratación estatal en eventos efectuados en diversas regiones del país, asistente docente en la Universidad Santo Tomás de Aquino en Bucaramanga en las áreas Penal, Civil y Laboral, docente de la Universidad La Gran Colombia en contratación estatal, constitución política y democracia. Ha trabajado en la Procuraduría General de la Nación durante 17 años y actualmente es Asesor de la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal.*

¿Por qué es importante conocer estos primeros cambios? Porque la Ley 80 de 1993 subsumía en un mismo proceso la licitación pública y el concurso, por tanto debemos tener muy claro el deslinde de estas dos modalidades de selección, con las apreciaciones que ha hecho el doctor Beltrán especialmente en lo referente a la tipificación, estimación y asignación de los riesgos y la publicidad en el Secop; igualmente, en lo relacionado con la actualización normativa, aspectos que pueden generar confusión en estas nuevas modalidades de contratación que trae el Decreto 734 de 2011, no solamente para las autoridades contractuales sino para los organismos de control, porque precisamente es muy importante ubicarnos temporalmente en la norma vigente al momento de los hechos con incidencia disciplinaria, precisamente por los cambios normativos. Así pues, una de las preguntas está encaminada a establecer cuáles son esas afectaciones que puede traer la extensión del Decreto 734 y cuáles son los beneficios que esos cambios han traído en materia de contratación estatal.

Ciertamente, la extensión del decreto, de entrada asusta, pues no se sabe qué decretos de los 27 estaban suspendidos por el Consejo de Estado o derogados por el gobierno, sería ideal tener uno solo. La importancia del Decreto 734 consiste en que reunió esa reglamentación y el cuerpo normativo y hoy en día solo se necesitó de un librito para poder aplicar el proceso contractual y un beneficio adicional es que la regla sustancial de cómo se hace la licitación o el concurso de méritos o la mínima cuantía, eso no cambió, el proceso contractual es idéntico y ese fue uno de los temas más importantes.

En materia de contratación pública no se puede suponer, hay que leer y esto porque estamos en un proceso de contratación complejo, adicionalmente porque todas las disciplinas nos las cambian.

Estamos en un ambiente de cambio en todas las disciplinas del derecho y el Decreto 734 por lo menos reunió toda esa reglamentación y ya sobre los cambios habrá que esperar qué va a hacer la Agencia Nacional de Contratación y la publicidad que el proyecto va a tener, debemos adaptarnos a esos cambios, como la oralidad que se viene implementando, es bueno fijarse en el procedimiento sancionatorio para los contratistas.

Debiéramos tener unas normas más generales de manera que se pudieran aplicar los principios y ahora que la Agencia Nacional de Contratación es la que da la política, el entrenamiento y la capacitación para la generación de instrumentos de buenas prácticas, solo que la aplicación de los principios en la práctica generó todos estos desastres en el pasado, entonces la reglamentación no cambió sustancialmente sino que simplemente se afinó.

Doctor Fajardo, se le hace la siguiente pregunta: Cuando se presentan ofer-

tas con uniones temporales algunas de las entidades del Estado están exigiendo que cada uno de los miembros de esa unión temporal cumpla la totalidad de los requisitos que se exigen para poder ofertar y la jurisprudencia ha dicho que se entiende como algo legal. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Doctor Mauricio Fajardo: Pienso que si cada uno de los integrantes del consorcio o de la unión temporal cumple la totalidad de los requisitos, ¿para qué necesitaban unirse? Sencillamente cada uno podría irse solo, no vamos a necesitar esa figura asociativa para nada, la cual tiene el propósito de que podamos sumar capacidades, posibilidades y experiencias, claro está según el tiempo de cada caso específico. ¿Cómo y de qué manera en un momento determinado puedan ponerse unas condiciones para esa sumatoria? la razón de ser de estas asociaciones que sin generar una persona jurídica distinta de quienes la integran se han autorizado en el artículo 6 de la Ley 80 para que también puedan celebrar contratos con el Estado, radica en que como usted es un experto en temas de consultoría, estudio de suelos, cálculos estructurales, etcétera y resulta que yo en eso no tengo capacidad, ni trayectoria ni idoneidad, pero tengo toda la experiencia, conocimiento y capacidad para ejecutar la obra y en el contrato se está pidiendo la elaboración de estudios más la ejecución de la obra entonces unámonos, usted hace la parte que sabe y yo la que sé, y nos podemos presentar conjuntamente, esa es la razón por la cual la ley contempló estas figuras y permitió que funcionaran en el mundo de la contratación estatal y luego viene el detalle específico de cómo suman, pero contestaría desde esa perspectiva. Si puedo solo, pues ¿para qué me asocio? Con un par de ventajas, si logro la adjudicación no voy a estar repartiendo con nadie los beneficios del contrato y tampoco conviviendo con los problemas y dificultades del contrato, porque naturalmente para la parte que asume la obligación de ejecutar también impone exigencias.

Pregunta para el doctor Beltrán. Se entiende que para los contratos de consultoría en los cuales se realiza la selección a través de un concurso de méritos se prioriza la experiencia de estos consultores. ¿No se desnaturaliza el concepto cuando en la modalidad de contratación de mínima cuantía se está priorizando el precio?

Sí, este fue uno de los temas más controversiales en la administración pública, porque la Ley 1474 estableció que toda la contratación que fuera inferior al 10% de la menor cuantía se contrataría a menor precio y cuando fuera para consultoría se valoraría capacidad jurídica y experiencia, en los demás casos solo la capacidad jurídica. La consultoría fue producto de la Ley 1150, yo contrato sobre el mejor y no sobre el concepto de lo más barato. En el caso de las cuantías la ley misma tiene una excepción en el menor monto que jurisprudencialmente se llama “libre configuración del legislador”, entonces el

legislador definió que en toda la contratación de menor cuantía, se contrataría a menor precio y en consecuencia se preferiría el tratamiento expedito en virtud del principio de eficiencia, simplemente el legislador determinó que fuera el de menor precio.

Doctor Fajardo: Otro tema en la contratación es lo concerniente a las reglas de subsanabilidad. ¿Cuáles serían los criterios de subsanación?, ¿qué es saneable en un proceso contractual?

Espero que mi respuesta no sea malinterpretada, ya que contradice lo que la generalidad opina sobre el punto, ¿a qué me refiero? En lo personal y desde el punto de vista constitucional, el tema de saneamiento no debería tener cabida porque tengo unas reglas de juego absolutamente claras y precisas en el pliego de condiciones y de ahí en adelante el que cumplió, cumplió y el que no, no. Pero entonces cuando decimos que este no cumplió pero vamos a darle la posibilidad de que nos presente y nos cumpla lo que le estaba faltando que evidentemente no se ajustaba, eso lastima de manera seria el principio de igualdad a la luz de la constitución política, ya que genera un contrasentido porque terminan diciéndole desde el punto de vista legal y conceptual, es que vamos a distinguir si se trata de requisitos esenciales no se pueden subsanar, donde tiene cabida la posibilidad de corregir o de subsanar es en aquellos que no son esenciales, que es donde surge la contradicción conceptual, si el requisito por el cual me están dando la oportunidad de subsanar no es esencial, me hacen el requerimiento y no lo atiendo, rechazan la propuesta, pero si no es esencial no me puede rechazar, generando un enredo que no debiera tener cabida.

El tema es tan claro que a la luz del principio de igualdad debía ser resuelto en los términos de la ley y como lo prevé el segundo inciso del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 que nos decía que aquellos requisitos que no son indispensables para la comparación de las ofertas no constituyen título valor para el rechazo de las mismas, con esa regla ya tiene claro el tema el administrador público para resolver el problema, cuando está dentro de una oferta a la que le falta un requisito tiene que definir si es necesario para la comparación de las ofertas, si es necesario pues no la puede considerar, si no es necesario entonces adjudíquele sabiendo que no está, pero no lastime el principio de igualdad abriéndole posibilidades a unos sí y a otros no, ya que otros dicen que de nada valió el esfuerzo que hicieron; por esa razón he tenido reservas acerca de todo aquello tanto en la práctica como en el concepto, porque tengo muchas inquietudes de que eso consulte la igualdad que a mi juicio es la regla de oro en cualquier proceso contractual, las reglas de juego son para todos.

ESTRATEGIA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

JORGE LUIS GONZÁLEZ TAMAYO*

**2006 Major Mangement Skills STETSON UNIVERSITY, FL*
2002 - 2011 Doctorado de Derecho UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN
BOLIVAR, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, (Candidato a Doctor)
1995 Diploma por el programa de Entrenamiento Económico VII,
INCAE, Nicaragua
1995 Especialista en Legislación para la empresa UNIVERSIDAD
ANDINA SIMÓN BOLIVAR, Ecuador
1994 - Doctor en Jurisprudencia y Abogado PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Actualmente desarrolla las consultorías de apoyo a la Agencia
Colombia Compra Eficiente y a la Dirección Nacional de Contratación
Pública de Paraguay a través del BANCO INTERAMERICANO PARA EL
DESARROLLO BID.

Introducción.....	122
Problemas en que se debatía la contratación pública ecuatoriana.....	123
Problemas de transparencia	123
Problemas de eficiencia	127
Proceso histórico de reforma normativa.....	130
Contratación Pública del Ecuador.....	131
Estrategia de manejo del cambio.....	133
El portal electrónico oficial de contratación pública.....	136
La creación del Instituto Nacional de Contratación Pública.....	137
Resultados de la gestión.....	139
Evaluaciones.....	141
Bibliografía	144

INTRODUCCIÓN

La implantación del sistema nacional de contratación pública en el Ecuador obedeció a razones universales: alcanzar mejoras en la transparencia y la eficiencia en el aprovisionamiento de bienes y en la contratación de obras y servicios.

La transparencia es uno de los pilares fundamentales de todo esquema público de contratación gubernamental y no se agota con la mera publicidad de la información. Empero, es verdad que el primer paso hacia la transparencia es lograr que toda la información de los contratos que llevan adelante las entidades públicas se difundan por medios idóneos. Tampoco basta con que la información se limite a la publicación de pliegos, bases licitatorias o convocatorias de avisos o carteles; las necesidades de transparencia exigen que se conozca en detalle todos los pasos que se dan desde la fase previa, la precontractual, la contractual, la de ejecución e inclusive la poscontractual.

Para esos efectos de publicidad de la información son ideales los medios y herramientas electrónicas, no obstante, la transparencia no se agota con el acceso a la información. En efecto, esta requiere ir más allá, implica conformidad con el bloque de normatividad aplicable; significa empatía con los objetivos de eficiencia, ahorro, calidad del gasto; en definitiva, valor por el dinero; exige objetividad a la hora de establecer los requisitos, condiciones y criterios de selección y, requiere actuaciones imparciales y despojadas de subjetividades de parte de los funcionarios cuando de evaluar ofertas y tomar las decisiones de adjudicar se trate.

Frente a ello, la eficiencia destaca como principio y como objetivo a conseguir. Contrataciones con trámites excesivamente complejos, con reglas no claras o contradictorias, que exigen empleo de muchos recursos y tiempo, no son las ideales para la gestión pública efectiva. No obstante, las necesidades de control muchas veces exigen una serie de pasos, trámites, autorizaciones, revisiones y recursos que generalmente vuelven lento el accionar de la contratación gubernamental. Si hablamos de costo de oportunidad, muchas veces resulta más caro a la sociedad no tener un bien, servicio u obra frente a la alternativa de llevar adelante un largo proceso lleno de formalidades y controles que demore excesivamente las soluciones, y por eso existe una real preocupación por desburocratizar y destrabar la contratación pública.

Así mismo, en ese afán de modernización y simplificación, juegan un rol trascendental la tecnología y los portales electrónicos, en la medida en que permiten hacer transacciones ágiles y seguras.

Vemos pues que la tecnología aparece como punto de conjunción de la transparencia y la eficiencia, pilares que en un momento dado se presentaban

como antagónicos dentro de la contratación pública.

En este artículo vamos a presentar cuál fue la estrategia de implementación y cuáles fueron los resultados alcanzados en el caso ecuatoriano, respecto a su sistema nacional de contratación pública.

Problemas en que se debatía la contratación pública ecuatoriana.

La mejor forma de identificar los problemas que presentaba la contratación pública en el Ecuador es acudir a evaluaciones internacionales que se hicieron años atrás.

La primera evaluación a la que haremos referencia es la denominada “Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador”, de fecha enero 2002, trabajo elaborado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), en su capítulo Ecuador, de la organización Transparencia Internacional, para lo cual se siguió una metodología uniforme de aplicación previa en otros países de la región⁴⁴.

Otra evaluación internacional que sirve de base a esta parte de la investigación es la realizada en el marco de la Organización de Estados Americanos –OEA-, por el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Mesicic) en el año 2006⁴⁵. Finalmente, un tercer documento es la actualización de la Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País (Esap) también del año 2006, realizado a instancias del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)⁴⁶.

Es importante advertir que los problemas son de variada índole: estructurales-sistémicos, normativos, de desempeño y prácticos.

Problemas de transparencia.

Tabla 1. Problemas de transparencia y eficiencia.

44 El trabajo se encuentra publicado en http://archive.transparency.org/regional_pages/americanas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion (revisado a noviembre 2012).

45 Informe final República del Ecuador No. SG/MESICIC/doc.185/06 rev. 4, 15 diciembre 2006. Décima Reunión del Comité de Expertos del 11 al 16 de diciembre de 2006. Washington D.C. (Aprobado en la sesión plenaria del 15 de diciembre de 2006). Informe de Segunda Ronda. Componente “Sistemas para la Adquisición de Bienes y Servicios por parte del Estado”, páginas 10 a 23.

46 Ecuador. Actualización de la Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País (ESAP). Reporte Final, junio 2006. Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo.

Problemática	Descripción
Entidades fuera del ámbito de la ley.	Es necesario incorporar a todas las entidades públicas dentro del ámbito de aplicación de la ley. Sin perjuicio de la uniformidad del marco regulatorio, será necesario establecer características y capacidades diversas a los entes subnacionales y tipos de adquisiciones especiales a cargo de entidades autónomas.
Inexistencia de medios y sistemas de información para la contratación pública.	Si bien existe un portal informativo CONTRATANET, su uso no es obligatorio fuera del ámbito de la función ejecutiva. A más de ello, con soporte en el informe CLD, se afirma que el sistema electrónico tiene vacíos y no puede ser utilizado como medio de control y fuente de información. Debería empezarse por una transición que potencie el uso de medios electrónicos en contratación pública, con formularios físicos y electrónicos simultáneos. A la par, mejorar la cobertura de CONTRATANET, a través de acuerdos voluntarios.
No existe un sistema de seguimiento y evaluación de las adquisiciones.	A esto contribuye la dispersión normativa y de ejecución en el Ecuador. Debería caminarse hacia una integración del sistema de adquisiciones con gestión financiera.
Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas y falta de claridad en sus límites.	Las normas eran permeables respecto a las amplias posibilidades para optar por contrataciones no selectivas o con menor nivel competitivo. Con esto se abandona el criterio de competencia para maximizar los beneficios sociales.
Gran cantidad de excepciones.	En lo que respecta a los sistemas de contratación con licitación pública y sin licitación pública, se observa que tanto en la codificación de la Ley de Contratación Pública, en sus artículos 2 a 6, como en la Ley de Consultoría en sus artículos 12 y 14, establecen una serie de excepciones, exclusiones y procedimientos especiales, que resultan en una fragmentación del sistema de contrataciones y los procedimientos que se intentan consagrar en las normativas respectivas.
Exceso de libertad en contrataciones de emergencia vía excepciones al procedimiento general.	Se manifiesta en dos circunstancias: una mala regulación de las condiciones para que se considere una situación como emergente, pues la legislación tiene imprecisiones, vaguedades y vacíos, y un inadecuado esquema de control de las circunstancias para la declaratoria de emergencia.
Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas relativas a sus licitaciones.	Se reclama la posibilidad de realizar procesos participativos en las definiciones sobre contrataciones de gran alcance y en discutir las reglas de los procedimientos de selección. La realización de audiencias públicas o foros públicos para escuchar opiniones o recomendaciones ciudadanas se consideran necesarias.

Problemática	Descripción
Falta de estudios previos o deficiente calidad o sesgo cuando se realizan.	Se destaca que en muchos casos existe falta de planificación en la contratación pública. También ocurría que los estudios incluían determinados elementos que podían favorecer a algunos proveedores. Tampoco existía suficiente capacidad técnica en los funcionarios públicos para evaluar los estudios, por lo que estos podían ser insuficientes.
Falta de tiempo para que todos los potenciales licitantes puedan prepararse.	Se anuncia un proceso de contratación pública con un plazo muy corto para presentación de propuestas, con lo que solo participarán empresas con conocimiento previo de información reservada.
Falta de garantías al derecho de contradicción.	Las vías administrativas y judiciales existentes no garantizan adecuadamente el derecho a la impugnación y además no presentan posibilidades de solución expedita.
Discrecionalidad en criterios de selección de contratistas.	En los casos de adjudicación de contratos mediante licitación pública o concurso público, se hace sobre la base de la oferta que mejor convenga a los intereses nacionales e institucionales, sin que se determine el alcance de la conveniencia, lo que puede hacer que la decisión se aparte de criterios económicos. Además, existe ausencia de criterios para la adjudicación de contratos que no están sujetos a licitación pública o concurso, que se rigen bajo leyes especiales y los que están exceptuados o excluidos de las leyes de contratación pública y consultoría. Es necesario generar criterios claros y monetariamente cuantificables para la adjudicación de los contratos a los licitantes con base en la oferta de menor precio evaluado que cumpla con los requisitos formales.
Procesos de decisión en licitaciones que asignan “puntuación” a la calidad de lo ofertado.	Este factor apunta a la posibilidad de uso discrecional de puntajes y valoraciones a determinadas características técnicas de una oferta, que al final van a primar sobre la parte económica, y que pueden favorecer a uno o pocos oferentes participantes. Se propone una evaluación de requisitos técnicos sin puntaje, que pueden transformarse en valoraciones subjetivas.
Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de las empresas.	Los requisitos exigidos (experiencia general y específica, solvencia financiera) van más allá de los requeridos para garantizar la probidad y capacidad de la empresa oferente y con ello se limita la participación.

Problemática	Descripción
Amplia discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos, o empleo de determinados profesionales.	Establecer requisitos puede tener como consecuencia el direccionamiento premeditado o no del proceso hacia ciertos oferentes y excluir a otros competidores. La propiedad de equipos o personal de planta en general no justifica la exclusión de oferentes, pues pueden llegar a tenerlos luego de adjudicado el contrato.
Posibilidad de cambio de reglas de juego durante la etapa de preparación de propuestas.	Es obvio el riesgo de manipulación por esta causa, al tener implícita la posibilidad de que algún oferente tenga información privilegiada de antemano respecto de los cambios y el resto no tenga tiempo suficiente para adaptar sus propuestas. Las preguntas que pueden realizar algunos oferentes y que pueden incidir en cambios de reglas de juego no se pueden conocer por todos.
Inexistencia de sanciones para los oferentes o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público.	Dado que la corrupción en contratación pública es bilateral -funcionario público y proveedor-, el que ofrece y el que acepta, es indispensable que la normativa contemple sanciones para los infractores y que además sean de aplicación expedita. Las garantías que se exigen para seriedad de oferta y fiel cumplimiento del contrato no son de idónea calidad.
Falta de información sobre la ejecución de contratos o posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.	No existen mecanismos que proporcionen capacidad de seguimiento de la ejecución de los contratos a la sociedad civil y agentes de control estatal. Tampoco están totalmente abiertos al público todos los documentos relacionados con un proceso de contratación pública. El Estado debe tener interés en crear y mantener mecanismos que permitan a los ciudadanos estar debidamente enterados de los procesos de contratación pública en todas sus fases.
Exceso de libertad en interpretación de decisiones.	Normas vagas y contradictorias alimentan la posibilidad de que funcionarios públicos tomen decisiones altamente discrecionales.
Implementación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.	Existen variaciones de aspectos sustantivos de las bases de contratación o el modelo de contrato luego de la convocatoria, o estos se introducen sin notificación a los involucrados.
Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los contratistas del Estado.	La inexistencia de reglamentación o manuales de procedimientos para los pagos a los contratistas fomenta la posibilidad de exigir o dar coimas por parte de los contratistas para agilizar pagos pendientes.

Problemática	Descripción
Carencia de recursos para impugnaciones administrativas.	No existe en la Ley de Contratación Pública ninguna norma que establezca recursos administrativos de impugnación bien definidos para que los proponentes puedan reclamar contra el procedimiento de contratación y adjudicación en todo o en parte, lo que auxiliará en gran manera en la implementación de los principios de publicidad, equidad y eficiencia.
Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.	Muchas disputas entre oferentes o contratistas con el Estado no se resuelven satisfactoriamente en la vía administrativa y terminan regularmente en procesos judiciales largos y con altas posibilidades de corrupción, debido a la debilidad institucional del sistema de justicia. No existen medios de impugnación administrativa que permitan decisiones más eficaces y eficientes. Tampoco se propicia la inclusión en los contratos públicos de cláusulas que permitan acogerse a métodos alternativos de solución de diferencias para eludir el ámbito judicial.
Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.	Es fundamental el control social y las posibilidades para que este se dé. Los medios de comunicación juegan un rol central en el control de los actos de corrupción cuando sus acciones responden a una independencia bien informada, que no sea sujeto de influencia ni manipulación. El acceso a la información es un elemento fundamental para ejercer el control ciudadano.

Problemas de eficiencia.

Problemática	Descripción
Ausencia de entidad central rectora de la contratación pública.	Esta entidad deberá promover la formulación de información y estadísticas, desarrollar procedimientos estandarizados, promover la capacitación y profesionalización de los funcionarios públicos a cargo de estos procedimientos, desarrollar un registro de proveedores, mantener una lista de precios unitarios y planificar la contratación pública con una visión de desarrollo social.
Separar roles en la contratación pública.	Se sugiere una instancia para formulación de políticas de adquisiciones para promoción de desarrollo institucional y económico (con autoridad regulatoria), separada de las funciones operativas y de control.

Problemática	Descripción
Lentitud en desarrollo de CONTRATANET.	Otros países tienen implementadas soluciones de compras públicas electrónicas de avanzada, como procesos de subasta inversa y contratos marco, mientras Ecuador avanza a pasos muy lentos con una plataforma apenas informativa.
Débil planeamiento de las adquisiciones.	La actividad de planeación no tiene suficiente relevancia dentro de la contratación pública, lo que deriva en despido de recursos por ausencia o escasez de productos en una entidad.
Multiplicidad de reglas imperando en el mismo mercado.	Esto quiere decir que no existe una norma única, sino muchas disposiciones normativas sobre contratación pública. Para las contrataciones distintas a los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas, cada entidad contratante debe establecer la reglamentación para llevar adelante sus contrataciones. Se considera que reglas diversas no permiten una amplia participación, con lo que se afecta la eficiencia económica. En consecuencia, existe dispersión entre los umbrales, procedimientos y requisitos para calificación y adjudicación de contratos. Al existir regulación únicamente para los procesos de cuantías altas, se requiere conocer cuáles son los requisitos que se deben cumplir y los procedimientos que se deben seguir, dependiendo de cada entidad contratante.
Baja capacidad institucional en las entidades contratantes.	Se debe construir capacidad y fortalecer el recurso humano especializado de las entidades para fortalecer su nivel de gestión. Se sugiere establecer programas de profesionalización de la función de adquisiciones.
Enfoque de adquisiciones orientado hacia el control y no hacia el resultado y el impacto.	Se deben implementar indicadores de desempeño para el seguimiento de los procesos y verificación del valor obtenido en cada inversión, avanzar hacia el control posterior para evaluar calidad del desempeño e impacto, fortalecer control interno en las entidades compradoras. Además, se identifica un gran número de pasos aprobatorios y de control para las fases previa y precontractual, lo que hace lenta la tramitación.
Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.	Los procesos de contratación de cuantías altas (más de 0,00002 del presupuesto general del Estado) teóricamente deberían publicarse ampliamente para garantizar el máximo posible de participación. La falta de existencia de un medio oficial de publicación de anuncios o convocatorias a concursos implica que se hagan en medios impresos de comunicación de diversa circulación, lo que no garantiza que todos los posibles oferentes capacitados tengan conocimiento de las convocatorias.

Problemática	Descripción
Ausencia de un registro único de contratistas.	Se requiere modificar la normativa para crear un registro centralizado de contratistas de obras, bienes o servicios, que sea obligatorio para todos los organismos y dependencias del Estado, con el fin de fomentar los principios de publicidad, equidad y eficiencia previstos en la Convención.
Exigencia de garantías no razonables.	Es una modalidad para restringir la participación de competidores, sobre todo cuando se las exige antes de la adjudicación del contrato.
No hay estrategia para reducción de costos.	Se deben evaluar gastos por categoría, por agencia gubernamental y por grupos de renglones adquiridos, para adoptar esquemas de adquisición alternativos que permitan reducir costos e incrementar competencia. Consolidar la demanda y generar economías de escala es ideal para reducir costos.
Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.	No existen bancos de datos, constantemente actualizados y de acceso público sobre la calidad y los costos de los servicios y productos adquiridos. Igualmente, estas bases de datos deberían estar interconectadas para permitir comparaciones entre precio y calidad en contrataciones realizadas por diferentes órganos. Las estadísticas de las licitaciones son esenciales para el control financiero y de calidad y para la vigilancia ciudadana.
No existen documentos estándar de licitación.	Existen documentos modelo emitidos por la Contraloría General del Estado pero su uso no es obligatorio. Se deben incorporar bases para preparación y evaluación de ofertas, modelos de contratos, documentos guías para procesos de selección, formatos para presentación de propuestas y garantías, etcétera El uso de estándares hace superfluo el control ex ante.

De esta manera, la contratación pública nacional buscó dar un giro que la llevara a atacar principalmente los siguientes problemas:

Dispersión normativa.

Multiplicidad de registros de proveedores, con sobrecostos por duplicidad de trámites y requisitos.

Divorcio de los procesos y su ejecución con la tecnología.

Posibilidad de creación de monopolios u oligopolios de proveedores y contratistas.

Ausencia de políticas públicas relacionadas con la dinamización de la producción nacional.

Discrecionalidad absoluta en la forma de contratar y proliferación de malas prácticas.

Dificultades para establecer un control por resultados antes que por cumplimiento de procedimientos.

Falta de integración entre las fases de planeación, presupuestos, contratación y ejecución.

Proceso histórico de reforma normativa.

Para corregir la problemática identificada surgieron en el país algunas iniciativas, muy endebles por cierto, sobre todo enfocadas a la articulación de un sistema oficial de contrataciones del Estado y al empleo de canales y vehículos tecnológicos para publicitar los contratos estatales y acercar proveedores con compradores públicos.

El apartado i) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Suplemento del R.O. No. 337 del 18 de mayo del 2004, dispone que todas las instituciones del Estado que conforman el sector público y las demás establecidas en el artículo 1 de la propia ley⁴⁷, difundirán a través de un portal de información o página web, información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etcétera, celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones.

Desde luego, esta norma no considera la existencia de un portal oficial de contrataciones públicas sino de las distintas páginas institucionales. La idea que prima es la de publicitar información, no así llevar adelante procedimientos precontractuales de forma electrónica.

Mediante Decreto Ejecutivo 122 publicado en el R.O. No. 25 de 19 de febrero de 2003, el gobierno calificó al Proyecto de Información de Contrataciones Públicas CONTRATANET, desarrollado y administrado por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, como el Sistema Oficial de Información de

47 “[...] Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de este, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta ley”.

Contratación Pública del Ecuador.

No obstante, su alcance fue limitado pues el propio decreto establece que la publicación de convocatorias a través de esta página electrónica sería opcional y voluntaria.

Por medio del Decreto Ejecutivo No. 1565, publicado en el R. O. No. 302 de 29 de junio del 2006, se dispuso que todos los organismos y dependencias definidos en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva⁴⁸, están obligados a publicar en el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador, CONTRATANET, los procedimientos precontractuales relativos a la adquisición de bienes y servicios y construcción de obras, cuyos respectivos presupuestos referenciales superen una cifra cuyo valor resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto General del Estado del correspondiente ejercicio económico.

También se dispuso que los demás procedimientos, cuyos respectivos presupuestos referenciales estuvieran por debajo del monto establecido en la Ley de Contratación Pública para el concurso público de ofertas, deberán ser convocados públicamente en el Sistema Oficial de Información de Contratación Pública del Ecuador, CONTRATANET.

Como se puede ver, el ámbito de instituciones obligadas por el decreto no fue todo el Estado, sino únicamente las que conforman la administración pública central y la administración pública institucional de la función ejecutiva. Adicionalmente, toda la normativa que creó y reguló CONTRATANET se

48 “Art. 2.- Ámbito.- Este Estatuto es aplicable principalmente a la función ejecutiva. Para sus efectos, la función ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado, y
- ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la administración pública central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la administración pública central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la administración pública institucional de la función ejecutiva.

La organización, funcionamiento y procedimientos de las otras administraciones públicas, de las funciones legislativa, judicial y electoral y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la función ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales. En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la función ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente Estatuto”.

refiere a un portal electrónico cuya función se restringe a publicar información. La diferencia con el Portal COMPRASPUBLICAS es que este es más que un elemento informativo: es transaccional, es decir, los procedimientos se deben realizar por herramientas electrónicas, de manera preferente. Por ello, el Artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública actualmente vigente habla de “procedimiento electrónico”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 145, publicado en el R.O. No. 37 del 9 de marzo del 2007, se dispuso que corresponderá al Ministerio de Industrias y Competitividad “promover las compras públicas como un medio para reactivar y dinamizar la producción nacional, aplicando metodologías de desagregación tecnológica y administrando un sistema nacional de compras públicas transparente y efectivo”

En seguimiento de lo anterior, el Decreto Ejecutivo 258, publicado en el R.O. 66 de 18 de abril de 2007, creó el sistema nacional de compras públicas, con el objetivo de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en las compras públicas, convertirlas en un elemento dinamizador de la producción nacional, promover la participación de micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas como proveedoras del sector público, agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna, impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, modernizar los procesos de compras públicas para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado. También este Decreto hablaba de un registro único de proveedores y de un sistema oficial de contratación pública del Ecuador. Este es un antecedente directo, puesto que los objetivos señalados fueron fielmente recogidos en la posterior Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

Finalmente, mediante Decreto Ejecutivo 744, publicado en el R.O. 221 de 28 de noviembre de 2007, se encarga al Ministerio de Industrias y Competitividad la administración y desarrollo del portal del sistema oficial de información de contratación pública y de consultoría del Ecuador, denominado www.COMPRASPUBLICAS.gov.ec, siendo esta la base tecnológica sobre la que se articuló el Portal vigente a partir de la LOSNCP. También este Decreto marcó el fin de los días de la página de publicidad CONTRATANET.

Está por demás indicar que los Decretos 258 y 744 sufrieron las mismas limitaciones comentadas sobre los Decretos 122 y 1565, pues al mismo tiempo estuvo vigente la Ley de Contratación Pública, sin dejar de ser precedentes normativos importantes en aras de caminar hacia una contratación electrónica

pública y transparente, lamentablemente tuvieron resultados bastante restringidos, por no tener fuerza de ley.

Para visualizar los resultados logrados con estas iniciativas, vale la pena señalar que en el informe Mesicic de segunda ronda, se reproducen los resultados que tuvo el sistema CONTRATANET, de la siguiente manera:

Tabla 2. Desempeño CONTRATANET.

Período	Junio 2003 – diciembre 2005	
	Número de procesos	Montos (US \$)
Licitación	260	757,000.000
Concurso público	546	75,000.000
Otros regulados por normativas internas	2.510	1.269,000.000
TOTALES	3.316	2.101,000.000

Fuente: Mesicic.

Estos resultados acumulados en más de dos años dan cuenta de un uso limitado del mecanismo, tomando en cuenta que solamente en el año 2011 el actual portal www.compraspublicas.gob.ec reporta un número de procesos total de 152.225 con un monto total adjudicado de US\$9.857,369.693,80⁴⁹.

De esa manera llegamos a agosto de 2008 cuando, en el transcurso del proceso constituyente, la Asamblea dictó la ya referida Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁵⁰, en busca de superar los problemas antes señalados y propiciar una contratación pública transparente, eficiente, lógica, que promoviera la participación nacional y de las micro, pequeñas y medianas empresas, y que operara articulada por un portal transaccional con múltiples funciones.

Estrategia de manejo del cambio

Si bien es cierto la nueva ley constituye un cambio radical en lo normativo y en lo conductual, su implantación no tuvo atenuantes ni paliativos. Muchas veces se piensa que el camino más seguro es el que considera que todos los sujetos deben estar preparados para el cambio, lo cual implicaría capacitación, difusión y concienciación a nivel de los funcionarios y autoridades públicas,

49 <http://www.incop.gob.ec/incop/images/docs/pubs/reporte-anual-2011a.pdf> (revisado a noviembre 2012)

50 Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

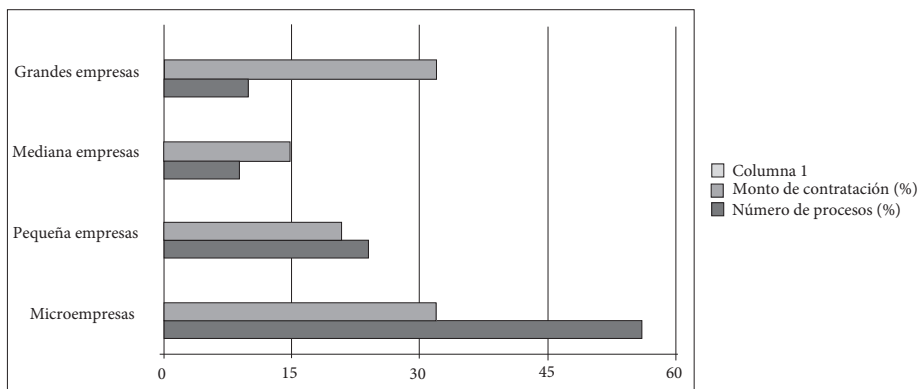
de los actores privados como proveedores, sociedad civil, cámaras y gremios y organismos de control. No obstante, ese camino puede resultar peligroso por efecto de las resistencias que normalmente se presentan frente a las innovaciones y que crecen con el transcurso del tiempo y la demora de resultados.

Tampoco fueron motivo para dilatar la implementación de la nueva ley los problemas tecnológicos que se podrían dar por el uso de internet en la contratación pública. Las preocupaciones vinieron por quienes suponían que el bajo grado de penetración de internet en zonas rurales o la distancia tecnológica de los micro y pequeños empresarios respecto de los medianos y grandes, resultarían definitivos a la hora de recibir invitaciones, presentar ofertas electrónicas y transar en general en los procesos de contratación pública. Esto sin dejar de considerar que los funcionarios públicos tampoco estaban acostumbrados al uso de tecnologías de la comunicación e información en los procedimientos de compra gubernamental.

No obstante, al cabo del primer año de implantación y uso del sistema los resultados fueron totalmente positivos. La introducción de procedimientos electrónicos dinámicos como la compra por catálogo luego de la suscripción de convenios marco y la subasta inversa electrónica, revolucionaron las prácticas en cuando a agilidad y ahorro, a la par que el número de proveedores crecía vertiginosamente.

En 2011 se registra la siguiente participación de proveedores, de acuerdo a su tamaño:

Ilustración 1. Participación de Mipymes.



Fuente: Incop

Tabla 3. Participación Mipymes.

	Número de procesos (%)	Monto de contratación (%)
microempresas	56	32
pequeñas empresas	24	21
medianas empresas	9	15
grandes empresas	10	32

Fuente: INCOP.

Las cifras anteriormente consignadas son la demostración de que, lejos de constituir una afectación a la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), el sistema nacional de contratación pública y su portal electrónico www.compraspublicas.gob.ec han sido los grandes responsables de su dinamización y acceso al mercado público.

Los procedimientos electrónicos nuevos (aunque algunos solo remozados y transformados en electrónicos, como la licitación) se fueron implementando a lo largo del primer año⁵¹, no obstante hasta su cuarto de año de vida no ha parado el proceso de innovación e incremento de herramientas electrónicas, de acuerdo con el siguiente gráfico:

Ilustración 2. Creación de herramientas tecnológicas



51 La disposición transitoria sexta de la LOSNCP estableció que únicamente para las contrataciones que se realizaran durante el primer año de vigencia de la ley, se facultaba al Instituto Nacional de Contratación Pública para que estableciera exoneraciones o disposiciones especiales para la aplicación progresiva de sus normas, especialmente aquellas relacionadas con el Plan Anual de Contratación, los registros de presupuesto y la realización de transacciones en el Portal de COMPRASPUBLICAS.

De allí que la efectividad demostrada por el Instituto Nacional de Contratación Pública (Incop) a la hora de producir y poner en operación las herramientas del portal electrónico www.compraspublicas.gob.ec, significaron para el país gozar con una pronta y oportuna implementación de sus procedimientos electrónicos.

El portal electrónico oficial de contratación pública

Hoy por hoy, el empleo de medios electrónicos en la contratación pública es parte de la estrategia de gobierno electrónico que impulsan los países.

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico establece como uno de sus principios el de la *adecuación tecnológica*, según el cual “las administraciones elegirán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades. Se recomienda el uso de estándares abiertos y de software libre en razón de la seguridad, sostenibilidad a largo plazo y para prevenir que el conocimiento público sea privatizado”⁵².

En forma concordante con este principio, el gobierno ecuatoriano estableció como política pública el uso y empleo de tecnologías abiertas para la implementación de su portal de contratación pública, tema no exento de problemas por la ausencia de conocimiento especializado en *software* libre. No obstante, efectivamente se trabajó con capacidad nacional y se fue generando *know how* y experiencia ecuatoriana con la implementación del sistema. No solamente el abaratamiento de costos es uno de los beneficios de trabajar con software abierto, sino también la gran autonomía que ofrece, puesto que no se depende de un proveedor externo para el mantenimiento, mejora e implementación de nuevos requerimientos en función de la reforma normativa.

Hay que señalar que el portal se gestó con la idea de ser transaccional e integrado (es decir, interconectado e interoperable con otras bases de datos), más allá de servir como un mero repositorio documental (portal informativo), y en efecto, soporta el camino del ciclo precontractual.

El portal www.compraspublicas.gob.ec estuvo disponible el 99.78% del año 2011, lo que equivale a decir que únicamente en un 0.22% del tiempo salió del aire y dejó de prestar su servicio. Además, repelió exitosamente 125.422 intentos de atentado a su seguridad sin haber sido vulnerado. También es importante señalar que para ese mismo año, el número de procesos de contratación que se

52 El texto íntegro de la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico se lo puede encontrar en: <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf/view> (revisado a noviembre de 2012).

ejecutaron (de forma transaccional o con publicación) fue de 152.225. Esto demuestra su alto nivel de robustez y confiabilidad. Otra muestra de su eficacia fue haber enviado durante el mismo año 2011, más de 81 millones de invitaciones sobre los distintos procedimientos convocados por las entidades contratantes⁵³.

A más de los procedimientos electrónicos, el portal cuenta con el registro de proveedores que al cierre del año 2011 registraba más de 136.000 inscritos y cerca de 47.000 proveedores habilitados, aunque esta última cifra siempre es oscilante debido a que los proveedores pueden en un momento dado salir del estatus habilitados por problemas de incumplimiento con entidades contratantes o por deudas con la administración tributaria y la seguridad social (cuyos sistemas se encuentran interconectados y por tanto habilitan o inhabilitan automáticamente, en línea, a los cumplidos y morosos, respectivamente). En un promedio, podríamos decir que el número de proveedores habilitados en el sistema ecuatoriano fluctúa entre sesenta mil y ochenta mil proveedores.

Los proveedores se conectan con las entidades contratantes (se registraron al término de 2011 cerca de 5.270, entre gobierno central, otras funciones del Estado, municipios, concejos provinciales, otros gobiernos autónomos descentralizados y unidades desconcentradas con autonomía de compra) a través de un clasificador internacional de bienes y servicios, que es su punto de enlace. El proveedor, dependiendo de su actividad económica o profesional, se categoriza con determinados códigos, a través de los cuales las entidades convocan a los procesos. El sistema envía automáticamente las invitaciones a la cuenta electrónica de los proveedores y de esta manera garantiza una amplia difusión y conocimiento de las contrataciones que se inician.

Cuenta con otras herramientas electrónicas como buscadores de procesos, planes anuales de contratación por entidad, sistema de auto capacitación virtual y una amplia gama de información legal, manuales, instructivos y reportes de gestión de resultados.

La creación del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Con la indicada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se creó además el órgano rector del sistema: el Instituto Nacional de Contratación Pública (Incop)-. Aunque pertenece a la esfera del ejecutivo, despliega sus competencias sobre todos los sujetos de la contratación pública (públicos y privados), dentro de los primeros inclusive aquellos que pertenecen a otras

53 Todas estas cifras son tomadas del informe 2011 publicado en la página www.incop.gob.ec.

funciones del Estado o a los denominados gobiernos autónomos descentralizados en sus niveles territoriales parroquial, cantonal, provincial y regional. Su misión principal es garantizar el funcionamiento óptimo del sistema nacional de contratación, entendido como el conjunto de principios, procesos, entidades, fases y relaciones organizadas que se dan en lo que atañe a la planeación, presupuesto, ejecución y control de las contrataciones públicas.

Sintetizando, al Incop corresponde ejercer las siguientes grandes facultades:

Reguladora. Es la más importante facultad que debe asumir en su rol de ente rector. Consiste en la capacidad de expedir normas administrativas de cumplimiento obligatorio para modular las actuaciones públicas y privadas. Estas normativas, que se concretan en directrices, instructivos, manuales y regulaciones, complementan el marco legal y reglamentario. Además, dentro de esta facultad se encuentra la atribución de poner en vigencia modelos de documentos precontractuales y contractuales, con el fin de evitar discrecionalidades y uniformar procedimientos.

Facultad administradora. Por supuesto, administra el portal oficial de contrataciones públicas electrónicas www.compraspublicas.gob.ec y sus herramientas electrónicas. También administra los registros electrónicos de proveedores (que incluye a los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos), de entidades contratantes y de contratos.

Facultad promotora-informativa. Sobre esta facultad la ley establece competencias de divulgación de los beneficios que tienen las mipymes dentro del mercado público. Así mismo, da a conocer oportunidades de negocio, resultados, estadísticas, informes de gestión de las compras estatales. Adicionalmente tiene el deber de velar por el cumplimiento de los objetivos del sistema, entre ellos la dinamización de la producción nacional y aplicar las políticas que dicte su Directorio. Dentro de esta facultad también se destaca la atribución de asesorar y capacitar a los actores públicos y privados de la contratación pública.

Facultad verificadora. Al Incop le corresponde verificar circunstancias como el uso obligatorio del Portal www.compraspublicas.gob.ec para completar el ciclo transaccional de la contratación pública, el empleo de los modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, que la información se encuentre actualizada, que no se produzcan conductas elusivas de los objetivos prioritarios del sistema. Para ello, realiza monitoreos de procedimientos precontractuales y requerimientos con observaciones a las entidades contratantes. Carece de capacidad sancionadora, por lo que debe remitir a los organismos de control (fundamentalmente Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado) información relacionada con irregularidades advertidas en

los pliegos y procedimientos precontractuales.

Facultad ejecutora. Finalmente, la última gran facultad que ejerce el Incop es la de ejecución de procesos que agregan demanda. Fundamentalmente nos referimos a llevar adelante procesos de selección para suscribir convenios marco y conformar catálogos electrónicos que las entidades contratantes emplearán para sus compras particulares.

Resultados de la gestión.

Para justificar la creación de un nuevo organismo público, es muy importante demostrar de manera temprana resultados positivos. En el caso del Incop, su éxito fue haber concluido el desarrollo y perfeccionamiento, en los primeros meses, de las herramientas tecnológicas para que operaran los nuevos procedimientos dinámicos: modalidad de acuerdos marco y compra por catálogo electrónico y la subasta inversa electrónica. Además, se trabajó prontamente en poner en funcionamiento la licitación electrónica transaccional, con lo que se cubría buena parte de los procedimientos comunes más usados en la contratación pública.

El mapa de procedimientos de régimen común⁵⁴ vigente en Ecuador y que cuenta con herramientas electrónicas transaccionales, es el siguiente:

Tabla 4. Clasificación de procedimientos.

Procedimientos dinámicos	Procedimientos generales	Procedimientos para consultoría
Convenio marco/compra por catálogo	Ínfima cuantía	Contratación directa
	Menor cuantía	
	Cotización	Lista corta
Subasta inversa electrónica	Licitación	Concurso público

Procedimientos dinámicos: se refiere a compra de bienes y prestación de servicios “normalizados” o estándares.

Procedimientos generales: para contratación de obras, bienes o servicios no normalizados o aplicables, en caso de que los bienes y servicios normalizados no se hayan podido adjudicar por los procedimientos dinámicos.

54 Existen también procedimientos de régimen especial, cuya contratación tiene otras lógicas y por tanto hasta la fecha no se gestionan electrónicamente, únicamente se publican sus resultados.

Procedimientos para consultoría: aplicables para contratación de servicios profesionales especializados.

Si se considera el grado de participación de proveedores, la clasificación será la siguiente:

Tabla 5. Clasificación de procedimientos.

De convocatoria pública abierta	De convocatoria restringida o selectiva	De invitación directa
Convenio marco	Menor cuantía obras	Ínfima cuantía
Subasta inversa electrónica	Cotización	Menor cuantía bienes y servicios
Licitación	Lista corta (consultoría)	Contratación directa (consultoría)
Concurso público (consultoría)		

De convocatoria pública abierta: se refiere a los procesos que no excluyen en su convocatoria a ningún proveedor habilitado en la categoría correspondiente.

De convocatoria restringida o selectiva: Menor cuantía obras y cotización priorizan la participación de micro y pequeños proveedores de una circunscripción cantonal determinada. La lista corta es conformada a discreción de la entidad entre tres y seis consultores habilitados.

De invitación directa: Corresponden a contrataciones directas.

Durante el año 2011, las estadísticas generadas por Incop sobre el funcionamiento del sistema nacional de contratación pública arrojan los siguientes indicadores:

La contratación pública alcanzó US\$9.857,369,693.80, que equivale al 15% del PIB y el 41% del presupuesto general del Estado.

El número de procesos que se realizaron o publicaron⁵⁵ en el portal www.compraspublicas.gob.ec fue de 152.225.

Los procedimientos con mayor volumen de montos transados en el portal fueron:

55 Los procedimientos de régimen especial no tienen una herramienta transaccional en el portal, sino que únicamente son susceptibles de publicación para transparentar la información de los resultados.

Tabla 6. Resultados de procesos.

Procedimiento	Número de procesos	Monto adjudicado (US \$)	Rebaja sobre el presupuesto referencial (US \$)
Licitación	570	2.054,792,244.12	88,478,376.79
Subasta inversa electrónica	28.670	1.179,286,531.51	188,208,039.34

Fuente: Incop

Entre estos dos procedimientos se concentra el 30% de todo el volumen de contratación pública. La subasta inversa electrónica es el procedimiento que más aporta en rebajas de precios referenciales a la hora de adjudicar.

Evaluaciones.

Es muy importante para la sanidad y buen funcionamiento de las contrataciones estatales mantener un esquema permanente de evaluación de la gestión global del sistema.

Como ya se indicó anteriormente, el “Mapa de riesgos relacionados con corrupción en contratación pública en Ecuador”, de fecha enero 2002⁵⁶, dio cuenta de un panorama bastante oscuro en el diseño del Sistema Nacional de Contratación Pública y en sus prácticas o desempeño.

Para el año 2010, el Incop inició la evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública con metodología OECD⁵⁷, basado en cuatro grandes pilares. Cada uno de ellos recibió un puntaje luego de la participación de muchos actores públicos, privados y de la sociedad civil, todo con acompañamiento de consultores nacionales e internacionales.

Los resultados que se obtuvieron de esta evaluación sistémica fueron los siguientes:

56 El trabajo se encuentra publicado en http://archive.transparency.org/regional_pages/americanas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion (revisado a noviembre 2012).

57 Esta evaluación se encuentra publicada en <http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/317-incop-informe-evaluacion-del-sncp-ecuador-oecd-dac-1> (revisado a noviembre 2012).

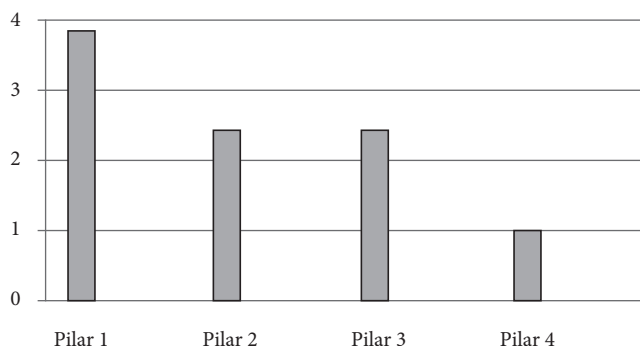
Tabla 7. Resultados evaluación OECD.

Pilar	Puntaje sobre 3
Marco legislativo y regulatorio	3
Marco institucional y capacidad de gestión	2
Las adquisiciones y prácticas de mercado	2
Integridad y transparencia del sistema de adquisiciones públicas	1

Fuente: Incop.

Gráficamente la evaluación se ve así.

Ilustración 3. Resultados evaluación OECD.



Fuente: Incop.

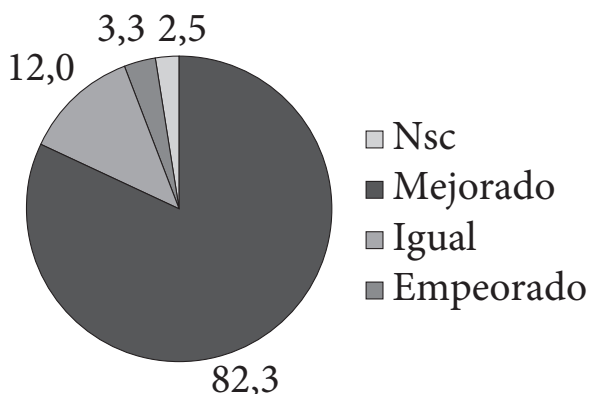
La interpretación del gráfico indica que, si bien es cierto, la ley vigente tiene un buen esquema propicio a la contratación transparente y eficiente, hay campo por mejorar en la capacidad institucional pública (profesionalización de compradores) y en las prácticas del mercado (relación proveedor-entidad contratante). La más baja puntuación corresponde al pilar de transparencia, lo que sin duda exige un nuevo desafío al país en mejorar los sistemas de control, la gestión de los entes que tienen a su cargo esas tareas, su esquema de reclamos e impugnaciones y la matriz de sanciones frente a las conductas indebidas e ilegales.

En todo caso, si se compara la evaluación de 2002 (antes de la reforma) con la evaluación de 2010 (después del sistema nacional de contratación pública), en aquellos indicadores que pueden equipararse, se evidencia un enorme avance, según se plasma en el siguiente gráfico.

Así mismo, en el año 2011 el INCOP realizó una evaluación del cumplimiento de objetivos. Dentro de dicha evaluación se realizaron encuestas a proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública. La investigación fue de tipo cualitativa – percepción, a través de encuestas electrónicas. Se encuestó un universo de tres mil proveedores y tres mil entidades contratantes con un nivel de confianza del 95% y un nivel de error del 5%.

Respecto a la pregunta: ¿En relación con los últimos dos años, en general la contratación pública en el país ha mejorado, está igual o ha empeorado?, los resultados fueron los siguientes:

Ilustración 4. Resultados encuestas de percepción.



En general, este estudio contratado con una prestigiosa empresa independiente, concluye lo siguiente:

El espíritu con el que fue creado el Incop es valorado por los participantes. Existe un impacto alto en institucionalidad y normativa.

Estadísticamente se refleja un ahorro gracias a la introducción del portal tanto para entidades como proveedores, sin embargo, econométricamente no se ha podido determinar las variables de ahorro.

La introducción del portal ha encadenado mejoras en eficiencia en los procesos de contratación pública.

Una de las mayores virtudes del sistema es la gama de oportunidades existentes para artesanos, micro, pequeños y medianos proveedores que se encontraban rezagados.

La transparencia y calidad son pilares en los que aun hay que trabajar, constituyéndose en elementos de responsabilidad no solo del Incop sino de entidades, proveedores y organismos de control.

De esta manera, el impulso de una reforma normativa, acompañada de liderazgo y rectoría efectiva del Incop alcanzaron en los primeros años impactos positivos tempranos en la eficiencia, transparencia y participación nacional, especialmente de micro, pequeños y medianos proveedores. No obstante, como toda ejecutoria social y tecnológica, no es una tarea que ha concluido y es necesario trabajar en su mejora continua y fortalecimiento. En materia de contratación pública electrónica ningún país en el mundo puede decir que ha llegado al final del camino, todos seguimos avanzando.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

Bibiloni, Homero, “Los efectos de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759) sobre los contratos administrativos y otras situaciones” en Carlos Botassi, Director, *Temas de Derecho Administrativo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 177 – 197.

Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, segunda edición.

Dromi, Roberto, *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

Dromi, Roberto, *Sistema y Valores Administrativos*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*. Nuevos mecanismos de control judicial, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2004, segunda edición.

INFORMES Y PUBLICACIONES NO PERIÓDICAS

Beláustegui, Victoria, “Las compras públicas sustentables en América Latina: estado de avance y elementos clave para su desarrollo”, Programa Fortalecimiento de los Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe a través del uso de las herramientas TIC y de la promoción de la participación de las MIPyMEs - Grupo de Trabajo temático N° 3, 2010.

Mesicic, Informe Final sobre el Ecuador, luego de la Decimosexta Reunión del Comité de Expertos, llevada a efecto del 22 al 26 de marzo de 2010; http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf (septiembre 2011).

Bleger, Leonardo “Instrumentos financieros para facilitar el acceso de las

pymes a las compras públicas”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP/Documento de Trabajo No. 2, 2010, en <http://ricg.info:8080/Plone/iniciativas-de-apoyo-es/programa-ict4gp/grupos-de-trabajo/ttg-2-2013-instrumentos-financieros-para-facilitar-el-acceso-de-las-mipymes-a-las-compras-publicas/participantes/documentos/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20No3.pdf/view>.

Saavedra, José, “Reformas en los mecanismos de compras públicas y las mipymes”, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, Programa ICT4GP, Documento de Trabajo No. 1, 2010, en <http://ricg.info:8080/Plone/novedades-es/publicacion-del-primer-documento-ttg-sobre-reformas-en-los-mecanismos-de-compras-publicas-y-las-mipymes>.

PÁGINAS DE INTERNET

Concha, Gastón, “Background Study: the status of e-procurement reforms in Central and South America, Reporte Final, Resultados de la Medición de Madurez, Portales de Compra de América Latina”, IDB, Regional Workshop on e-procurement, 2008, en: http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Reporte_Final.pdf.

Moreno Escobar, Hernán, *Gobierno electrónico y transparencia en la gestión pública de América Latina: sistemas de compras y contratación*, Taller Avances en Gobierno Electrónico para mejorar la Transparencia, Cepal, Naciones Unidas, 2010, <http://www.eclac.org/socinfo/noticias/noticias/4/40064/sesion5.pdf>.

Schwartz, Joshua, *Procurement as a tool for economic stimulus: The United States' experience, 2008-2010*, <http://www.ippp.org/IPPC4/Proceedings/16PublicProcurementasanEconomicPolicyTool/Paper16-1.pdf>.

Suárez Beltrán, Gonzalo y Laguado Giraldo, Roberto, *Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina, Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad*, Santiago de Chile, Publicación de las Naciones Unidas, 2007, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/28648/DocW130.pdf>.

Vinocour Fornieri, Sergio, “Las compras del Estado en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica – México y en la Organización Mundial de Comercio”, <http://www.comex.go.cr/conferencias/Conferencias/Las%20compras%20del%20estado%20en%20el%20Tratado%20de%20Libre%20Comercio%20entre%20Costa%20Rica%20-%20Mexico.pdf>.

“Collusion and corruption in public procurement, Contribution from Mexico”, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, 2010, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/11/44512059.pdf>

http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas/diagnostico_y_medicion

<http://www.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf/view>
www.compraspublicas.gob.ec

[http://contratacionpublica.wikispaces.com/La+contrataci%C3%B3n+p%C3%BAblica.](http://contratacionpublica.wikispaces.com/La+contrataci%C3%B3n+p%C3%BAblica)

Los Sistemas Dinámicos de Adquisición, [http://contratacionpublica.wikispaces.com/Los+sistemas+din%C3%A1micos+de+adquisici%C3%B3n.](http://contratacionpublica.wikispaces.com/Los+sistemas+din%C3%A1micos+de+adquisici%C3%B3n)

<http://www.incop.gob.ec/incop/images/docs/pubs/reporte-anual-2011a.pdf>

<http://www.incop.gob.ec/incop/index.php/agencias-de-informacion/publicaciones/informe-de-labores/317-incop-informe-evaluacion-del-sncp-ecuador-oecd-dac-1>

http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_ecu.pdf

CORRUPCIÓN,
TRANSPARENCIA
Y GOBIERNO
ABIERTO EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA

EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO*

** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de
Salamanca (España)*

1.	NECESIDAD DE UNA “NUEVA CULTURA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”: EL PARADIGMA EUROPEO	150
1.1.	Eficiencia Pública	153
1.2.	Contratación Estratégica.....	155
1.3.	Integridad y Buena Administración	159
2.	CORRUPCIÓN, GOBIERNO ABIERTO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA	160
2.1.	Buena Práctica de Gobierno Abierto en la Contratación Pública Europea	164
2.2.	Riesgos y Prácticas Corruptas en las Compras Públicas	170
3.	MEDIDAS PARA FAVORECER LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	176
3.1.	Codificación y Estabilidad Normativa	177
3.2.	Profesionalización.....	179
3.3.	Gobernanza	183
3.4.	Transparencia y Eficiencia: Contratación Electrónica..	186
3.4.1.	Extensión del Ámbito Subjetivo: Sector Público y Partidos Políticos	188
3.4.2.	Contratos Menores y Contratación de Mínima Cuantía	195
4.	BIBLIOGRAFÍA	198

1. NECESIDAD DE UNA “NUEVA CULTURA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”: EL PARADIGMA EUROPEO

Los tiempos de bonanza y progreso económico y social han dejado paso en la actualidad a una prevalencia del valor “crisis”, que parece instaurado a nivel global, pues no solo se habla de crisis económica y financiera, evidente a todas luces, sino también de crisis institucional y democrática, moral y ética, social, de identidad, de autoestima, que se traduce en una desafección de la ciudadanía y una merma en la reputación de los diferentes países y los sistemas democráticos⁵⁸. Europa no es una excepción y por ello se enfrenta a un momento de transformación acuciada por la crisis mundial, que precisa de una estrategia que le permita salir fortalecida de la misma disfrutando de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social.

Para ello, en 2010 la Comisión Europea previó desarrollar el programa “EUROPA 2020 *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”⁵⁹, que se basa en tres prioridades interrelacionadas y que se refuerzan mutuamente: un crecimiento inteligente (desarrollo de una economía basa-

58 Si tomamos como ejemplo España, a partir del estudio Country RepTrak™ España 2011, se constata que la crisis económica y las dudas sobre su solvencia financiera, entre otros factores, han producido una caída de la reputación externa e interna de dicho país, con una notoria “crisis de autoestima” entre sus ciudadanos en relación con su reputación a nivel internacional. Según el Diccionario de la Real Academia Española, reputación tiene dos acepciones posibles: “opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo”, y “prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo”. La reputación de un país es una variable emocional (admiro y respeto ese país, tengo una buena opinión sobre ese país, tiene una buena reputación, o confío en ese país), que se explica mediante variables racionales (nivel de desarrollo, calidad de vida, calidad institucional), y tiene una relevancia sobresaliente en lo que podemos denominar “economía de la reputación”. Este término se refiere al retorno de la inversión en construir una buena reputación de país, dado que esta implica un impacto directo en determinados comportamientos de apoyo como visitar, comprar productos, invertir, estudiar, vivir y trabajar, que, a su vez, influyen en importantes variables económicas como llegada de turistas, inversión extranjera directa, exportaciones, etcétera España tiene un marcado perfil de reputación, dominado por su fortaleza en atributos denominados “blandos” como gente amable y simpática, estilo de vida atractivo y posibilidades de ocio y entretenimiento. Sin embargo, destaca también por su debilidad en atributos más “duros” como tecnología e innovación, marcas y empresas conocidas, calidad de productos y servicios y el entorno económico. En este sentido, España se ve como un buen país para vivir o para visitar, pero no ocurre lo mismo en cuanto a su preferencia para invertir o para comprar sus productos y servicios. En términos generales y de acuerdo con las conclusiones del estudio Country RepTrak™ 2011, los españoles son especialmente pesimistas (peor valoración interna que externa), de ahí su “crisis de autoestima”, con su entorno político, el uso eficiente de los recursos públicos, el nivel de bienestar social, el respeto internacional y la fortaleza de su entorno económico. Vid. <http://www.reputationinstitute.com/>

59 Comunicación de la Comisión: EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020.

da en el conocimiento y la innovación); un crecimiento sostenible (promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva) y un crecimiento integrador (fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial). Europa 2020 constituye una visión de la economía social de mercado de Europa para el siglo XXI y la Comisión propone como principales objetivos los siguientes: el fomento del empleo, ya que el 75% de la población de entre 20 y 64 años debería estar empleada; mejorar las condiciones de la investigación y la innovación, por lo que el 3% del Producto Interior Bruto (PIB) de la Unión Europea (UE) debería ser invertido en I+D; el cumplimiento de los compromisos en materia de energía y cambio climático, debiendo alcanzarse el objetivo «20/20/20» en materia de clima y energía (incluido un incremento del 30% de la reducción de emisiones, si se dan las condiciones para ello); perfeccionamiento de la educación, con el propósito de que el porcentaje de abandono escolar sea inferior al 10% y al menos el 40% de la generación más joven alcance a tener estudios superiores completos y la lucha contra la pobreza, cuyo riesgo debería amenazar a 20 millones de personas menos⁶⁰.

A tal fin, la Comisión Europea considera que el papel que desempeña la contratación pública resulta clave en la Estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para alcanzar sus objetivos. Un mercado de contratación pública de la UE que funcione correctamente es un motor clave de crecimiento y una piedra angular del mercado único además fundamental para estimular la competencia, la innovación y la cohesión social. De hecho, se ha identificado como una actividad económica principal, a nivel mundial y europeo, cuyo impacto para la sociedad no puede pasar desapercibido a los poderes públicos para la consecución no solo de fines económicos sino también de objetivos sociales comunes. A título ejemplificativo, según datos de la Comisión Europea en el año 2008, la compra de obras, bienes y servicios por parte del sector público se cifró en 2.164,47 billones de

60 Estos objetivos se catalizan, tanto en la Unión Europea como en los Estados miembros, a partir de siete iniciativas emblemáticas. Para un crecimiento inteligente las iniciativas son: “Una agenda digital para Europa” COM (2010) 245 final/2, de 26 de agosto de 2010; “Juventud en movimiento” COM (2010) 477 final, de 15 de septiembre de 2010; y “Unión por la innovación” COM (2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010. Para un crecimiento sostenible: “Una política industrial para la era de la mundialización” COM (2010) 614 final, de 28 de octubre de 2010 y “Una Europa que utilice eficazmente los recursos” COM (2011) 21 final, de 26 de enero de 2011. Finalmente, para un crecimiento integrador: “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos” COM (2010) 682 final, de 23 de noviembre y “Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social” COM (2010) 758 final, de 16 de diciembre de 2010. Comunicación [...] op. cit., nota 2, págs. 3 y 4.

euros que equivalen a un 17,3% del PIB europeo y en 2009 la cifra ascendió a 2.288,44 billones de euros que supone el 19,4%. Sin embargo, la trascendencia de los contratos públicos por Estados miembros varía considerablemente de unos a otros, desde el más bajo de 11,1% del PIB de Grecia, al 18,5% de España, el 19,3% de Alemania, el 26,6% de República Checa y el más alto de 30,9% de Holanda⁶¹.

Por otra parte, en los países de la OCDE, las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa aproximadamente un 15% del PIB. Los intereses económicos en juego, el volumen de transacciones dentro del ámbito mundial y la interacción más estrecha entre los sectores público y privado la hacen especialmente vulnerable a la corrupción, ya que plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos públicos para la consecución de beneficios particulares. Por ejemplo, según el sondeo ejecutivo de opinión de 2005 del Foro Económico Mundial, el soborno por parte de empresas internacionales en países de la OCDE es más predominante en la contratación pública que en los servicios públicos, la fiscalidad o el poder judicial⁶².

Visto lo anterior, resulta imperativo caminar por la senda de la transformación y modernización de la contratación del sector público para hacer frente a los retos actuales del vigente contexto político, social y económico, es decir, hacia una “*nueva cultura de la contratación pública*”. Esta “nueva cultura” se deberá asentar, según el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE⁶³, sobre tres pilares complementarios que interactúan y se interrelacionan entre sí como vasos comunicantes: el incremento de la *eficacia y eficiencia* de los fondos públicos asociado a las compras públicas; la contratación estratégica como instrumento al servicio de políticas públicas activas en apoyo de intereses y objetivos sociales comunes y la *integridad y buena administración* del procedimiento contractual alejado de prácticas corruptas y clientelares, que es el tema central en este trabajo.

61 Documento de trabajo de la Comisión Europea “Public Procurement Indicators 2009”, Bruselas, 11 de noviembre de 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf

62 OCDE, *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2009, pág. 17.

63 Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.

1.1. Eficiencia Pública

La eficiencia del gasto público constituye un principio comunitario y también de alcance constitucional⁶⁴, ligado al derecho fundamental de buena administración que limita las opciones de los distintos poderes adjudicadores que deben optar por la más eficiente desde la perspectiva de los fondos públicos. Por lo tanto, según el antedicho Libro Verde, “se deben buscar los mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones). Para alcanzar este objetivo es fundamental generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior. Se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia. Al mismo tiempo, es crucial incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación como la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de los pequeños poderes adjudicadores, podría ayudar a los contratantes públicos a lograr los mejores resultados de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público. Unos procedimientos más eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las pequeñas y medianas empresas (pyme) y de los licitadores transfronterizos”⁶⁵.

Para acrecentar la eficiencia de la contratación pública, la obligación de transparencia se convierte en un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación⁶⁶. Una contratación transparente mejora la economía y la competitividad. Conviene recordar que el principio de libre competencia tiene carácter comunitario, recogido en el artículo 3 del Tratado

64 Artículo 31.2 Constitución Española de 1978: “2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

65 Destacar que en la UE la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública es muy baja, pues según los estudios recientes, solo el 1,6 % de los contratos públicos se adjudica a operadores de otros Estados miembros. La participación transfronteriza indirecta —a través de empresas filiales o asociadas situadas en el Estado miembro del poder adjudicador— es más frecuente. No obstante, incluso la tasa de adjudicaciones transfronterizas indirectas sigue siendo relativamente baja (11 %). Libro Verde sobre la modernización de la política. op. cit., nota 6, págs. 4 y 5.

66 Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), Caso ARGE Gewässerschutz contra und Fortswirtschaft, de 7 de diciembre de 2000.

de la Unión Europea (TUE) del 7 de febrero de 1992, al afirmar que la Unión Europea obrará “*en una economía social de mercado altamente competitiva*”.

El derecho a la libre competencia, igual que sucede con las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios, tiene por finalidad garantizar el funcionamiento de una economía de mercado, transformando a este en un auténtico espacio económico único, lo que condiciona la política económica de la Unión y de los Estados miembros. Por ende, la protección de la libre competencia en el ejercicio de actividades socio-económicas va ineludiblemente vinculada a la contratación pública de los distintos poderes públicos. Resulta palmario que una competencia fuerte y correcta en su funcionamiento reduce los precios, mejora la calidad de los productos y servicios, promueve la innovación, la inversión privada y el desarrollo de las pyme.

Significativamente, el papel sobresaliente de las pyme en la contratación pública⁶⁷ surge derivado de su evidente peso específico, al ser considerada la espina dorsal de la economía de la UE. Por ejemplo, el tejido empresarial de España se constituye con el 99,88% de pyme, auténtico motor de creación de empleo, crecimiento e innovación, siendo ligeramente mayor que la media de la UE que alcanza el 99,8%⁶⁸. Toman carta de naturaleza para facilitar el acceso de las pyme a las compras públicas dos estrategias con diferente filosofía. De una parte, aparece en la UE el principio vertebrador “*pensar primero a pequeña escala*”⁶⁹, con el propósito

67 Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE), publicada en el DOUE L124, de 20 de mayo de 2003, pág. 36 y sigs. De conformidad con su artículo 1: “Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica”. Asimismo, en su artículo 2 define los efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas, siendo los siguientes: “1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pyme) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. 2. En la categoría de las pyme, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros. 3. En la categoría de las pyme, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros”.

68 Según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 de enero del año 2011 hay en España 3.246.986 empresas, de las cuales 3.243.185 (99,88%) son pyme (entre 0 y 249 asalariados). Datos provenientes de Comisión Europea, “Annual Report on EU Small and Medium sized Enterprises 2010/2011” y del “Retrato de las pyme 2012”, que facilita la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (España), disponible en www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_pyme_2012.pdf

69 Comunicación de la Comisión “Pensar primero a pequeña escala, Small Business Act para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas”, COM (2008) 394 final, de 25 de junio de 2008; y el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión: “Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pyme a los contratos públicos”, SEC(2008)2193, de 25 de junio de 2008.

de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en los contratos públicos a partir de una contratación estratégica, que no promueva la deslocalización empresarial.

De otra parte, la consabida reserva de contratos, cuya mejor representación la ostenta la *Small Business Act* de los Estados Unidos, que reserva el 25% de los contratos públicos federales a las pyme estadounidenses⁷⁰. En definitiva, se debe apostar por el fomento de la participación de las pyme en las licitaciones públicas para la reactivación económica. Así, nos ilustra Gimeno Feliú, que “la mayor participación de las pyme en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a las entidades adjudicadoras una mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las pyme desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía”⁷¹.

1.2. Contratación Estratégica

La contratación pública puede y debe perseguir su utilización estratégica para dar respuesta a nuevos desafíos políticos y sociales en cumplimiento de fines institucionales de carácter general. En la actualidad, esta “nueva cultura de la contratación pública” pasa porque la contratación pública “no sea considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. En consecuencia, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de la consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos”⁷², mediante la

70 La estrategia de fijar cuotas a favor de las pyme no es seguida por la UE al considerar que la adopción de este tipo de medidas proteccionistas no contribuiría a alcanzar el objetivo general que debe perseguir la Unión, consistente en abrir los mercados. Además, en el año 2005 el volumen global de contratos públicos adjudicados en el ámbito comunitario a empresas consideradas pyme ascendió aproximadamente el 42%.

71 GIMENO FELIÚ, J.M., «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación pública y las pyme como estrategia de reactivación de la economía», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 61 a 64.

72 Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determi-

implementación de los principios de objetividad, igualdad de trato y transparencia en la adjudicación de contratos públicos. De hecho, debe constituir una contribución importante a la realización de los citados objetivos estratégicos de Europa 2020, al comprar bienes y servicios con un alto valor «social» en términos de promoción de la innovación, respeto del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, reducción del consumo energético, mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales y promoción de la igualdad, mejorando la inclusión de los grupos desfavorecidos⁷³.

Según el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea hay dos maneras posibles de utilizar la contratación pública para realizar los objetivos políticos de Europa 2020: de un lado, proporcionar a los poderes adjudicadores los medios para tener en cuenta esos objetivos de acuerdo con las normas procedimentales de contratación pública («cómo comprar») y de otro lado, imponer requisitos obligatorios a los poderes adjudicadores o proporcionar incentivos para orientar sus decisiones respecto a qué productos y servicios deben comprarse («qué comprar»)⁷⁴.

Aparece aquí, nítidamente, el concepto de “*Compra Pública Sostenible*” (CPS) o también denominada “contratación pública responsable o sustentable”, que consiste en “la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública. Su contenido aúna diferentes concepciones de la contratación pública responsable como son la compra ética, la compra verde o la compra social, puesto que recoge sus características, fundamentos y objetivos. Las decisiones sostenibles de compra consisten no solo en contratar el producto o servicio requerido para una utilidad concreta sino que han de tener en cuenta otros aspectos relacionados con el método y las condiciones de producción, los materiales que los componen, las condiciones laborales de las personas trabajadoras o las consecuencias directas e indirectas que su producción o prestación suponen a corto y a largo plazo”⁷⁵. En defini-

nados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras. GIMENO FELIÚ, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?», en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)* (2010), núm. 147, pág. 517.

73 A estos efectos, hay que resaltar la concordancia con el artículo 9 TFUE, que solicita que la UE tenga en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada y con la lucha contra la exclusión social.

74 Libro Verde sobre la modernización de la política, op. cit., nota 6, pág. 37.

75 “La compra verde o ecológica se basa en la incorporación de requerimientos medioambientales en los contratos de suministro, obras y servicios como la eficiencia energética, el uso

tiva, la compra pública sostenible está formada por tres elementos: “compra verde”, “compra ética” y “compra social”.

La idea que persigue la contratación pública sostenible es la consecución de evidentes beneficios sociales, políticos y ambientales, actuando como un eficaz instrumento de cohesión social y beneficio a la comunidad, sin merma de la eficiencia en las compras públicas. Conviene recordar que el progreso económico y la cohesión social, unidos a un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, son los pilares complementarios del desarrollo sostenible y forman el núcleo del proceso de integración europea⁷⁶. De este modo, la incorporación de objetivos estratégicos en la contratación pública debe hacerse evitando la creación de nuevas cargas administrativas desproporcionadas para los poderes adjudicadores y el falseamiento de la competencia en los contratos públicos. Asimismo, el “coste del ciclo de vida” de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar no debe incluir solo los gastos monetarios directos, sino también el cálculo de los costes y beneficios sociales y ambientales que se producen a lo largo de todo el proceso contractual, propugnando la adopción de sistemas de selección, adjudicación y ejecución que más favorezcan a la comunidad desde la triple perspectiva económica, social y ambiental. Por lo tanto, deviene necesaria una “*nueva cultura de contratación pública*” que incentive y refuerce su aprovechamiento estratégico con fines no solo económicos, sino también de carácter ambiental y social.

De ahí la necesidad imperiosa de incluir cláusulas sociales que materialicen una contratación pública sostenible y responsable, que lógicamente salvaguarde principios básicos contractuales (publicidad, libre concurrencia, transparen-

de productos reutilizables, el empleo de energías renovables, la minimización de emisiones, la adecuada gestión de residuos, etcétera. La compra ética es un tipo de compra social que comprende la exigencia a las empresas y productores, especialmente si operan en países extracomunitarios, de ofrecer garantías de que los productos a suministrar o a utilizar en el desempeño del servicio, se han elaborado en condiciones laborales dignas de acuerdo a los postulados del trabajo decente. Estos criterios tratan de garantizar como mínimo los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración Universal de Derechos Humanos así como optar por las alternativas de comercio justo para aquellos productos y servicios en los que exista esta opción. La compra social considera aspectos como la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la contratación de empresas de inserción y centros especiales de empleo, el apoyo a la economía social y pequeñas y medianas empresas, la promoción de la igualdad de oportunidades y el diseño y accesibilidad para todos”. VV.AA., Guía de contratación pública sostenible. Incorporación de criterios sociales, Ed. IDEAS, Villafranca de Córdoba, 2010, págs. 10 y 11.

76 Comunicación interpretativa de la Comisión sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, pág. 4.

cia, confidencialidad, igualdad y no discriminación⁷⁷), pero sin obviar otros principios y objetivos de carácter social⁷⁸.

En Hispanoamérica existen también diferentes proyectos de compra pública sostenible o sustentable. Así, en el marco de las actividades de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)⁷⁹, de la que forma parte

77 Tal y como recogen en España los artículos 191 y 192 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF) (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011).

78 La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana en su Dictamen 1/2003, de 21 de marzo, define las cláusulas sociales como la inclusión de ciertos criterios o principios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión o reserva de mercado), como elemento de valoración (criterio de adjudicación) o como obligación inherente al contrato (exigencia en la ejecución). En opinión de Ramos, podrían definirse como “aquellas estipulaciones o disposiciones establecidas en las normas reguladoras de la contratación pública, que despliegan su eficacia una vez incorporadas al propio contrato, tendentes a lograr objetivos de política social y que exceden de la prestación que regula dicho contrato” (RAMOS, A., “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RDLeg. 3/2011”, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 119, mayo 2012, pág. 31). Por su parte, el reciente Acuerdo 59/2012, de 26 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública (BOCYL núm. 147, de 1 de agosto de 2012), entiende por cláusulas sociales “aquellas que establecen la inclusión de aspectos de política social en los procedimientos de contratación pública como el fomento del empleo de personas en situación o riesgo de exclusión social, la inserción laboral de personas con discapacidad, el fomento de la estabilidad en el empleo, la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el impulso de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en las empresas”.

79 La Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) es una iniciativa de los países de las Américas constituida como un mecanismo de cooperación técnica regional, integrada por las instituciones gubernamentales, en cabeza de los directores nacionales, que tienen la máxima responsabilidad relacionada con la regulación, gestión y modernización de las compras públicas en 32 países de América Latina y el Caribe, que manejan del 15 al 20% del PIB de sus países. La Red cuenta con unos Estatutos de constitución, los cuales fueron aprobados por los miembros de la RICG en el año 2008, en la Ciudad de Panamá, y en donde consta que la Red se estructura de la siguiente manera: La Secretaría Técnica, en cabeza de la OEA, un Presidente y un Comité Ejecutivo integrado por representantes de países miembros correspondientes a las 5 áreas geográficas de la región; al igual que por la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC), organismos internacionales que apoyan institucional y financieramente a la Red desde su nacimiento, con el fin de establecer un espacio hemisférico de colaboración en el área más importante de la administración pública y para transmitir a los ciudadanos una imagen de credibilidad en sus instituciones en el ámbito de las compras gubernamentales. La RICG tiene como objetivos fortalecer las capacidades de cada país para aumentar la eficiencia y la transparencia en las compras gubernamentales; generar y mantener espacios de reflexión, conocimiento mutuo, cooperación técnica solidaria, capacitación e intercambio de experiencias entre las instituciones que integran la Red, con el propósito de contribuir al fortalecimiento de las prácticas de compras gubernamentales de la Región, así como de tender vínculos entre los gobiernos, organizacio-

Colombia y con el objeto de diseñar un proyecto en compras públicas sustentables, liderado por el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (IDRC), en colaboración con la Organización de los Estados Americanos (OEA), se realizó una primera reunión del grupo de trabajo del proyecto durante los días 8 y 9 de noviembre de 2012, en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos. Con el fin de definir este nuevo proyecto participativamente y en diálogo con los países de la región, se constituyó un grupo de trabajo conformado por Chile, Costa Rica, Panamá y Brasil, que actuarán como portavoces de los demás países de la RICG. Durante el taller se presentaron los avances, experiencias, necesidades y requerimientos de los países del hemisferio americano en compras públicas sustentables, al igual que la definición de los temas claves y componentes del nuevo proyecto⁸⁰.

En definitiva, se compadece bien con un Estado social y democrático de Derecho la interacción positiva y dinámica entre el potencial económico de la contratación pública y su aprovechamiento estratégico para fines sociales y medioambientales de interés general. No solo resulta lícito, sino además coherente con un modelo de Estado moderno, que puede y debe ser el motor de una economía sostenible⁸¹.

1.3. Integridad y Buena Administración

Junto a lo anterior, interesa destacar, por ser el objeto principal de este trabajo, el tercer pilar que hace referencia a un mayor desarrollo de la legislación de la UE sobre contratación pública para abordar cuestiones importantes que hasta ahora no han sido tratadas suficientemente, como la prevención de la corrupción, el favoritismo, el conflicto de intereses y la lucha contra ellos. En este sentido, igualmente tiene hoy resonancia y actualidad una “nueva cultura de integridad y apertura”, que debe surgir y reforzarse con medidas que pongan de manifiesto la verdadera voluntad de todos los actores del Estado en luchar contra el fenómeno social de la corrupción, que parece inherente al ser humano.

nes de la sociedad vinculadas a las compras públicas y los organismos internacionales. Vid. <http://www.ricg.info:8080/Plone>.

80 Las presentaciones de las actuaciones en materia de Compra Pública Responsable realizadas por Chile, Costa Rica, Panamá y Brasil se encuentran disponibles en <http://www.ricg.info:8080/Plone/iniciativas-de-apoyo-es/proyecto-en-compras-publicas-sostenibles/grupo-de-trabajo-1/primera-reunion-de-planificacion/>

81 Para mayor abundamiento JIMÉNEZ FRANCO, E., «Compra pública sostenible y las personas con discapacidad», en VV.AA., *El Derecho ante las personas con discapacidad: Diversos ámbitos de protección*, en prensa.

Esta lacra que compromete el desarrollo sostenible y el principio de legalidad, que daña irremediabilmente los valores superiores de la ética, la justicia, la democracia y el Estado de Derecho, debe ser combatida por todos y con todos los recursos disponibles desde todos los ángulos y direcciones posibles, con el fin teleológico de prevenirla, de convertirla en un acto de alto riesgo y de escasa utilidad. Se pretende salvaguardar la estabilidad y la seguridad de las sociedades actuales ante una situación de grave crisis económica, institucional, e incluso, de identidad.

La reducción del gasto público, la austeridad, la eficacia y eficiencia en su gestión, la transparencia de la actividad de todos los poderes públicos en sentido amplio, el buen gobierno, la buena administración de los recursos públicos, el imperio de la ley, el control y vigilancia de todos contra todos suponen deberes para con la ciudadanía que, no olvidemos, ostenta la soberanía nacional. El fomento de una cultura de rechazo a la corrupción, de legalidad, de salvaguarda de la integridad, de apertura y transparencia, nos debe conducir, sin duda, al mantenimiento y crecimiento del bienestar de la sociedad. Todo ello va ineludiblemente unido al ámbito de la contratación pública, dados los efectos nocivos de la corrupción no solo en materia económica, sino también a nivel social y político.

2. CORRUPCIÓN, GOBIERNO ABIERTO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La prevención y lucha contra la corrupción parte de una premisa esencial que es la potenciación de una democracia de calidad. Existe un marco de referencia ética de carácter universal y generalizable expresado en el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos humanos⁸², y la democracia es el único régimen político que asegura su debido respeto y protección, así como el de los principios y valores que lo sustentan, que son los de la ética pública⁸³.

82 La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos. La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos.

83 Para Beetham, a partir de dichos principios se pueden definir cuatro dimensiones que surgen lógicamente de ellos: elecciones libres y justas; un Gobierno Abierto y que rinde cuentas; derechos civiles y políticos reconocidos y respetados; una sociedad cultural y estructuralmente democrática. BEETHAM, D. (Ed.), *Defining and Measuring Democracy*, Londres, 2004. Tomado de ARENILLA SÁEZ, M. (Dir.), *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Ed. Netbiblo, La Coruña, 2011, pp. 351-352.

Los graves escándalos de corrupción que sacuden diariamente los medios de comunicación, con un continuo goteo de irregularidades en diversas administraciones públicas han creado un sentimiento de rechazo de la ciudadanía hacia la burocracia política fundamentalmente. Toma carta de naturaleza la idea de que la corrupción pública, y en particular la corrupción política, es decir, de los altos cargos y partidos políticos es algo habitual, insuficientemente penalizado e incluso beneficiado por zonas de impunidad, y en cualquier caso menos perseguido de lo que se debería, situándose a la cabeza de los principales problemas del Estado. Lejos queda aquella época donde los gobernantes y los políticos se consideraban la elite moral y ética de la sociedad, pues en la opinión pública se ha instaurado un desprestigio generalizado de la política, de la que se ha llegado a calificar, no sin fundamento, dados los continuos y abundantes casos de corrupción, como la “*profesión de los inmorales*”.

Aparece aquí una noticia entusiasta y optimista como es la posibilidad real de que en la próxima reforma de la legislación de contratos públicos de la Unión Europea, se considere a los partidos políticos como poderes adjudicadores a efectos de su contratación, es decir, sujetos a la normativa contractual comunitaria y nacional en la mayoría de sus contratos. Sin duda, supone un avance en el control financiero de los partidos políticos y un gran paso en el combate de la corrupción, como explicaremos en la parte final del presente trabajo.

Más aún, este pesimismo con el entorno político e institucional se identifica con una *crisis democrática*, que no está falta de fundamento en la medida en que democracia viene a significar el gobierno del pueblo⁸⁴, la autodeterminación del pueblo⁸⁵, quien, en teoría, detenta la soberanía nacional de la que emanan los poderes del Estado [artículo 3 de la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante CC 1991) y artículo 1.2 de la Constitución Española de

84 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, democracia posee dos acepciones: 1. f. Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno. 2. f. Predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado.

85 Como atinadamente afirma Sommermann, “la realización de la democracia, cuya idea principal es la autodeterminación del pueblo, presupone la transparencia de la organización y la actuación estatal en su conjunto. La posibilidad de informarse directamente sobre las actuaciones y motivos del poder legislativo, así como de los poderes ejecutivo y judicial, constituye un elemento importante para la formación democrática de la opinión y de la voluntad. Sin conocimiento de las responsabilidades de los actores y sus criterios de actuación el control democrático queda incompleto o inoperable. La claridad de la atribución de responsabilidades tanto entre los poderes públicos como entre los órganos de cada uno de ellos constituye, pues, una condición para hacer visible la responsabilidad política”. SOMMERMANN, K. P., “La exigencia de una Administración transparente desde la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en GARCÍA MACHO, R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 19.

1978 (en adelante, CE 1978)]⁸⁶. Sin embargo, la realidad pinta crudamente un cuadro bastante desalentador basado en un sistema de democracia tradicional, de democracia representativa (artículo 3 CC 1991 y artículo 23.1 CE 1978)⁸⁷, donde “los ciudadanos participan en los asuntos públicos por medio de representantes, la legitimación de los poderes del Estado y del ejercicio del poder se produce por medio de elecciones que conforman la voluntad popular, quedando fuera de esa legitimación cualquier otro proceso de formación de opinión pública y participación. Esta perspectiva jerárquica de democracia se caracteriza porque la legitimación democrática solo alcanza a los poderes del Estado y exclusivamente a ellos”⁸⁸.

La falta de identificación de los ciudadanos con el Estado, es decir, la crisis de *identidad* que sufren, requiere un paso más allá hacia una democracia de calidad, abierta y participativa, no excluyente de la democracia formal y jerárquica, pero donde la participación activa y directa de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones políticas y administrativas sea auténtica, veraz y efectiva.

En la democracia parlamentaria la confianza del pueblo es un elemento vital e imperativo, que se consigue a partir de la vigencia real del principio de transparencia en el funcionamiento de las instituciones públicas y en los altos responsables de las mismas. Como acertadamente indica Gallardo Castillo, el principio de transparencia es el “corolario inmediato del Estado Democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes públicos y lo segundo, en tanto que permite la puesta en práctica de todo control y rendición de cuentas de su actividad”⁸⁹.

86 Artículo 3 de la Constitución Política de Colombia de 1991 (CC 1991): “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

Artículo 1.2 de la Constitución Española de 1978 (CE 1978): “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”.

87 Artículo 23 CE 1978: 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

88 GARCÍA MACHO, R., La transparencia en el sector público, en VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, pág. 2.

89 GALLARDO CASTILLO, M. J., “Transparencia, Poder Público y Derecho Administrativo”, en SÁNCHEZ BLANCO, A. y otros (Coords.), El Nuevo Derecho Administrativo, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2011, pág. 165.

En verdad, la transparencia posibilita a los ciudadanos una participación activa en los asuntos públicos, otorga un halo de confianza en los gobiernos, permite combatir eficazmente las disfuncionalidades burocráticas, ofrece un sistema de control y vigilancia permanente sobre la actividad de las administraciones públicas a través del derecho de acceso a la información pública, y resulta, en definitiva, el mecanismo preventivo más efectivo para inhibir el fenómeno de la corrupción.

En el siglo XXI los ciudadanos demandan un nuevo estilo de gobernar y gestionar los recursos públicos, que se traduzca en un “buen gobierno” y una “buena administración” con una estructura inclusiva del ciudadano en la toma de decisiones públicas. Se formula como criterio rector la aproximación o, mejor, la identificación de los valores reales del pueblo con los valores de sus representantes, es decir, los políticos. Estos valores ciudadanos los concreta Arenilla Sáez en “la responsabilidad (quien haga algo incorrecto “que lo pague”), la transparencia, la información, los presupuestos accesibles, que las inversiones sean productivas y eficientes socialmente, que se informe al ciudadano del destino de los fondos públicos, que se reduzca el gasto corriente en su acepción de improductivo, y que el ejercicio del poder público se ejerza de verdad en nombre de los ciudadanos”⁹⁰.

Además, hoy en día el tránsito del vetusto modelo de democracia representativa a una concepción abierta y conversacional de democracia resulta viable aprovechando las oportunidades que proporcionan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). De estas demandas ciudadanas y la concepción abierta de democracia surge el concepto de Open Government o Gobierno Abierto (oGov) como evolución de nuestro sistema democrático de convivencia y valores, que se sustenta en la implementación efectiva de los principios de transparencia y rendición de cuentas (*accountability*⁹¹) de los gobiernos, así como en los de participación y colaboración ciudadanas en un sentido activo.

90 ARENILLA SÁEZ, M., La reforma administrativa desde el ciudadano, Ed. INAP, Madrid, 2003, pág. 85.

91 “Como otros conceptos políticos en inglés, se trata de un término que no tiene un equivalente preciso en castellano, ni una traducción estable. A veces se traduce como control, a veces como fiscalización, otras como responsabilidad. Sin embargo, la traducción más común y la más cercana es la rendición de cuentas”. En inglés *accountability* significa “el estado de ser sujeto a la obligación de reportar, explicar o justificar algo; [...] ser responsable de algo (liable) [...] ser sujeto y responsable para dar cuentas y responder a preguntas (answerable)”. SCHEDLER, A., ¿Qué es la rendición de cuentas?, Ed. IFAL, México, 2004, págs. 11 a 13.

2.1. Buena Práctica de Gobierno Abierto en la Contratación Pública Europea

Esta corriente de lograr una nueva concepción de la contratación pública que permita afrontar su modernización y transformación debe ir unida a las tendencias políticas actuales de regeneración democrática, de transparencia y apertura por parte de los poderes públicos con la ciudadanía. En nuestros días está presente la idea del Gobierno Abierto (Open Government – OGov) como una nueva forma de relación y comunicación, permanente y transparente, entre la administración y los ciudadanos, de interacción gobierno-sociedad, que sostiene como estrategia situar al ciudadano en el centro de la acción pública y fortalecer su posición en el sistema democrático. Como explica Sommermann, “el alcance de los grandes principios como son la democracia y el Estado de Derecho siempre tienen que ser reinterpretados a la luz de la realidad actual”⁹², y esta promueve un desarrollo dinámico que conduce a esta doctrina política-administrativa. Frente a la tradicional administración burocrática que, en palabras de Max Weber, “siempre tiende a ser administración con exclusión del público”⁹³, surge esta oportunidad de reinventar la forma de gobernar, con una transformación en la cultura administrativa, que conlleva nuevas reglas de acceso a la información, de transparencia y, sobre todo, con base en una nueva ética y un nuevo comportamiento de los empleados públicos, que debe ser trasladado a la contratación pública.

Este cambio de paradigma no solo supone una mejora de la calidad democrática en cuanto que consigue una mayor confianza de la ciudadanía en la gestión pública, sino que va más allá al tener una influencia directa tanto en el funcionamiento de los mercados como en la “reputación de los países”, que implica un incremento de su rendimiento económico. Por lo tanto, el gobierno abierto aporta incentivos de carácter social y democrático, pero también económicos, tan importantes en la actualidad.

Siguiendo esta argumentación, el Gobierno Abierto es la doctrina política-administrativa donde la apertura del gobierno y la administración debe producirse a todos los niveles posibles en cuanto a transparencia, lo cual lleva implícita la creación de espacios permanentes de participación y colaboración tanto para los ciudadanos como para los empleados públicos⁹⁴. Se inscribe aquí la opinión de Javier Llinares, que visualiza una administración que entabla una constante

92 SOMMERMANN, K. P., “La exigencia...”, op. cit., nota 28, pág. 18.

93 WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Tübingen, 1972 (1ª ed., 1921), pág. 572.

94 http://es.wikipedia.org/wiki/Gobierno_abierto

conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente.

Aparece nítidamente también la idea de Iñaki Ortiz, que entiende que el concepto de Gobierno Abierto apela a un modelo de administración en la que lo relacional cobra principal protagonismo. Una administración “open” se abre a la ciudadanía, pero también a las demás administraciones y a otras organizaciones colaboradoras⁹⁵. Se trata de una administración en red o cooperativa; en definitiva, de una administración inteligente.

En efecto, para una adecuada implementación del Gobierno Abierto resulta preciso conjugar al unísono la labor de tres actores principales: sociedad civil, empleados públicos y líderes políticos⁹⁶. Se considera imprescindible superar la concepción del administrado, del ciudadano-cliente, propia del movimiento de modernización administrativa, para pasar a la identificación del ciudadano como un socio del gobierno, como parte del mismo.

En la administración inteligente o en red la ciudadanía pasa de ser una consumidora pasiva a ser una protagonista activa del proceso de cambio. Se pretenden superar las dificultades propias del pasado (el oscurantismo, la opacidad propias de una cultura de secreto⁹⁷) para reconocer y posicionar realmente al ciudadano como eje fundamental en el funcionamiento de las acciones públicas, que se consigue a partir del pleno acceso del ciudadano a la información pública. Todo ello tiene evidentes consecuencias en las compras públicas a partir de garantizar los principios de libre concurrencia, objetividad, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. La debida y efectiva difusión de la información contractual y el acceso público a la misma, mediante Internet, a partir del perfil de contratante (artículo 53 TRLCSP)⁹⁸, implica un activo en la lucha contra la corrupción. Asimismo, las

95 <http://www.ogov.eu/open-government/open-government-un-nuevo-modelo-de-gestion-publica/>

96 “Gran parte del impulso inicial procede de la sociedad civil a través de informes independientes redactados por organismos no gubernamentales o la creación de plataformas tecnológicas que sirvieron de guías para su desarrollo. Los técnicos y empleados públicos, con el apoyo de los recursos adecuados, aportaron su compromiso y cualificación. El liderazgo político también ha resultado imprescindible para lograr su implementación”. COROJAN, A.; CAMPOS, E., *Gobierno Abierto: alcance e implicaciones*, Ed. Fundación Ideas, DT 03/2011, Madrid, 2011, pág. 9.

97 A título ejemplificativo, en el Reino Unido fue el Official Secrets Act de 1911 la que fomentó hasta los años noventa una cultura de secreto en la Administración.

98 Artículo 53 TRLCSP. Perfil de contratante. “1. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la

negociaciones entabladas entre los órganos de contratación y las empresas licitadoras suponen una participación y colaboración evidente en la búsqueda de la eficiencia en la gestión contractual y de los fondos públicos.

El origen de estas ideas se remonta al siglo pasado, fundamentalmente a la década de los noventa y a los países anglosajones, aunque ya había precedentes incluso en la televisión, donde el primer capítulo piloto de la serie inglesa “Sí, Ministro” (título original: “Yes Minister”), emitido en 1980, se titulaba “*Open Government*” y abordaba el tema, en clave de humor, desde la perspectiva de la transparencia administrativa y del acceso de la ciudadanía a la información⁹⁹. Y por ejemplo, en 1995, Australia se comprometió con el Gobierno Abierto como mecanismo para recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, por medio de la revisión de la Ley de acceso a la información pública de 1982: “*Open government: a review of the federal Freedom of Information Act 1982*”. No obstante, el despegue mediático de esta doctrina política-administrativa se ha producido a partir del famoso “Memorándum sobre Transparencia y Gobierno Abierto” (*Transparency and Open Government*) que el Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, promulgó el 21 de enero de 2009, como primera acción ejecutiva, tan solo un día después de haber tomado posesión como Presidente¹⁰⁰.

utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación. 2. El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 141, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación de los contratos. 3. El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo. 4. La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III”.

99 Este capítulo se rodó en 1979, pero no se emitió hasta 1980, debido a la creencia de que podía influir en los resultados de las elecciones generales del Reino Unido de ese mismo año. “Sí Ministro” (título original, Yes Minister) es una serie de televisión en clave de comedia escrita por Antony Jay y Jonathan Lynn, que representa una sátira del funcionamiento del gobierno en el Reino Unido. Fue emitida por primera vez por la BBC, en sus canales de televisión y radio, entre 1980 y 1984, dividida en tres series de siete episodios cada una. Tuvo una secuela, titulada Sí, Primer Ministro (título original, Yes, Prime Minister), que se emitió entre 1986 y 1988. http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%AD_ministro.

100 Conviene recordar que ya en la campaña electoral de Barack Obama se dio la oportunidad

A pesar de no tener como objetivo crear ningún derecho o beneficio, constituía el compromiso del gobierno de EE. UU. hacia los ciudadanos para garantizar el acceso a la información, la transparencia, la participación y la colaboración con el fin de fortalecer la democracia, asegurar la confianza ciudadana y promover la eficiencia y eficacia. En este documento se definieron los tres principios básicos por los que se identifican actualmente las iniciativas de Gobierno Abierto: transparencia, participación y colaboración¹⁰¹.

Transparencia: un gobierno transparente promueve la rendición de cuentas y proporciona información a los ciudadanos sobre lo que está haciendo. La información pública es un valor nacional que el gobierno debe revelar rápidamente, de modo que los ciudadanos puedan acceder a ella fácilmente y reutilizarla. Las agencias y departamentos ejecutivos deben aprovechar las nuevas tecnologías para mostrar la información pública en línea y disponible para ser consumida. Asimismo, deben consultar a la opinión pública para identificar la información de mayor utilidad para los ciudadanos.

Participación: La participación pública aumenta la eficacia del gobierno y mejora la calidad de sus decisiones. El conocimiento se encuentra disperso por toda la sociedad y por ello se deben ofrecer oportunidades a los ciudadanos para participar más activamente en la conformación de políticas públicas y beneficiarse así de la experiencia y conocimiento de los ciudadanos. Se trata de mejorar la comunicación en una doble dirección: del gobierno a los ciudadanos (Government-to-Citizens, G2C) y desde los ciudadanos al gobierno (Citizens-to-Government, C2G).

Colaboración: implica y compromete a los ciudadanos y demás agentes en el propio trabajo de la administración. El gobierno debe utilizar herramientas innovadoras, métodos y sistemas que fomenten las alianzas y la cooperación en todos los niveles gubernamentales y con los ciudadanos, las empresas y el tercer sector¹⁰².

Como respuesta a ese compromiso, se aprobó el 8 de diciembre de 2009 la “*Directiva de Gobierno Abierto*” (*Open Government Directive*, Executive Office of the President), que obligaba, en determinados plazos, a las agencias

de participar y se mantuvo un contacto directo con los votantes. Obama al ser consciente del cambio producido en el estereotipo del votante norteamericano, basó su campaña en conceptos como la conectividad, la accesibilidad y la transparencia. GUARDIÁN ORTA, C., “¿Transparencia?”, en CALDERÓN, C.; LORENZO, S. (Coords.), *Open Government: Gobierno Abierto*, Ed. Algón Editores, Jaén, 2010, pág. 78.

101 http://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment

102 En este sentido, se habla de la “co-creación” como elemento necesario para que la ciudadanía sea creadora de iniciativas y acciones que mejoren la Administración y ofrezcan nuevos servicios a los ciudadanos. COROJAN, A.; CAMPOS, E., *Gobierno Abierto*, op. cit., nota 39, pág. 25.

y departamentos ejecutivos a implementar medidas proactivas para apoyar el Gobierno Abierto: a) Publicar la información del gobierno en línea utilizando un formato abierto para que la información pueda descargarse, indexarse y ser buscada por buscadores comunes respetando la presunción de apertura de información; b) Mejorar la calidad de la información del gobierno; c) Crear e institucionalizar una cultura de gobierno abierto; d) Crear un marco normativo propio para un gobierno abierto¹⁰³.

En esta línea y recientemente, pero con un ámbito global e internacional, se ha dado un paso decisivo al constituirse la *Alianza de Gobierno Abierto (Open Government Partnership, OGP)*, como una nueva iniciativa mundial para conseguir mejores gobiernos, que tiene como objetivo obtener compromisos concretos de los gobiernos para promover la transparencia, combatir la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para fortalecer la gobernabilidad. Para la consecución de estos fines se requiere un esfuerzo sostenido, inversión, conocimientos técnicos, la colaboración entre los gobiernos y la sociedad civil, y sobre todo, un liderazgo político que impulse su implementación.

Este último ha sido asumido por los ocho países fundadores y miembros del Comité Directivo (Estados Unidos, Reino Unido, Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas y Sudáfrica), que pusieron formalmente en marcha la OGP el 20 de septiembre de 2011 cuando aprobaron la “*Declaración sobre Gobierno Abierto*” y presentaron sus planes nacionales de acción. Desde aquella fecha se han unido a este compromiso de Gobierno Abierto otros 47 gobiernos. Sin embargo, para convertirse en miembro de la OGP, los países participantes deben adoptar la citada declaración de Gobierno Abierto, entregar un plan de acción nacional elaborado a partir de una consulta pública a los ciudadanos y el compromiso de someterse a una evaluación independiente sobre sus progresos en la materia.

En la consecución de estos objetivos, la OGP también proporciona un foro internacional para el diálogo y el intercambio de información entre los gobiernos, las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado que comparten el aprecio por los valores de un Gobierno Abierto. “*La declaración sobre Gobierno Abierto*” constituye el compromiso internacional de fomento de una *cultura mundial de Gobierno Abierto* mediante las siguientes medidas: aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales, apoyar la participación ciudadana, aplicar los más altos estándares de integridad pro-

103 <http://www.whitehouse.gov/open/documents/open-government-directive>

fesional en todos los gobiernos y aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas¹⁰⁴.

Toda esta cultura de apertura y sus principios característicos, en verdad, no revelan nada excepcionalmente nuevo, al tratarse de elementos necesarios de cualquier doctrina de gobernanza o buen gobierno. Sin embargo, la realidad es que solamente en el tiempo presente resulta factible su implementación, es decir, con unos costes asumibles y de forma masiva, gracias a la innovación tecnológica y la extensión de Internet como red global¹⁰⁵.

Según este hilo argumentativo, debemos destacar una buena práctica de Gobierno Abierto en la contratación pública europea con el objetivo de transformar y mejorar la legislación de la UE en esta materia. Para ello, la Comisión Europea publicó el 27 de enero de 2011 el ya citado *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE — Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas. La finalidad de este Libro Verde era determinar una serie de ámbitos fundamentales que podrían ser objeto de reforma y recabar las opiniones de las partes interesadas sobre las opciones concretas de cambio legislativo.

Entre las cuestiones tratadas figuraban la necesidad de simplificar y flexibilizar los procedimientos, el uso estratégico de la contratación pública para promover otros objetivos políticos, la mejora del acceso de las pyme a los contratos públicos y la lucha contra el favoritismo, la corrupción y los conflictos de intereses.

La consulta pública finalizó el 18 de abril de 2011 y obtuvo un gran eco. Se recibieron en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de

104 Los compromisos de la OGP se estructuran en torno a cinco grandes retos: mejora de los servicios públicos, incremento de la integridad pública, mejor gestión de los recursos públicos, construcción de comunidades más seguras e incremento de la rendición de cuentas empresarial. De estos desafíos, en el primer año de su participación cada gobierno debe elegir al menos uno de ellos y desarrollar compromisos concretos y puntuales para su consecución. Además, se deben cumplir unos estándares mínimos en cuatro áreas clave consideradas como indicadores objetivos del progreso de cada país en la cultura del Gobierno Abierto: la transparencia fiscal, el acceso a la información (implica la existencia de una Ley de acceso a la información que garantice el acceso de los ciudadanos a la información pública), la publicidad de los ingresos y bienes de los cargos públicos, y la participación ciudadana. <http://www.opengovpartnership.org/open-government-declaration>.

105 Para mayor abundamiento, JIMÉNEZ FRANCO, E., «Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción», en SINTURA, F.; RODRÍGUEZ, N., *La política criminal de Colombia en la prevención y combate a la corrupción. Comentarios a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011, en prensa*.

grupos de partes interesadas, entre ellas autoridades centrales de los Estados miembros, compradores públicos del ámbito local y regional y sus asociaciones, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares¹⁰⁶. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania, Francia y, un poco por debajo, de Bélgica, Italia, los Países Bajos, Austria, Suecia, España y Dinamarca.

Los resultados de la consulta se resumieron en un documento de síntesis y se presentaron y debatieron en una conferencia pública celebrada en Bruselas el 30 de junio de 2011. De esta acción de Gobierno Abierto han surgido las vigentes propuestas de directiva¹⁰⁷ para la reforma y modernización de la legislación contractual comunitaria, siendo valorada positivamente por las partes interesadas, dada la transparencia, la participación y colaboración de la sociedad y la ciudadanía en este ámbito específico de las compras públicas y los principios que sustentan esta doctrina político-administrativa del Gobierno Abierto.

2.2. Riesgos y Prácticas Corruptas en las Compras Públicas

La relevancia estratégica de la contratación pública y, sobre todo, su importancia económica hace que el sector de la contratación pública sea proclive y vulnerable a la corrupción. El elevado volumen de fondos públicos destinados a las compras públicas supone una motivación para que las empresas y contratistas, mediante actuaciones ilícitas e irregulares, pretendan conseguir una posición más beneficiosa que sus competidores, contaminando el procedimiento contractual. La consecuencia inmediata es que no se adjudica el contrato a la oferta más eficiente y con las mejores condiciones, sino a quien ha sabido manejarse mejor con el favoritismo y el clientelismo.

Todo ello redundando en una merma de la competitividad y en una ineficiencia de los recursos públicos, que hace que la ejecución de obras, la compra de bienes o la prestación de servicios se encarezca exponencialmente para las arcas

106 Hay un dato muy revelador de la implicación e interés de los entes no públicos en la contratación pública y es que el 60% de las respuestas al Libro Verde sobre la modernización, provinieron de empresarios (40%), organizaciones de la sociedad civil (17%) y particulares (3%).

107 En concreto, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación pública COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011; la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final, de 20 de diciembre de 2011 y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión SEC (2011) 1588 final, de 20 de diciembre de 2011.

públicas. Se estima que los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20%, pudiendo alcanzar incluso un 50% de la cuantía total del contrato¹⁰⁸. Esta ineficacia de la utilización del gasto público se produce por la distorsión de la formación de la demanda pública, pues los contratistas consideran un coste más los sobornos efectuados a políticos o funcionarios para la adjudicación del contrato en su beneficio¹⁰⁹.

Los procesos de contratación pública ofrecen oportunidades para la corrupción política, dándose una diversidad de situaciones variopintas, como pagar apoyos políticos o para asegurarlos en el futuro (por ejemplo, financiación de las campañas electorales, etcétera) o bien, en algunos casos, el pago directo a los políticos para su beneficio particular. Los graves escándalos de corrupción ponen al descubierto los tipos contractuales más proclives a prácticas corruptas, destacando aquellos que mueven un mayor volumen de negocio, tales como los grandes contratos de obras, infraestructuras, abastecimiento de agua, telecomunicaciones, energía y el sector de la defensa.

Los peligros de corrupción en las compras públicas son diversos y variados, pero se caracterizan porque aparecen en cualquier fase del procedimiento contractual.

Pasamos a realizar un mapa de riesgos de corrupción, pero teniendo presente que cualquier lista o clasificación dependerá de la legislación propia de cada país y, sobre todo, de la cultura ética y de integridad propia de los mismos. Resulta evidente que, en esencia, lo más importante no son las medidas normativas o económicas que puedan adoptarse, sino que será la honestidad de quienes las aplican lo realmente relevante a efectos de luchar contra la corrupción. La contratación pública se realiza a partir de un concreto procedimiento contractual que se compone de diversas fases, que podemos sintetizar, a los efectos de este estudio, en las tres siguientes: fase de preparación, de adjudicación y de ejecución del contrato. En este sentido, sin ánimo de exhaustividad y siendo deudores de varios autores¹¹⁰, podemos

108 STROMBOM, D., "Corruption in Procurement", en *Economic Perspectives* núm. 3, 1998, pág. 22.

109 En España existen famosos casos de corrupción judicializados con denuncias de comisiones para la adjudicación de contratos del 3% en el ámbito nacional, y siendo superiores en el ámbito local desde el 4 al 7% (operaciones Pokémon, Manga, Mercurio, Campeón, etcétera).

110 Pueden consultarse CASTRO CUENCA, C. G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009; GIMENO FELIÚ, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?», en *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA) (2010), núm. 147, págs. 517 a 535; MEDINA ARNÁIZ, T., «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública»,

citar las siguientes amenazas más frecuentes que ocasionan una distorsión del sistema contractual.

En la fase de preparación del contrato:

Falta de una evaluación adecuada de las necesidades¹¹¹, de la planificación y de la realización de presupuestos para la contratación pública.

Creación de una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales del órgano de contratación.

Requisitos que no han sido definidos ni adecuada ni objetivamente. Por ejemplo, las especificaciones técnicas empleadas para identificar el objeto del contrato pueden haber sido realizadas a medida de determinado licitador, para reducir la presentación de ofertas competitivas. También pueden ser hechas con demasiada vaguedad o no basadas en requisitos concretos.

Facilitar información privilegiada que proporcione ventaja a ciertos contratistas con respecto a otros.

En la selección del licitador se puede admitir a compañías no calificadas a través de requisitos fraudulentos o de certificados de calidad falsos.

Aplicación de plazos insuficientes para garantizar un trato igualitario.

En la elección de un procedimiento no adecuado o irregular y limitando la concurrencia de posibles interesados en el contrato. Abuso de procedimientos no competitivos sobre la base de excepciones de legalidad:

Abuso del procedimiento de urgencia o de emergencia.

en Diario La Ley núm. 7382, 16 de abril de 2010; OCDE, *La integridad en la contratación pública*. Buenas prácticas de la A a la Z, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2009; RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coords.), *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 109 a 126; VV.AA., *Manual de la Gestión Precontractual. Una herramienta para fortalecer el control social*, Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Bogotá, 2011.

111 La organización Transparencia Internacional ha identificado una serie de ejemplos de las manifestaciones más habituales de la corrupción en la fase de evaluación de necesidades: la compra o inversión es innecesaria, tratándose de una demanda pública inducida, de tal forma que una compañía concreta pueda adjudicarse un contrato, pero el resultado no tiene interés, o muy poco, para la sociedad; en lugar del filtraje sistemático de información o el escape de ésta (puesto que ambos ofrecen muy pocas ventajas económicas) se instauran nuevos sistemas (que tengan un potencial mayor de beneficios); la inversión no se justifica económicamente o perjudica al medio ambiente; se sobrevaloran bienes o servicios necesarios para favorecer a un proveedor concreto; se pagan favores políticos o sobornos incluyendo un contrato “apalabrado” dentro del presupuesto (presupuesto que incluye un contrato destinado a “cierto” contratista ya previsto); y se dejan sin solucionar conflictos de intereses. Transparency International, *Handbook on Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006, pág. 18.

Abuso de otro tipo de excepciones basadas en detalles legales o en derechos exclusivos.

Continuidad de contratos existentes sin comprobaciones previas.

Fraccionamiento del objeto del contrato para conseguir muchos contratos de mínima cuantía, pero lograr sustraerse de las reglas de publicidad y concurrencia y realizar el sistema de adjudicación directa. Por ejemplo, en España, la utilización del procedimiento negociado sin darse los requisitos para ello y no negociando sino procediendo a una adjudicación directa del contrato o el abuso del contrato menor como adjudicación directa y siempre al mismo contratista.

En la fase de adjudicación del contrato:

Falta de transparencia y claridad en la fijación de los criterios de adjudicación, sobre todo si se utilizan criterios no solo económicos, sino también sociales y medioambientales, es decir, la contratación estratégica. En este caso, resulta imperativo que la forma en que se valoren los diferentes criterios sea detallada y explícita para no dañar la integridad del procedimiento contractual. Incluso cuando los criterios de evaluación se definen de forma transparente y precisa, no deben ser susceptibles de una discrecionalidad excesiva por parte del órgano de contratación. Si los licitadores deben tener confianza y respetar el resultado de la licitación, es necesario que se les informe en qué forma se utilizó esa discrecionalidad y qué criterios se aplicaron.

Ponderación inadecuada de los citados criterios de adjudicación.

Ausencia de comunicación a los candidatos y a los licitadores sobre las decisiones relativas a la adjudicación del contrato.

Falta de competitividad o, en algunos casos, presentación de ofertas en colusión¹¹², con precios inadecuados.

Situaciones de incompatibilidades o de conflicto de intereses que conducen a evaluaciones predispuestas o a corrupción en los procesos de adjudicación.

112 Según el Diccionario de la Lengua Española (22ª edición) de la Real Academia Española, colusión significa “pacto ilícito en daño de tercero”. En este sentido, conviene aclarar que la corrupción se refiere a la actuación de una autoridad o empleado público en el ejercicio de sus potestades públicas para conseguir un enriquecimiento personal. Por su parte, la colusión se produce cuando varios licitadores se ponen de acuerdo para fijar el precio o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado en una contratación pública, con el objetivo de obtener mayores beneficios. SANMARTÍN MORA, M.A., “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos* 2011, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 416. Para profundizar sobre el tema de la colusión en las compras públicas, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; LÓPEZ MIÑO, A., *Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública*, 2012. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2191797>

Falta de acceso a los archivos del proceso de adjudicación, lo que desanima a los licitadores descartados para presentar una reclamación o recurso.

Sistema de recursos lento e ineficaz –desde la perspectiva de eventual «corrección» de la ilegalidad advertida– ante las decisiones de adjudicación.

En la fase de ejecución del contrato:

Sobrecostos del contrato público o aumento indebido del valor del mismo, es decir, el cobro de un valor muy superior a los precios del mercado por la venta de un bien o la prestación de un servicio, para apropiarse de la diferencia¹¹³.

Cambios sustanciales en las condiciones del contrato que permiten demoras en la ejecución y precios más altos para el licitador.

Ausencia de controles sobre la prestación o los productos, lo que genera problemas de calidad, que no cumplen con las especificaciones del contrato. Asimismo, robo de materiales o productos con anterioridad a la entrega al usuario final o antes de su registro en el libro de recepción.

Abuso de la subcontratación.

Utilización arbitraria de las prórrogas del contrato.

Utilización fraudulenta de la revisión de precios.

Modificación de contratos «desproporcionada» y en fraude legal, quebrando el principio de concurrencia e igualdad de trato.

Contabilidad falsa y ubicación irregular de los costos o migración de los costos entre contratos.

Facturas falsas o duplicadas por bienes y servicios no realizados, o por unidades de obra no ejecutadas y por pagos previos a la realización de estos.

Pago retrasado de las facturas por el servidor público, bien para permitir la revisión de precios, lo que aumenta el precio total del contrato, o bien para obtener un beneficio, si se agiliza el pago.

Reducción de los plazos para el pago de los contratos a cambio de un precio a favor del servidor público.

Por su parte, en Colombia, con ocasión de la promulgación del denominado “*Estatuto Anticorrupción*”, esto es, la Ley 1474 del 12 de julio 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

113 “El mecanismo de los sobrecostos de la obra es doblemente lesivo: de una parte, constituye un fraude al principio de selección objetiva, pues la empresa adjudicataria presenta una oferta por debajo de las de las demás competidoras y durante la ejecución del contrato va aumentando su valor hasta el punto de llegar a ser comparativamente la oferta más onerosa; pero, además, los sobrecostos implican la pérdida de millonarias cantidades de dinero público pagadas para que las empresas desembolsen sobornos y se apropien del valor restante”. CASTRO CUENCA, C. G., *La corrupción...*, *óp. cit.*, nota 53, pág. 89.

gestión pública (en adelante, Estatuto o EA), se publicó un Manual de la gestión precontractual, en el que se enumeraban una serie de prácticas corruptas en la contratación colombiana, que son las siguientes:

“Direccionamiento de los pliegos de condiciones, a través de exigencias de imposible o difícil cumplimiento; expedición de adendas en fecha próxima al cierre, con modificaciones esenciales, sin tiempo suficiente para ajustar la propuesta; brevedad en los términos establecidos en el proceso de selección; realización de visitas obligatorias de imposible cumplimiento (horas después de publicado el pliego de condiciones definitivo); exigencias para la asistencia a visitas obligatorias, tales como conformación de unión temporal o consorcio; manipulación de la página web no publicando la totalidad de la información y a horas no laborales; fraccionamiento de los contratos para burlar los procesos licitatorios; no entregar respuestas oportunas ni fundamentadas respecto a las observaciones formuladas; no tener en cuenta las observaciones para ajustar el pliego de condiciones; realización deficiente de estudios de conveniencia, estudios de mercado, estudios de factibilidad; no realización de la audiencia de aclaración de pliegos, aun mediando solicitud; invocar causal de urgencia manifiesta para burlar el proceso licitatorio; giro de recursos a organismos internacionales para eludir el proceso de la Ley 80; exigencias que superan más de dos veces el presupuesto del proceso; exigencias de experiencia desproporcionadas para el personal requerido y de experiencia del personal para la visita de obra; exigencias de contrato de trabajo con el personal previsto para la visita obligatoria; visitas de obra obligatorias innecesarias y sin justificación técnica; solicitudes de maquinaria o equipo con requerimientos técnicos ajustados a una sola marca; indebida utilización de los anticipos; indebida utilización del mecanismo de pagos anticipados; adjudicación de procesos con precios artificialmente bajos; monopolios de contratistas en una región; alianzas entre proponentes para favorecerse entre ellos e impedir la participación en igualdad de oportunidades; presentación de ofertas de relleno; modificación del contrato durante su ejecución, sin estudio técnico; realización de actividades en los procesos de selección coincidentes con festividades regionales o festividades navideñas, o de semana santa; acuerdos entre contratistas e interventores o supervisores; requerimientos técnicos no necesarios para el proceso de selección; solicitud de equipos de propiedad del contratista; exigencia de cupo de crédito como factor de evaluación; índices financieros y capacidad de contratación desproporcionados”¹¹⁴.

114 VV.AA., *Manual de la Gestión Precontractual. Una herramienta para fortalecer el control social*, Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Bogotá, 2011, pág. 69.

3. MEDIDAS PARA FAVORECER LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una vez realizado un listado de riesgos de corrupción en las compras públicas, procede proponer una serie de medidas que contribuyan a esa *nueva cultura de contratación pública* basada en la observancia de la legalidad, la eficiencia pública, la compra estratégica, la transparencia, el Gobierno Abierto, la integridad y la buena administración.

No obstante, previamente conviene advertir que el ordenamiento jurídico responde con diferentes medidas para prevenir y sancionar las conductas contractuales ilícitas. Por una parte, el Derecho Penal, con un carácter represivo, se encarga de tipificar como delito aquellas conductas que suponen una desviación de los intereses generales por afectar al correcto funcionamiento de las administraciones públicas (prevaricación, revelación de secretos, aprovechamiento de secreto o información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos, etcétera). Y por otra parte, aparece el Derecho Administrativo como un instrumento fundamentalmente preventivo, orientado a tratar de evitar las prácticas corruptas en la contratación pública¹¹⁵.

La intención del presente trabajo es plantear actuaciones que favorezcan el cumplimiento de la buena administración en aras de conformar esa “nueva cultura de contratación pública” desde la perspectiva de la buena gobernanza, identificando las condiciones bajo las cuales los elementos que componen esta (en particular la transparencia y la responsabilidad por la gestión) contribuyen a la integridad y a la prevención de la corrupción en la contratación pública.

A este respecto, hay que tener presente que no existe una varita mágica con soluciones que valgan para todos los países, pues dependerá de las particularidades y especialidades propias de los distintos Estados. En esta línea se pronuncia la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC)¹¹⁶, del 31 de octubre de 2003, en su artículo 9.1 (contratación pública y gestión de la hacienda pública): “1. Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones,

115 MEDINA ARNÁIZ, T., “Las respuestas normativas”, *op. cit.*, nota 53.

116 También conocida como Convención de Mérida, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Instrumento de ratificación por España de 9 de junio de 2006, BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006.

que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”. A tal fin, las acciones que se sugieren son aplicables con carácter general, dado que son las tendencias que marcan la contratación pública moderna y futura en un mundo globalizado, para garantizar la integridad y la resistencia a la corrupción en todas las fases de la contratación pública.

3.1. Codificación y Estabilidad Normativa

Una característica de la contratación pública en diferentes países, no en todos¹¹⁷, pero sí en Colombia y en España es la gran dispersión normativa existente, así como su inestabilidad. En Colombia, las leyes reguladoras de la contratación pública son numerosas y variables (Ley 80 de 1993, Ley 361 de 1997, Ley 590 de 2000, Ley 816 de 2003, Ley 1150 de 2007, Ley 1450 de 2011, Ley 1474 de 2011, Decreto Ley 019 de 2012, Ley 1508 de 2012), con los perjuicios de desgaste administrativo que suponen tanto para el operador jurídico como para el ciudadano. La inseguridad jurídica se encuentra instalada en la contratación pública debido tanto a los cambios normativos como a los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado. Por ejemplo, con la promulgación del denominado “*Estatuto Anticorrupción*”, la Ley 1474 de 2011, se perdió por parte del Estado colombiano, una oportunidad de clarificar dicha situación y tratar de que hubiera un único cuerpo normativo.

En lo referente a España se puede afirmar que sus modificaciones constantes hacen que sea una materia con tal alto grado de inestabilidad que sonroja al jurista. A título ejemplificativo, la derogada Ley 30/2007 del 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) padeció diez modificaciones en un periodo aproximado de dos años (2010-2011), lo que denota su movilidad. Lo grave no es solo la aparición de sucesivas modificaciones a dicha ley, sino que también surgieron determinadas normas con carácter sustantivo que han otorgado una gran inseguridad jurídica al ciudadano y a los servidores públicos¹¹⁸.

117 Por ejemplo, existen Códigos de Contratos Públicos en países como Francia o Portugal.

118 Derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP). A los efectos citados, en ese periodo de unos dos años podemos citar en España: el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; 31/2007, de 30

En la actualidad, se encuentra vigente el Real Decreto Legislativo 3/2011 del 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹¹⁹, a la espera de su sustitución nuevamente, debido al paquete de reformas comunitarias en la materia, donde ya existen tres propuestas de directiva¹²⁰ que se espera entren en vigor en el presente año, lo cual exigirá una nueva normativa nacional que regule, esperamos, de forma estable esta materia de la contratación pública.

Esta mutabilidad y dispersión de la normativa contractual dificulta gravemente su conocimiento y, por ende, facilita la picaresca y las prácticas corruptas. Son los pequeños poderes adjudicadores, es decir, los poderes locales y regionales, los grandes damnificados por la complejidad de esta materia. En definitiva, propugnamos, en la línea de Gimeno Feliú, como necesidad la redacción de un nuevo Código de Contratos Públicos (tal y como se ha optado en Europa) que permita cumplir los siguientes objetivos: garantizar el acceso a la información relevante, mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada, fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados, aliviar la carga administrativa, poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio, conceder plazo suficiente para preparar las ofertas, velar por que se respeten los plazos de pago y facilitar una gestión de los contratos públicos guiada por los principios de transparencia, objetividad, eficacia, eficiencia, buena administración, integridad y adecuación a la realidad administrativa y social en la contratación¹²¹.

de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad y Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

119 En España, existe también como regulación diferenciada la Ley 31/2007, de 30 de octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y la de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de defensa y la seguridad.

120 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación pública COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final, de 20 de diciembre de 2011 y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión SEC (2011) 1588 final, del 20 de diciembre de 2011.

121 GIMENO FELIÚ, J.M., “La necesidad de un código”, *óp. cit.*, nota 14, pág. 57.

3.2. Profesionalización

Uno de los paliativos más eficaces para el combate de la corrupción es la debida profesionalización del personal encargado de los contratos públicos, evitando la politización y buscando una cultura ética de la contratación pública que garantice el derecho a una buena administración. La correcta gestión de los recursos públicos requiere de una cualificación específica para impedir riesgos a la integridad de las compras públicas. En el Fórum Global sobre la Gobernanza que se celebró en 2004, dedicado a “La lucha contra la corrupción y el fomento de la integridad en la contratación pública” se puso de relieve que la mayor amenaza a la integridad de la contratación pública es la falta de transparencia y de responsabilidad por la gestión y que para contrarrestarla es necesario avanzar en la profesionalización de los gestores públicos¹²².

Surge la necesidad de responder a los grandes retos de la contratación pública con formación, información y apoyo a todos los agentes implicados, tanto a autoridades y empleados públicos de los poderes adjudicadores como a los operadores económicos. De ahí la imprescindible “profesionalización” de los gestores contractuales que deben aunar un conjunto común de estándares éticos y conocimientos técnicos en el proceso de modernización contractual. Todo ello pasa por la búsqueda de una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos a partir del reconocimiento de la contratación pública, no como una función administrativa más sino como profesión estratégica de gran futuro, dada la trascendencia económica de este sector.

Los beneficios de una adecuada profesionalización son evidentes, pues ponen de manifiesto la buena administración al garantizar que los fondos públicos se usen para las finalidades previstas, capacitar a los funcionarios para adaptarse a un entorno cambiante y minimizar el potencial de corrupción. En efecto, los funcionarios públicos necesitan tener a su disposición instrumentos, así como capacitación específica para gestionar la contratación pública a su nivel y también los proyectos y riesgos derivados de esta gestión, a fin de poder planificar y gestionar de forma adecuada los procesos de contratación, de acuerdo con el presupuesto. Por el contrario, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado y a que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por eso se debe avanzar en la concepción del funcionario encargado de contrataciones como un “*gerente de contratos*”.

122 SANMARTÍN MORA, M.A., “La profesionalización”, óp. cit., nota 55, pág. 408.

Se ha ido trasladando paulatinamente la situación tradicional de los funcionarios simplemente cumpliendo normas, hacia un contexto en el que se les concede más flexibilidad para que alcancen un objetivo más amplio: conseguir además un rendimiento de los fondos públicos destinados a contrataciones¹²³. La asunción de nuevas tareas relacionadas con el aprovisionamiento estratégico, la gestión de subastas, la realización de negociaciones, implica la necesidad de formar a los gestores para que adquieran los conocimientos y cualidades personales para adaptarse a ese medio tornadizo¹²⁴.

Visto lo anterior, y siguiendo a Sanmartín Mora, examinemos ya diversas cuestiones concretas relativas a las características y la consecución de la profesionalización que se promueve en el ámbito de la Unión Europea. Así, debe facilitarse formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación, es decir, con una proyección amplia que abarque tanto al personal de los poderes adjudicadores (empleados públicos, autoridades y responsables públicos) como a los operadores económicos, con especial atención a las pymes y a las organizaciones no gubernamentales de servicios sociales.

La perspectiva multidisciplinar debe estar presente en la formación de los ahora “*gerentes de los contratos*”, abarcando los pertinentes conocimientos jurídicos, pero sobre todo centrándose en los aspectos prácticos donde se incluyan la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos. También resulta trascendental en orden a la implementación efectiva y definitiva de la contratación electrónica (*e-procurement*)¹²⁵ la adquisición de habilidades con las herramientas de las tecnologías de la información y la comunicación. Lógicamente, esta preparación debe completarse para la salvaguarda de la integridad del proceso contractual, con la formación en valores éticos que supongan por parte de estos “*gerentes o directivos*” la interiorización de los principios de transparencia, igualdad de trato, no discriminación y lucha contra la corrupción y la colusión. Deben ser conscientes de que la corrupción no es rentable y produce perniciosos efectos en el desarrollo económico alterando el reparto de beneficios entre los sujetos participantes en todo tipo de mercados. Con ello se pretende no dejar exclusivamente al arbitrio de la moralidad de los operadores económicos el respeto a la integridad, sino potenciar la objetividad de las autoridades y empleados públicos.

123 OCDE, La integridad en la contratación..., óp. cit., nota 5, págs. 61, 68 y 70.

124 SANMARTÍN MORA, M.A., “La profesionalización”, óp. cit., nota 55, pág. 408.

125 La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la contratación pública COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011, prevé un plazo máximo de dos años después de la fecha límite de transposición de la misma, es decir, hacia 2016.

Como consecuencia de la inestabilidad normativa explicada anteriormente, surge imperativamente la necesidad del reciclaje constante de estos conocimientos adquiridos, para estar al tanto de las últimas novedades existentes.

Como buena práctica en formación que debería emularse, puede citarse el caso francés, donde a través de la página web www.achatpublic.com, se expide un certificado oficial como experto en contratación pública mediante la realización de un ciclo de cuatro módulos¹²⁶. Se ofrecen seminarios de formación tanto para los compradores públicos como para las empresas que desean obtener las máximas oportunidades en la contratación pública. Dedicándose fundamentalmente a aspectos prácticos tales como preparar una oferta electrónica, negociar con un comprador público y analizar las ofertas de los competidores y defender sus derechos frente a una adjudicación desfavorable a sus intereses¹²⁷.

Este planteamiento formativo casa bien con el Gobierno Abierto, es decir, con el intercambio de opiniones, experiencias, buenas prácticas e información entre todos los sujetos afectados como instrumento clave para la profesionalización, modernización y mejora de la contratación pública.

La propuesta de directiva relativa a la contratación pública reconoce que “en muchos casos, los poderes adjudicadores no disponen internamente de los conocimientos especializados necesarios para tramitar proyectos de contratación complejos.

Un apoyo profesional adecuado e independiente por parte de estructuras administrativas podría mejorar considerablemente los resultados de la contratación gracias a la ampliación de la base de conocimientos y la profesionalización de los compradores públicos y a la prestación de asistencia a las empresas, en particular las pyme”. Por tal motivo, se obliga a los Estados miembros a establecer estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar y llevar a cabo los procedimientos de contratación, que son los denominados “*centros de conocimientos*”.

Aunque nos encontramos en tiempos de crisis económica, se considera por parte de la UE que los costes propios de la reorganización o el perfeccionamiento de estos centros de conocimientos quedarán neutralizados por la reducción de los costes de los litigios (tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas) y los derivados de los retrasos en la adjudicación de los contratos, debido a la aplicación incorrecta de las normas de contratación pública o a la

126 La web achatpublic.com ofrece una completa gama de servicios que abarcan toda la cadena de la contratación pública: el mercado de trabajo, las partes, la publicación legal, la revisión judicial, el intercambio de documentos administrativos y financieros, el valor probatorio, etcétera.

127 SANMARTÍN MORA, M.A., “La profesionalización”, *op. cit.*, nota 55, pág. 426.

mala preparación de los procedimientos de contratación, así como de los costes que acarrea la fragmentación y la ineficiencia del asesoramiento que se ofrece actualmente a los poderes adjudicadores.

Se pretende un sistema integrado de carácter electrónico que abarque todos los aspectos de la profesionalización. Resulta tremendamente difícil encontrar un modelo perfecto que sirva de referencia, pero podemos resaltar como ejemplo la estructura de Holanda que ha desarrollado el proyecto PIANOo¹²⁸.

Como nos muestra Sanmartín Mora, PIANOo, Procurement Expertise tiene por finalidad la profesionalización de la contratación pública y trabaja con una red de más de 3.500 compradores. Se trata de un centro de conocimiento creado por el gobierno holandés para dar apoyo a los empleados públicos y a las autoridades contratantes, además de servir de plataforma de diálogo entre estas y los licitadores. Ofrece distintos servicios como una plataforma de información permanentemente actualizada, catálogos de especificaciones técnicas, una guía de criterios y procedimientos prácticos para una contratación pública sostenible, un servicio de asesoramiento sobre cuestiones legales complejas que lleva a cabo un grupo de expertos, cuenta con una plataforma de uso exclusivo de los profesionales del sector público que sirve de foro de intercambio de opiniones y experiencias, organiza congresos, jornadas y cursos entre los que destaca el curso sobre normativa de contratación pública abierto a empleados públicos y a abogados, edita publicaciones especializadas y en general aglutina todas las cuestiones relativas a la contratación pública¹²⁹.

Por otra parte, la propia sociedad civil, encabezada por los profesionales e investigadores sobre las compras públicas, ha tomado la iniciativa de crear observatorios. Se trata de plataformas que sirven como lugar de encuentro de profesionales para el debate y análisis de las novedades jurídicas, realización de propuestas para la modernización y materialización de los principios de eficiencia, integridad y buena administración. En Europa, podemos destacar The Public Procurement Network (www.publicprocurementnetwork.org), y en cuanto a Estados miembros: el Osservatorio di Diritto comunitario e Nazionale sugli appalti pubblici (www.osservatorioappalti.unitn.it) en Italia y el observatorio de contratación pública (www.obcp.es) en España.

En cuanto a Hispanoamérica, conviene resaltar que en el marco de las actividades de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), y con el objetivo de diseñar un proyecto de profesionalización de las compras públi-

128 <http://www.pianoo.nl/>

129 SANMARTÍN MORA, M.A., “La profesionalización”, *óp. cit.*, nota 55, pág. 431.

cas, liderado por la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se realizó la primera reunión del grupo de trabajo del proyecto durante los días 17 y 18 de diciembre de 2012, en la ciudad de Lima, Perú, con la colaboración del Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE) de Perú. Con el fin de definir este nuevo proyecto participativamente y en diálogo con los países de la región se ha constituido un grupo de trabajo conformado por Chile, Ecuador, Panamá y Perú, que actuarán como portavoces de los demás países de la RICG, con el objetivo de identificar los elementos comunes a considerar para el desarrollo de capacidades y certificación en contrataciones públicas¹³⁰.

3.3. Gobernanza

La buena gobernanza en la contratación pública es parte inherente a esa “nueva cultura” que se quiere implementar, basada en una adecuada rendición de cuentas y la existencia de efectivos y rápidos mecanismos de control. Unos funcionarios cuya gestión esté suficientemente clara, donde exista una coordinación entre organismos de control diferentes y la eficiente supervisión de las actividades de los contratistas conducen indudablemente a una buena administración y una conveniente gestión de los fondos públicos.

Los sistemas de control deben tener una función correctora, pero sobre todo un carácter preventivo, cuya óptima ejecución va llevar anudada una escasa controversia. Han resultado ser muy convenientes los instrumentos de recursos prejudiciales y específicos, que si son rápidos y eficaces suponen un efecto disuasorio sobre las potenciales empresas licitadoras a la hora de intentar realizar corruptelas en la contratación pública. Todo ello otorgará seguridad jurídica a todos los operadores e impregnará de credibilidad el sistema contractual.

Un ejemplo de buena práctica en materia de recursos prejudiciales, específicos, rápidos y eficaces, puede ser el caso español con el Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC)¹³¹, constituido el 22 de octubre de 2010¹³², que se incorpora al elenco de órganos adscritos al Ministerio de Economía y Hacienda, con la vocación de aportar un elemento de garantía en la aplicación

130 <http://www.ricg.info:8080/Plone/iniciativas-de-apoyo-es/proyecto-para-la-profesionalizacion-de-las-conpra-publicas-1/presentaciones>

131 <https://sedemeh.gob.es/es-ES/sedes/TACRC/Paginas/default.aspx>

132 La Ley 34/2010, del 5 de agosto, modificó la Ley de Contratos del Sector Público y creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al que corresponde, en el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación.

de las normas que regulan la preparación y adjudicación de los contratos¹³³. El fundamento de su creación radica sobre todo en la necesidad de actuar con eficacia, permitiendo que sus resoluciones se adopten en un plazo tan breve como resulte conciliable con un adecuado tratamiento de las cuestiones planteadas y el derecho de todos los interesados, particulares y órganos de contratación, a ser oídos en el procedimiento.

Sin embargo, es necesario poner énfasis en la necesidad de que el Tribunal funcione con eficacia dictando sus resoluciones en un plazo tal que no resulte imposible dar satisfacción en términos estrictos a las pretensiones de los recurrentes cuando proceda estimar sus recursos. El plazo medio de resolución de los recursos en 2011 fue de 21,5 días naturales, es decir aproximadamente tres semanas. Al mismo tiempo y dadas las características del procedimiento, especialmente en lo que hace referencia a la suspensión de los actos de adjudicación cuando sean objeto del recurso, es indudable que el Tribunal no puede dilatar los procedimientos para resolverlos fuera de los límites que exige la necesidad de que la contratación no quede paralizada más allá de lo estrictamente necesario.

Con estas dos premisas como condicionantes de su actuación, los recursos deben tramitarse en la medida de lo posible a través de procedimientos electrónicos que permitan no solo el cumplimiento de los breves plazos previstos en la Ley, sino también y sobre todo que el recurrente al que se da la razón estimando su recurso pueda ver satisfecho su derecho con plena efectividad y que el órgano de contratación, especialmente en los casos en que el recurso se desestima, no se vea obligado a mantener en suspenso la ejecución del contrato perjudicando injustificadamente los intereses públicos¹³⁴.

El TACRC, a pesar de su denominación de tribunal, no es un órgano jurisdiccional. Tiene independencia funcional en el ejercicio de sus competencias (no está politizado), y se compone de un presidente y dos vocales que son inamovibles, salvo por las causas tasadas por la ley. La duración de su nombra-

133 Las Comunidades Autónomas pueden crear sus propios órganos independientes (para su ámbito y el de las Corporaciones Locales) u optar por atribuir la competencia, mediante la celebración del correspondiente convenio, al propio Tribunal Central. Por el momento han creado Tribunal u órgano unipersonal, mediante normas propias: País Vasco (Ley 5/2010 de 23 de diciembre; además, las Diputaciones Forales han creado también tribunales), Madrid (Ley 9/2010, de 23 de diciembre), Aragón (Ley 3/2011, de 24 de febrero), Cataluña (Ley 7/2011, de 27 de julio, aunque aún no se ha constituido), Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre), y Castilla y León (Ley 1/2012, del 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras). En Navarra, la Junta de Contratación Pública, conoce y resuelve las reclamaciones en materia de contratación.

134 *Vid.* Memoria de Actividades del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Año 2011.

miento es por seis años, sin posibilidad de prórroga, aunque habrá una primera renovación parcial a los tres años¹³⁵.

Por lo demás, como nos explica Gimeno Feliú, a quien tantas veces debemos acudir, hay que reforzar los mecanismos de control ex ante, como tribunales de cuentas, agencias de lucha antifraude o remisión de todos los contratos al registro público, como los de control ex post con características de agilidad y eficacia ejercidos por autoridades independientes, ya sean judiciales o “arbitrajes administrativos” independientes y con estatus de juez¹³⁶.

Resulta evidente que para garantizar la integridad de la contratación pública tiene que existir un rápido y efectivo sistema de control, en otro caso no será posible su consecución. En este sentido, la UE propone que cada Estado miembro designe a una única autoridad nacional encargada de la supervisión, la aplicación y el control de la contratación pública. Solo un organismo único con tareas generales garantizará una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, podrá proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural y estará en condiciones de proporcionar información inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, contribuyendo así a encontrar con rapidez soluciones y a mejorar los procedimientos de contratación.

Son los denominados “*organismos nacionales de supervisión*” que tienen su regulación en el artículo 84 de la propuesta de directiva sobre contratación pública. La propuesta prevé también una cooperación administrativa eficaz que permita a los organismos nacionales de supervisión compartir información y mejores prácticas y cooperar a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI).

135 El Presidente del Tribunal es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Hacienda y Administraciones Públicas y de Justicia. Deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

Por su parte, los Vocales son nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Hacienda y Administraciones Públicas y de Justicia. Podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

El Tribunal cuenta con una Secretaría General, a la que corresponde la coordinación de la tramitación de los recursos presentados, así como su control y seguimiento, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como aquellas otras tareas que le sean expresamente atribuidas por el Presidente.

136 GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos”, *óp. cit.*, nota 15, pág. 534.

Asimismo, se debe sostener sin fallas ni distinguos que para caminar por la senda de la integridad y el derecho a la buena administración debe preverse un sistema eficaz de denuncias de actos corruptos, así como garantías de protección al denunciante. Por tal motivo, debe fomentarse la colaboración de organizaciones sociales, no politizadas, para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos.

3.4. Transparencia y Eficiencia: Contratación Electrónica

El principio de transparencia se configura por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como una consecuencia del principio de igualdad de trato y no discriminación, garantizando el mismo trato a todos aquellos que, sintiéndose capaces y no encontrándose incurso en ninguna causa de prohibición para contratar, aspiren a ser contratistas. En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia¹³⁷.

Los Considerandos 91 y siguientes de la Sentencia del TJUE del 12 de diciembre de 2002, asunto C-470-99, *Universale-Bau* afirman que el cumplimiento del principio de igualdad de trato requiere la publicidad de las licitaciones. «Esta obligación de transparencia que incumbe a la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, un nivel adecuado de publicidad que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

Como todo principio presenta dos características: una primera, la de informar la normativa y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador ante lagunas del ordenamiento jurídico. El objetivo principal en el campo de la contratación pública es que haya una libre competencia, es decir, atraer un número suficiente de licitadores a través de procesos abiertos y equitativos. Existe un consenso general que para garantizar un trato igual y no discriminatorio hacia los licitadores, es preciso que exista información fácilmente accesible y transparente plasmada en las leyes, las normas, las decisiones judiciales, los reglamentos administrativos y los procedimientos de contratación pública y que exista igualdad de oportunidades para todos los licitadores en un proceso de competencia, así como que todos tengan información adecuada y suficiente, en especial sobre

137 STJUE de 25 abril de 1996, Asunto C-87/94, Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica. *Autobuses Valones*.

el método, las especificaciones y los criterios de selección y adjudicación de la licitación¹³⁸.

De todos es sabido que el ocultismo y el secreto fomentan la corrupción. La transparencia y la rendición de cuentas se han reconocido como condiciones claves para la promoción de la integridad y la prevención de la corrupción en la contratación pública. No obstante, deberán equilibrarse con otros imperativos de buena gobernanza, como el asegurar una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos o proporcionar garantías para una libre competencia.

A fin de asegurar la relación calidad-precio total, el reto para los que toman las decisiones es definir un nivel apropiado de transparencia y rendición de cuentas para reducir los riesgos de integridad en la contratación pública al tiempo que se persiguen otros objetivos de este tipo de procesos¹³⁹.

La obligación de transparencia que recae sobre las entidades adjudicadoras consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE del 7 de diciembre de 2000). En el ámbito comunitario, este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos a adjudicar en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la competencia entre los agentes económicos implicados.

En segundo lugar, la transparencia se garantiza de la siguiente forma: a través de la obligación de justificar ante todo contratista-licitador que lo solicite el rechazo de su candidatura o de su oferta, la obligación de redactar, para cada contrato un acta que podrá ponerse a disposición de la Comisión, la obligación de publicar el resultado de cada contrato adjudicado y la puesta al día de las normas en el ámbito técnico a fin de tener en cuenta la evolución de la política de normalización a escala europea e internacional. Así lo ha recordado, por lo demás, la STJUE del 26 de septiembre de 2000, condenando por incumplimiento a la República de Francia por este motivo¹⁴⁰.

138 OCDE, La integridad en la contratación, *óp. cit.*, nota 5, pág. 35.

139 *Ibid.* pág. 18.

140 *Vid.* <http://www.westlawcontrata.es/>

La publicidad se convierte en exigencia ineludible del principio de libertad de concurrencia y no se limita exclusivamente al anuncio de la operación contractual, sino que se extiende al conjunto de las operaciones de adjudicación. “Hay que promover una publicidad que genere efectiva concurrencia en todo nivel e importe de contrato (SSTJCE del 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 21 y de 15 de octubre de 2008, Acoset SpA). En todo caso, debe mejorar la información que reciben las empresas a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement). Obviamente, la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio”, de forma rápida y barata¹⁴¹.

Podemos citar como buena práctica el sistema de contratación pública totalmente digitalizado de Portugal, que fue el primer país de los 27 miembros de la UE que ha establecido la obligatoriedad del uso de medios electrónicos en todas las fases del proceso contractual, incluida la adjudicación¹⁴². Desde el 1 de noviembre de 2009 los procedimientos de licitación en Portugal deben realizarse a través de una plataforma electrónica (www.ancp.gov.pt). En la actualidad, este país es el más avanzado de Europa en la aplicación de la contratación electrónica, con una tasa de contratación pública electrónica del 75% frente al 5% de media de la UE¹⁴³. La propuesta de directiva relativa a la contratación pública prevé un plazo máximo de dos años después de la fecha límite de transposición de la misma por los Estados miembros, para la obligatoriedad del uso de medios electrónicos en todas las fases del proceso contractual.

3.4.1. Extensión del Ámbito Subjetivo: Sector Público y Partidos Políticos

El principio de transparencia debe estar presente en todo el ámbito subjetivo propio de la contratación pública, es decir, a todos los entes adjudicadores sujetos a la legislación contractual. Debe combatirse el fenómeno denominado “huída del Derecho Administrativo”, en este caso concreto, del Derecho contractual público, mediante la creación de entes instrumentales, que por razones

141 GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos”, *óp. cit.*, nota 15, pág. 534.

142 En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto Ley núm. 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el “Código dos Contratos Públicos”.

143 Informe “Europa puede hacerlo mejor. Informe sobre buenas prácticas en los Estados miembros para la aplicación de la legislación de la UE de la manera menos onerosa posible”, realizado por el Grupo de Alto Nivel de Partes Implicadas Independientes sobre cargas administrativas, creado en 2007 para asesorar a la Comisión sobre la aplicación del Programa de Acción para la reducción de las cargas administrativas en la Unión Europea, Varsovia, de 15 de noviembre de 2011, pág. 51.

formales de personificación jurídica eludan el régimen jurídico público. A este respecto, conviene realizar dos aportaciones interesantes del Derecho comunitario que pueden mejorar y modernizar el Derecho contractual colombiano.

En primer lugar, la debida extensión del ámbito subjetivo del Derecho de contratos colombiano a todas aquellas personas jurídicas privadas que, aunque no tengan una “participación mayoritaria” del Estado (superior al 50%), sí estén “controladas” o “gestionadas” por este. Al día de hoy se trata de entes que no están contemplados por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Una de las novedades que se apuntaban respecto a la contratación pública con el Estatuto Anticorrupción residía en la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación sobre contratación pública, ya que, a partir del mismo, “las normas de la Ley 80 de 1993, le serán aplicables a *todas las entidades públicas, salvo cuando la entidad ejecutora desarrolle sus actividades en competencia con el sector privado*. De esta forma, los principios rectores de la contratación pública se extenderán a campos que hoy no cubren”¹⁴⁴.

A estos efectos debe comprenderse qué se entiende por “*todas las entidades públicas*” en el ámbito contractual público, para lo que debemos remitirnos al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y lleva por epígrafe “De la definición de entidades, servidores y servicios públicos”, disponiendo:

Artículo 2 de la Ley 80 de 1993. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos.

“Para los solos efectos de esta ley:

1°. Se denominan entidades estatales:

a) La nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta *en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)*, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha *participación pública mayoritaria*, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (Declarado exequible por la Sentencia C-629 de 2003, el texto subrayado).

144 Palabras del Ministro del Interior y Justicia: <http://germanvargasllerasmij.blogspot.com/2011/07/abc-estatuto-anticorrupcion.html>

b) Declarado exequible en Sentencia C-374 de 1994. El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

Dicha innovación se debe al artículo 93 del Estatuto Anticorrupción, relativo al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con *participación mayoritaria del Estado*, que modifica el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

Artículo 93 EA. *Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado*. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

“Las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado, superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”.

De la lectura de estos dos preceptos podría deducirse que efectivamente quedan incluidas “todas las entidades públicas”, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados. Antes de proseguir hay que hacer dos apreciaciones aclaratorias. De un lado, cuando se habla de “entidades públicas”, se entiende que se está refiriendo tanto a las personas jurídicas públicas (administraciones públicas y entes públicos en sentido estricto), como a las personas jurídicas privadas dependientes o vinculadas a alguna de las anteriores. Y de otro lado, en ambos artículos citados se alude a la “par-

tipificación mayoritaria” en el sentido de financiación de las diversas entidades afectadas, pero esta no es la única posibilidad.

Como nos muestra el Derecho europeo de la contratación pública¹⁴⁵, la financiación no es el único aspecto a considerar, sino que también deben tenerse presente otros aspectos esenciales como *el control o la gestión de esos entes por parte de las administraciones públicas* y con independencia de su personalidad jurídica.

La Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios¹⁴⁶, viene a solventar esta problemática con el concepto de “*organismos de derecho público*” a los que se aplica y define de la siguiente manera¹⁴⁷:

Artículo 1 Directiva 2004/18/CE. Definiciones

“9. Son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado «*organismo de Derecho público*» cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

Hay que destacar que la jurisprudencia comunitaria considera que los rasgos a), b) y c) tienen carácter acumulativo, por lo que no basta con el cumplimiento aislado de alguno de ellos¹⁴⁸. La cualidad de personalidad jurídica

145 En el ámbito de la Unión europea se ha desarrollado un Derecho propio de la contratación pública, que pretende asegurar la implantación real, también en este difícil sector, de un mercado interior común. La aparición y desarrollo de este Derecho europeo de la contratación pública ha obligado a introducir normas específicas de Derecho administrativo sobre esta materia en aquellos Estados miembros de la Unión que carecían de ellas y a modificar la legislación de aquellos otros Estados que, como el español, ya las tenían. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 4ª edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pág. 573.

146 DO L 134 de 30.04.2004, pág. 114.

147 En el mismo sentido, en España el artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

148 STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros). BLANQUER, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica*, Ed. Tirant lo

resulta indiferente si es de Derecho público o de Derecho privado, pues *la normativa comunitaria en materia de contratación no utiliza un criterio formal sino funcional, ya que la clave está en las funciones o actividades que materialmente desarrolle*. Además, el TJUE viene interpretando estos requisitos de manera extensiva, con el objetivo de evitar la huída del Derecho europeo de la contratación pública¹⁴⁹.

Lo explica certeramente Sánchez Morón al decir que “en el Derecho comunitario, a efectos de determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación sobre contratación pública [...], no se tiene en cuenta si una entidad se constituye conforme al Derecho administrativo o al Derecho privado, sino *cuál es la actividad que realiza*, propiamente mercantil o industrial (producción de bienes o servicios para el mercado) o administrativa (por ejemplo, la gestión o contratación de infraestructuras públicas) y *si está o no controlada en realidad por una administración pública, ya sea a través de la mayoría de capital o por poseer aquellas derechos especiales de voto o de nombramiento de los administradores que le aseguren una influencia decisiva*. Si reúne esas características la entidad se considera poder adjudicador (de contratos) u organismo público en sentido sustantivo, aunque se trate de una sociedad mercantil y su actividad como tal ente se somete al Derecho público necesariamente”¹⁵⁰.

En síntesis, la regulación recogida por el artículo 93 del Estatuto Anticorrupción ha perdido una oportunidad de regular de forma más completa y adecuada el ámbito subjetivo de la legislación contractual pública, hecho que parece haber pasado desapercibido. Por tanto, el régimen contractual de las

Blanch, Valencia, 2007.

149 SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, 1 de febrero de 2001, *Comisión contra Francia*, y las tres Sentencias contra España, de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005, entre otras.

150 “El TJUE entiende, por ejemplo, que son necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil las que no se satisfacen mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado o aquellas en las que el Estado desea conservar una influencia determinante (STJUE de 22 de mayo de 2003, *Coronen y otros*). Considera asimismo que una entidad del sector público está financiada mayoritariamente por el Estado u otro ente público no solo cuando se nutre de transferencias presupuestarias, sino también cuando la mayoría de sus recursos proceden de algún canon o exacción pública establecida por un acto legislativo (STJUE de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk y otros*), pues el concepto de financiación por el Estado es un concepto funcional (STJUE de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*) lo que supone que incluso corporaciones públicas de base asociativa como las Cámaras de Comercio (que se financian en gran medida con el llamado recurso cameral permanente, que es una exacción de Derecho público) tienen el carácter de poderes adjudicadores. También tienen esta última consideración las asociaciones constituidas por entes, organismos o entidades que sean poderes adjudicadores”. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo...*, *óp. cit.*, nota 88, pp. 69 y 575.

empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado debería haber incluido aparte del requisito de la financiación mayoritaria, también *las posibilidades de control y gestión por parte de una administración pública o un ente público*. Todo este planteamiento nos sirve para explicar la segunda recomendación para la mejora del Derecho contractual colombiano.

En segundo lugar, siguiendo a Bernal Blay¹⁵¹, resulta más que interesante la posibilidad real de que en la próxima directiva comunitaria sobre contratación pública se considere a los partidos políticos, que son organizaciones privadas, como poderes adjudicadores a efectos de su contratación. En efecto, en la última versión de la propuesta de directiva sobre contratación pública¹⁵² aparece como una de las novedades destacadas la nueva letra g) del artículo 10 (exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios): “los contratos de servicios para campañas electorales identificados en el Reglamento CPV con los códigos 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando fueran adjudicados por un partido político en el marco de una campaña electoral”¹⁵³.

Por lo tanto, si según la futura normativa europea están excluidos los contratos de servicios para campañas electorales de los partidos políticos, a sensu contrario, se puede entender que el resto de contratos de obras, servicios o suministros realizados por los partidos políticos quedarían dentro del ámbito subjetivo de la propuesta de directiva, es decir, sujeto al Derecho europeo y nacional de la contratación pública y serían considerados como poderes adjudicadores. En verdad, la condición de poder adjudicador de los partidos políticos no está expresamente recogida en la propuesta de directiva, pero resulta claro

151 BERNAL BLAY, M.A., “Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos”, en *Sección de Opinión del Observatorio de Contratación Pública*, de 21 de enero de 2013. Disponible en <http://www.obcp.es/>

152 El pasado 30 de noviembre de 2012, la Presidencia del Consejo de la Unión Europea (Chipre) presentó una versión revisada del texto de compromiso (probablemente acordado conjuntamente con la Comisión) sobre las tres propuestas de Directiva en materia de contratación pública presentadas en Diciembre de 2011.

153 En el original: “Contracts for political campaign services, falling within CPV 79341400-0, 92111230-3 and 92111240-6, when awarded by a political party in the context of an election campaign”. Para una mejor comprensión del sentido de esta excepción hay que acudir al Reglamento 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV). En dicho Reglamento aparecen codificados los servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda, con los códigos 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6 a que se refiere el nuevo artículo 10.g) de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública. BERNAL BLAY, M.A., “Los partidos políticos, *óp. cit.*, nota 94.

que concurren los tres requisitos funcionales necesarios para adquirir dicha condición, ya explicados anteriormente¹⁵⁴:

Primero. Resulta evidente que los partidos políticos se crean específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil¹⁵⁵.

Segundo. Los partidos políticos están dotados de personalidad jurídica propia, en este caso privada¹⁵⁶.

Y tercero. La gestión financiera de los partidos políticos está sujeta a la supervisión del Estado, dado que son perceptores de fondos públicos, sin que tal percepción obedezca a una relación comercial normal (única circunstancia que podría justificar, en su caso, sostener el no cumplimiento de este requisito), sino a la financiación legalmente establecida para atender gastos de funcionamiento ordinarios, electorales y de seguridad, y de ordinario canalizada a través de subvenciones¹⁵⁷.

En una época donde la necesidad de regeneración democrática resulta palmaria y es reclamada continuamente por la ciudadanía en relación con la denominada “profesión de los inmorales” (políticos), este mayor control de los partidos políticos supone una luz de esperanza para la mejora y el crecimiento democrático, que podría también ser imitada en Colombia. No olvidemos que en España son numerosos y muy graves los casos de financiación ilícita por parte de los partidos políticos (caso Filesa¹⁵⁸, Bárcenas, etcétera). Supondría

154 *Vid.* Artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE. Definiciones.

155 Según el artículo 6 de la Constitución española de 1978: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

156 En España, según el artículo 3.2 (Constitución y personalidad jurídica) de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos: “2. Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos que, a estos efectos, existirá en el Ministerio del Interior, previa presentación en aquél del acta fundacional suscrita por sus promotores, acompañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente Ley Orgánica”.

157 “El Informe del Tribunal de Cuentas de Fiscalización de los estados contables de los Partidos Políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente, ejercicio 2007 (publicado el 29 de marzo de 2012) constataba que los partidos políticos con representación en el Congreso de los Diputados o en los Parlamentos autonómicos percibieron en concepto de subvenciones públicas en el año 2007 un total de 281,1 millones de euros. Frente a la financiación pública, esos mismos partidos obtuvieron un total de 67,8 millones de euros en concepto de ingresos privados. El cumplimiento de este tercer requisito, no obstante debe ser analizado caso a caso, esto es, partido a partido, y periódicamente revisado, ya que la financiación pública pudiera no concurrir en todos los partidos políticos, o no concurrir todos los años”. BERNAL BLAY, M.A., “Los partidos políticos...”, *óp. cit.*, nota 94.

158 El llamado caso Filesa fue un caso de corrupción consistente en la creación de una trama de empresas (Filesa, Malesa y Time-Export) cuyo fin era la financiación ilegal del Partido So-

una extensión del Derecho de la contratación pública a sujetos con personalidad jurídica privada, pero que no son públicos desde un punto de vista formal, aunque funcionalmente sí lo son por razón de su actividad y de su financiación.

Nos encontraríamos con una concepción de la administración más como actividad que como sujeto, y es muy probable, como dice Bernal Blay, que “esta concepción no finalice en la actividad contractual de los partidos políticos, sino que se proyecte igualmente sobre otros sujetos formalmente privados pero funcional o materialmente públicos, como sindicatos o colegios profesionales, entre otros”¹⁵⁹.

3.4.2. Contratos Menores y Contratación de Mínima Cuantía

Otra de las cuestiones necesarias para obstaculizar las actuaciones corruptas y mejorar la realidad colombiana, consistiría en mejorar la transparencia en la contratación de mínima cuantía. Antes de realizar algunas apreciaciones al respecto, resulta adecuado determinar primeramente qué es la contratación de mínima cuantía. Su regulación se dispone en el artículo 2.2.b) Ley 1150 de 2007 con los siguientes extremos:

“b) La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

cialista Obrero Español (PSOE), para hacer frente a los gastos originados por las campañas electorales del año 1989, hechos todos ellos establecidos como probados por la Judicatura. Esta financiación ilegal consistía en inflar contratos públicos para recibir la comisión correspondiente. Muchos de los cargos fueron retirados porque en el momento de los supuestos hechos delictivos no existía en España el delito tipificado como “financiación irregular” de los partidos políticos.

159 BERNAL BLAY, M.A., “Los partidos políticos”, *óp. cit.*, nota 94.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales”.

El procedimiento aludido anteriormente de la contratación de la mínima cuantía se encuentra regulado en el artículo 94 del Estatuto y reglamentado en el Decreto 2516 de 2011.

Artículo 94 EA. *Transparencia en contratación de mínima cuantía*. Adiciónese al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

Por su parte, esta modalidad de selección colombiana de la contratación de mínima cuantía se correspondería en España con lo que denominamos “*contratos menores*”, regulados en los artículos 23.3, 111 y 138.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). En la regulación jurídica española se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras o inferior a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos. Los contratos menores pueden adjudicarse *directamente* a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

En este tipo de contratos el expediente se reduce a la aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura, salvo que se trate de un contrato de obras, en cuyo caso debe añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin

perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 TRLCSP cuando el trabajo afecte la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (artículo 111 TRLCSP). Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (artículo 23.3 TRLCSP), ni de revisión de precios (artículo 89.2 TRLCSP).

La existencia de este tipo de contratación y su procedimiento especial encuentran su justificación en la escasa cuantía del contrato, que demanda una actuación rápida en beneficio del interés público y en aras de garantizar el principio de eficacia. Por lo tanto, el procedimiento especial debe ser lo más simple y sencillo posible, evitando trámites innecesarios que ralenticen la contratación y supongan un perjuicio superfluo para el órgano contratante. La regulación del procedimiento colombiano para la contratación de mínima cuantía recogida en el capítulo primero del Decreto 2516 de 2011, parece excesiva y con un desgaste administrativo inútil, que se compadece mal con la política antitrámites (artículo 75 EA) que se pretende instaurar. Estas cargas administrativas que, en la práctica, desembocan en la adjudicación al contratista deseado desde un primer momento, deben ser desechadas y facilitar la agilidad en la tramitación correspondiente. Otra cuestión es el debate acerca de la conveniencia o no de su existencia, o la cuantía correspondiente, pero una vez aceptada debe facilitarse su aplicación y ejecución.

Junto a esta cuestión procedimental debe añadirse otra apreciación acerca de la determinación de dicha cuantía. La regulación colombiana de la “contratación de mínima cuantía” se basa en un valor que no exceda del 10 por 100 de la “menor cuantía” de la entidad, independientemente de su objeto, que a su vez se calcula en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales. Ante esta tesitura surge el interrogante de si no sería más provechoso seguir la regulación española en el sentido de especificar determinadas cantidades fijas, independientemente del posible debate de la cuantía máxima de las mismas y no realizar diferenciaciones en cuanto al presupuesto de la entidad correspondiente. Todo ello fundamentado en la finalidad última de la contratación de mínima cuantía colombiana (contratos menores en España), que es garantizar la eficacia para satisfacer con agilidad determinadas necesidades inmediatas en la contratación pública. Asimismo, la utilización de términos con tanta identidad semántica como “mínima cuantía” y “menor cuantía” aumentan la complejidad en la comprensión de las normas, y pueden provocar una gran inseguridad jurídica en el operador.

La utilización indebida de la contratación de mínima cuantía (Colombia) o los contratos menores (España), bajo la justificación de la simplificación pro-

cedimental y la eficacia administrativa, supone una de las prácticas corruptas más frecuentes que urge sea corregida para garantizar una mayor eficiencia de los recursos públicos.

Un avance en el control de este tipo de contratos consistiría en incluir una limitación de carácter acumulativo en la utilización de los contratos de mínima cuantía (Colombia) o menores (España), es decir, fijar un límite de concentración de este tipo de contratos en un solo licitador. A tal fin, en España la ya derogada proposición de Ley Orgánica de principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública del 7 de abril de 2011, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (BOCG numeral 314-1, de 15 de abril de 2011) disponía: “Ninguna empresa podrá ser adjudicataria durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos menores de cualquier clase celebrado con un mismo organismo cuya cuantía acumulada supere los 50.000 euros”. Otra eventual solución sería, por encima de determinado importe (por ejemplo, en Francia 4.000 euros), solicitar al menos tres ofertas entre licitadores¹⁶⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARENILLA SÁEZ, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, Ed. INAP, Madrid, 2003.

ARENILLA SÁEZ, M. (Dir.), *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Ed. Netbiblo, La Coruña, 2011.

ARIEL REZZOAGLI, B., *Corrupción y contratos públicos: una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2005.

BEETHAM, D. (Ed.), *Defining and Measuring Democracy*, Londres, 2004.

BERNAL BLAY, M.A., «Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos», en *Sección de Opinión del Observatorio de Contratación Pública*, de 21 de enero de 2013. Disponible en <http://www.obcp.es/>

CALDERÓN, C.; LORENZO, S. (Coords.), *Open Government: Gobierno Abierto*, Ed. Algón Editores, Jaén, 2010.

CASTRO CUENCA, C. G., *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009.

COROJAN, A.; CAMPOS, E., *Gobierno Abierto: alcance e implicaciones*, Ed. Fundación Ideas, DT 03/2011, Madrid, 2011.

160 GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos...”, *óp. cit.*, nota 15, pág. 528.

FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2000.

GALLARDO CASTILLO, M. J., “Transparencia, Poder Público y Derecho Administrativo”, en SÁNCHEZ BLANCO, A. y otros (Coords.), *El Nuevo Derecho Administrativo*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2011, págs. 165 a 177.

GARCÍA MACHO, R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GARCÍA MACHO, R., *La transparencia en el sector público*, en VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?», en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)* (2010), numeral 147, págs. 517 a 535.

GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012.

GIMENO FELIÚ, J.M., «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 27 a 83.

GIMENO FELIÚ, J.M., «La necesaria y urgente política de reformas frente a la corrupción», en *Sección de Opinión del Observatorio de Contratación Pública*, de 4 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.obcp.es/>

GUARDIÁN ORTA, C., “¿Transparencia?», en CALDERÓN, C.; LORENZO, S. (Coords.), *Open Government: Gobierno Abierto*, Ed. Algón Editores, Jaén, 2010.

JIMÉNEZ FRANCO, E., «Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad», en *Actualidad Administrativa* (2012), numeral 5, págs. 538 a 570.

JIMÉNEZ FRANCO, E., «Legalidad, transparencia e integridad en el combate a la corrupción», en SINTURA, F.; RODRÍGUEZ, N., *La política criminal de Colombia en la prevención y combate a la corrupción. Comentarios a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, en prensa.

JIMÉNEZ FRANCO, E., «Compra pública sostenible y las personas con discapacidad», en VV.AA., *El Derecho ante las personas con discapacidad: Diversos ámbitos de protección*, en prensa.

MEDINA ARNÁIZ, T., “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, en *Diario La Ley* numeral 7382, 16 de abril de 2010.

MEDINA ARNÁIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J. M., (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Ed. Civitas, Navarra, 2011, págs. 43 a 101.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “Cumplimiento de la legalidad en la nueva cultura de gestión pública: propuestas y realidades en la lucha contra la corrupción”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coords.), *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 87 a 108.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en VV.AA., *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas*, Pontificia Universidad Católica de Chile-GRESCO-AECI, Santiago de Chile, 2009.

OCDE, *La integridad en la contratación pública*. Buenas prácticas de la A a la Z, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2009.

OCDE, *Fighting corruption and promoting integrity in public procurement*, París, 2005.

RAMOS, A., “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RDLeg. 3/2011”, en *Contratación Administrativa Práctica*, numeral 119, mayo 2012, págs. 30 a 51.

RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coords.), *La Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 109 a 126.

RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, Ed. Unión Iberoamericana de Municipa- listas, Granada, 2006.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.; FABIÁN CAPARRÓS, E. (Coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 241-275.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*. Parte General, 4ª edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

SANMARTÍN MORA, M.A., “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, págs. 407 a 434.

SCHEDLER, A., *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Ed. IFAI, México, 2004.

SOMMERMANN, K. P., “La exigencia de una Administración transparente desde la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en GARCÍA MACHO, R. (Ed.), *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 11 a 25.

STROMBOM, Donald, «Corruption in Procurement», en *Economic Perspectives* numeral 3, 1998, pág. 22.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Handbook on Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006.

TACRC, *Memoria de Actividades del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Año 2011.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; LÓPEZ MIÑO, A., *Insuficiencia del Derecho español para impedir y corregir la colusión en la contratación pública*, 2012. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2191797>

VV.AA., *Buying social – A guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement – SEC (2010) 1258*.

VV.AA., *Guía de contratación pública sostenible. Incorporación de criterios sociales*, Ed. IDEAS, Villafranca de Córdoba, 2010.

VV.AA., *Manual de la Gestión Precontractual. Una herramienta para fortalecer el control social*, Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, Bogotá, 2011.

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., Tübingen, 1972 (1ª ed., 1921).

MESA REDONDA

CUARTO

EJE TEMÁTICO

CARLOS HUMBERTO GARCÍA ORREGO*

**Abogado especializado en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario; especializado en Planeación Educativa de la Universidad Javeriana; fue Jefe de Control Interno de la Procuraduría General de la Nación y actualmente se desempeña como Jefe de Capacitación del Instituto de Estudios del Ministerio Público.*

Para dar cierre a este eje temático, el cual denominamos de derecho comparado, es importante destacar que han sido muy enriquecedoras las experiencias que hemos tenido oportunidad de conocer de Ecuador y España, igualmente en Colombia con el doctor Gonzalo Suarez hicimos un recorrido por las normas que sirvieron de base para diseñar la propuesta del sistema legal de compras que estamos en proceso de implementación en Colombia y de la intención de que esa contratación pública electrónica llegue a tener un funcionamiento adecuado y sea aplicada tanto por los organismos del orden central como por los entes descentralizados y a nivel territorial, circunstancia que no deja de preocupar, dada la desigualdad en el desarrollo económico y tecnológico en nuestro país.

El doctor Jorge Luis González Tamayo, representante de Ecuador, también nos habló de una experiencia muy interesante en su país y de cómo en pocos años lograron un avance sustancial en materia de transparencia y eficiencia en su sistema de compras públicas, en Colombia podríamos agregar que implementamos el sistema de diálogo competitivo desde el decreto 2170 de 2002, el cual consagró el concepto de "conformación dinámica de la oferta" norma que fue muy cuestionada y finalmente suspendida por el Consejo de Estado y luego derogada por el Decreto 66 de 2008, pero que podemos decir fueron los primeros intentos de lo que hoy conocemos como las subastas inversas presenciales y electrónicas. En el Ecuador es de observar el procedimiento para la adquisición de medicamentos, esquema que además les ha permitido resolver problemas como la dispersión de precios, el vencimiento de los productos y el almacenamiento y traslado de esos medicamentos a todas las regiones del país.

Por España, el Profesor Jiménez Franco nos ilustró sobre la dimensión global de la corrupción, partió de una situación que aqueja a los países europeos como es la crisis económica y que no deja de ser una amenaza permanente para los países de todo el mundo. Nos ilustró sobre conceptos claves en la administración pública moderna a partir del concepto de e-government o Gobierno Abierto, como son la eficiencia pública y la contratación estratégica, explicó el concepto de compra pública sostenible, el cual requiere para su conformación de los elementos de compra ética, ecológica y social. Al exponer los riesgos en la práctica contractual nos señaló conductas que no son ajenas en nuestro país como la no adecuada o ausente planeación, plazos insuficientes para la presentación de propuestas que no garantizan la igualdad, abuso de la figura de urgencia manifiesta, sobrecostos, adiciones injustificadas, no control a la ejecución del contrato, etcétera.

Finalmente, hizo unos cuestionamientos a nuestro ordenamiento que nos deben llevar a la reflexión:

Primero, frente al estatuto anticorrupción, que presenta una alta dispersión normativa, puesto que modifica los ordenamientos penal, fiscal, contractual, disciplinario, lo que hace difícil su comprensión y adicionalmente contribuye a la inseguridad jurídica.

Segundo: frente al actual procedimiento consagrado para la mínima cuantía, el cual ya ha sido catalogado por muchos administradores como poco práctico y nos invita a que si decidimos por agilidad y eficiencia se creen procedimientos de contratación directa, que se traten como tal y no crear procedimientos que en últimas dificulten la gestión de los administradores.

Comienzo con una pregunta en común para nuestros invitados extranjeros, al doctor Jorge Luis González y el doctor Emmanuel Jiménez, y es ¿cuáles son las políticas públicas diseñadas en materia contractual en su país por el ente rector?

Dr. Jorge Luis Gonzalez: Bueno, como políticas yo diría que básicamente están diseñadas por el ente rector, inclusive basadas en la Constitución y en la ley, y además de dictar políticas adicionales a través del directorio de esta institución, yo diría que la contratación pública siempre dispone de dos grandes principios que son la transparencia y la eficiencia, que a veces se les mira como antagónicos, se dice que para que sea transparente necesita mucho control, autorización y trámite, que entre más controles más transparente, pero se vuelve muy ineficiente, porque se piden muchos pasos, etcétera, y por esa razón es difícil conciliar las dos cosas; en cambio, una contratación eficiente como la contratación que se firma al otro día, pero ¿a qué costo de transparencia? Entonces lo que se cumpla fácilmente, ya que se puede hacer contratación ágil y con transparencia, luego de eso, pues los temas de apoyo a los entes industriales y el tema de apoyo a las pequeñas y medianas empresas son temas fundamentales y por eso saldrán de tal manera que el mercado para los pymes y mipymes, proyectos para un proceso exclusivo para que ellos puedan hacerlo, además hay un estudio hecho por una universidad de Argentina donde se consideran algunos casos latinoamericanos y hay varias modalidades que permiten este tipo de participación, yo diría que esas son las grandes políticas y por supuesto ya hay nuevos temas como el tema de la profesionalización de la contratación pública y el tema de sustentabilidad de las compras públicas.

Doctor Emmanuel Jiménez: Bueno yo creo que la pregunta venía referida hacia las políticas públicas o sea qué sectores de la administración pública se encuentran favorecidos por la intervención en la contratación pública. La contratación pública en este sentido creo que he hecho alusión a una contratación más verde, a la contratación pública ambiental, ese coste en el ciclo de la vida donde hay que pretender el más bajo, a lo largo de toda la vida del contrato,

incluso el mantenimiento, luchar por el cambio climático, emisiones de carbono, la sinergia energética, los instrumentos para determinado tipo de bombilla, ¿qué es lo que en veinte o tres años será un gasto o mantenimiento necesario o innecesario? eso sería la política ambiental o las políticas sociales, que debe haber en una contratación pública sostenible y responsable, eso sería para crear empleo o mantenerlo, usando esto para mantener muchas políticas firmes, o en caso de que se favorezca determinadas empresas, para que se contrate personas discapacitadas o en desempleo, además del ámbito sanitario, etcétera.

Dr. Emanuel: ¿son rápidos los arbitrajes en España? Es decir, ¿qué tiempo de resolución tienen los arbitrajes administrativos?

El arbitraje administrativo hoy está diseñado para que no supere los cuatro meses. Para nosotros es muy breve, comparado con las decisiones judiciales que pueden durar cerca de trece meses. En ese proyecto hemos evolucionado mucho en esa directiva de coordinación de recursos contractuales en la Unión Europea.

Doctor Jorge Luis, queremos saber más de la experiencia de su país, ¿cuáles convenios marco se han establecido, y si nos puede contar un poco de cómo han funcionado?

Precisamente, ahorita accediendo al portal de contratación pública ahí vemos el reporte del año anterior para responder a esta pregunta, digamos, hasta 2011 teníamos unas líneas de producto, porque no es que se firme un convenio marco por cada ítem, entonces teníamos toda la línea de vehículos, repuestos, rodamiento, además de la compra, suministros de oficina, equipos de impresión, equipos de computación, suministros de limpieza, equipos para discapacitados, fíjense que a veces no se piensa que los convenios marco lo que tiene que hacer es agrupar la demanda mayoritaria en todas las entidades, y no es tan simple porque a veces hay otras empresas que compran un producto que por su operatividad resulta conveniente hacer este mecanismo sobre todo en la segunda etapa, que es de la operación, así que básicamente un proyecto para discapacitados como silla de ruedas, audífonos y una serie de temas que eran de compra recurrente a lo largo de 2 o 3 años, luego el servicio de confección de prendas de vestir; para este año se implementó el tema de medicamentos, temas tecnológicos y se comenzó a explorar el tema de mipymes, con algunos productos que necesitaba el Ministerio de Turismo, como por ejemplo sombreros y tejidos; fíjense ustedes que pocas empresas compran esto, pero legalmente el mecanismo operacional, es decir, la segunda parte del acuerdo marco, el que interesaba en este caso, para juntar microempresas y artesanos que fabrican localmente estos productos.

Pienso que la versatilidad que dan estos mecanismos es bastante interesante, podríamos hablar a nivel internacional; hay acuerdos que son abiertos, es

decir, prima la posibilidad de que ingresen, luego de suscrito el contrato, los proveedores que cumplan los requisitos, acuerdos que tiene una segunda etapa, es decir que admite una nueva posibilidad de rebaja de precios y mejora de condiciones, la versatilidad que dan estos mecanismos es muy provechosa para la contratación pública, en líneas generales tenemos unos 4 mil ítems catalogados. Para que la mediana y pequeña empresa puedan acceder a esas condiciones de los contratos, la Unión Europea lo que se ha buscado es individualizar, es decir, que a una mipyme se le pueda adjudicar por los productos que tiene, para poder adjudicarle individualizando no solo por los productos del contrato dentro de ese acuerdo marco.

Doctor Emanuel: cuando nos habla de la profesionalización del talento humano de la administración pública, y ese ha sido un problema común en nuestro país, y usted decía que cuando este empleado lo hace muy bien viene el sector privado y le hace una oferta y lo saca, porque los salarios del Estado no son muy atractivos, hay una serie de diferencias frente al privado, ¿qué se hace para luchar contra eso?

Pagarle. El tema gigante es mercado, aquí el problema es de oferta y de demanda, eso pasa no solo en la administración pública sino en el empleo público, es decir un abogado del Estado que es el que defiende a las entidades públicas llega a una posición muy dura porque son muchos temas y tiene poco tiempo, y más un horario que lo mata, y luego vuelve y quiere un ascenso y no lo hay, y mira a lo privado y allí le ofrecen mejores cosas, pues es mucho más competitivo. Lo que ocurre es una novedad en la Unión Europea, dio un primer paso Francia, cuando un producto es muy escaso en el sector privado le pagan mucho más, entonces lo que se debe hacer es generalizar, de forma tal que se preparen muchas personas para que desempeñen ciertos trabajos, entonces no serán escasas y atractivas, de forma que no hay que buscar en otro lado lo que ya tiene. Lo que creo es que hay que trabajar en la formación de las personas jóvenes, pero siempre habrá mercado privado, y al ser muy pocas personas las que solucionemos los procesos administrativos, y porque solo están desarrollados por personas con muchos años en materia pública y con experiencia en materia pública, es necesario que se creen más puestos y cargos administrativos.

LA PROTECCIÓN DE LA
INDUSTRIA NACIONAL
EN LA NUEVA POLÍTICA
PÚBLICA DE GESTIÓN
CONTRACTUAL DEL
ESTADO

HERNANDO TATIS GIL*

**Dirección Nacional de MYPIMES. Ministerio de
Industria y Comercio, Industria y Turismo*

Oportunidades para las Mipymes en las Compras Públicas.....	210
Puntajes Adicionales a la Industria Nacional.....	212
Factores de Desempate.....	213
Convocatorias Limitadas a Mypes y Mipymes.....	213
Convocatorias Limitadas a Mypes.....	215
Convocatorias Limitadas a Mipyme.....	215

OPORTUNIDADES PARA LAS MIPYMES EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

En la actualidad, vivimos en una sociedad en la cual el conocimiento se mueve a muy altas velocidades, en la cual este conocimiento se duplica cada 11 horas¹⁶¹. Es por ello que en la actualidad la información adquiere un gran poder, encontrándonos en una realidad donde las personas tienen la posibilidad de acceder al conocimiento y a la información por encima de las instituciones públicas, estas dos variables juegan un papel fundamental en atención a que hoy las personas tenemos una posición de privilegio para acceder a la información, cedida por las instituciones.

Al leer el listado de las entidades estatales, podría pensarse que ubicar los procesos de contratación donde se puedan ofrecer sus productos, es una labor dispendiosa y difícil. Sin embargo, actualmente existen mecanismos de información fácilmente manejables que les permitirán a los empresarios identificar con facilidad los procesos de contratación de su interés.

El Estado, aprovechando las TIC, ha dispuesto algunas herramientas por medio de las cuales suministra información relacionada con los procesos contractuales. Dentro de estas encontramos alternativas como el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) y las páginas Web de las entidades públicas contratantes.

En consecuencia, desde el año 2007 el gobierno nacional¹⁶² estableció políticas dirigidas a generar un impacto diferenciado e importante en las Mipymes, dentro de las cuales se destaca el estímulo al aprovechamiento del mercado interno mediante el fomento del acceso de estas empresas a las compras públicas, como un importante instrumento de desarrollo y fortalecimiento de las Mipymes. Este instrumento ha sido utilizado por algunas instituciones públicas y se encuentra incorporado en las leyes que promueven el desarrollo del sector empresarial. Sin embargo, su desarrollo ha sido incipiente.

Por ello, dentro de las normas que regulan la contratación pública se han incluido algunas medidas para promover el acceso de las Mipymes a la compra estatal, así como otras que buscan promover de forma general la industria nacional.

Inicialmente el Congreso de la República, con el fin de promover el desarrollo integral de las micro y pequeñas empresas, tomando en consideración

161 Nick Bontis – McMaster University Canada/2009

162 Documento Conpes 3484 de 2007 <http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3484.pdf>

sus aptitudes para la generación de empleo, el desarrollo regional, la integración entre sectores económicos, el aprovechamiento productivo de pequeños capitales y la capacidad empresarial de los colombianos, aprobó la Ley 590 de 2000, modificada por la Ley 905 de 2004. Esta ley prevé dentro de los mecanismos para la promoción de la concurrencia de las Mipymes los mercados de bienes y servicios que crea el funcionamiento del Estado, el desarrollo de programas de aplicación de las normas sobre contratación pública; la promoción e incremento de la participación de micro y pequeñas empresas en los procesos de contratación que adelanten las entidades públicas; el establecimiento de procedimientos administrativos que faciliten a las micro y pequeñas empresas el cumplimiento de requisitos y trámites involucrados en la Contratación Pública, tales como condiciones de pago, acceso a información y recepción de bienes así como la preferencia en condiciones de igualdad de precio y calidad a las Mipymes nacionales¹⁶³.

Por otra parte, y con el fin de apoyar la industria nacional a través de la contratación pública, el Congreso de la República expidió la Ley 816 de 2003. En dicha norma se estableció la obligación de incluir puntajes adicionales para estimular la industria colombiana y/o la incorporación de componentes colombianos cuando se trate de bienes o servicios extranjeros¹⁶⁴.

De igual forma, y con el objetivo de "*garantizar el mayor beneficio socioeconómico posible de los recursos fiscales involucrados en la contratación*", dispuso que "[...] se [adoptarán] medidas que tengan por objeto beneficiar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa"¹⁶⁵, incluyendo dentro de la Ley 1150 de 2007 la posibilidad de limitar la participación en algunos procesos, única y exclusivamente a las Mipymes. Es por esto que con la Ley 1150 de 2007, se tomaron medidas para la eficiencia y la transparencia y se dictaron otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, introduciendo importantes modificaciones para ampliar la participación de las Mipymes en las compras estatales.

De esta manera se ha configurado un marco normativo en el que se encuentran como medidas que benefician las Mipymes, el otorgamiento de puntajes adicionales a la industria nacional, la preferencia en condiciones de empate y la posibilidad de concursar única y exclusivamente con Mipymes en desarrollo de lo previsto en las exclusiones de aplicabilidad de los acuerdos comerciales negociados por Colombia.

Lo anterior se materializó el 13 de abril con la expedición del Decreto 734 de 2012, "*Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación*

163 Artículo 12 de la Ley 590 de 2000.

164 Artículo 2, Ley 816 de 2003.

165 Proyecto de Ley 20 de 2005. Gaceta del Congreso. Año XIV – N° 458. 2005. Pág. 6

de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones", el cual compila gran parte de la reglamentación existente en materia de contratación pública y establece las reglas de estos procesos, así como el procedimiento para hacer efectivos los incentivos previstos en la Ley. Los principales beneficios de la nueva normatividad los podemos resumir de la siguiente manera:

Puntajes Adicionales a la Industria Nacional

En desarrollo de la Ley 590 de 2000 y la Ley 816 de 2003, las entidades públicas deben promover e incrementar la participación de Mipymes en los procesos de contratación que adelanten. En este sentido, el artículo 4.2.4 del Decreto 734 de 2012 señala que en los procesos de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos se debe incluir el puntaje adicional de que trata el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, referido a:

Un puntaje adicional entre el 10 y el 20% para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

Un puntaje adicional entre el 5 y el 15% para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos, cuando se trate de bienes o servicios extranjeros.

Quiere decir ello que dentro de los factores de evaluación de las ofertas, incluidos en los pliegos de condiciones, se deben prever puntos adicionales en los porcentajes legales para que al momento de puntuar y evaluar las distintas ofertas, se otorguen puntos a la oferta de bienes y servicios nacionales y de esta forma se les privilegie al momento de adjudicar el contrato.

Así, dentro de la selección abreviada de menor cuantía¹⁶⁶, para el mantenimiento y adecuación de oficinas varias, se incluyó como factor de evaluación de la oferta, un componente para apoyar la industria nacional, discriminado de la siguiente forma:

Descripción	Puntaje
1. Proponente que oferte bienes y servicios con el 100% de componente nacional.	10
2. Proponente que oferte bienes y servicios con el con componente nacional y extranjero.	7
3. Proponente que oferte bienes y servicios con componente extranjero.	3
TOTAL	10

166 Número SAF-002 de 2011 del Ministerio de Transporte, en el link: https://www.contratos.gov.co/archivospuc1/2011/PCD/124001000/11-11-439986/PCD_PROCESO_11-11-439986_124001000_2309654.pdf

En ese sentido, el proponente que oferte bienes y servicios con el 100% de componentes nacionales, en la evaluación de su oferta le serían asignados 10 puntos de 100 posibles. En este ejemplo los puntos se asignaban en función del precio (80 puntos) y la calidad (10 puntos).

Factores de Desempate

De la misma manera, el Decreto 734 de 2012 establece un mecanismo en el artículo 4.2.5, de conformidad con el cual en los pliegos de condiciones de los respectivos procesos se deben incluir los criterios necesarios para desempatar la calificación de las ofertas de los diferentes proponentes, y en el caso de que después de evaluar las ofertas queden en empate, se establecen los demás criterios de la siguiente forma:

Preferencia de oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

En caso de continuar el empate entre ofertas, se preferirá a la Mipyme nacional o el consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura conformadas únicamente por Mipyme nacionales.

En caso de que el empate persista, se preferirá al consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura en el que tenga participación por lo menos una Mipyme.

Si aun así la evaluación continúa empatada, se preferirá al proponente singular que acredite tener por lo menos el 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad de que trata la Ley 361 de 1997.

En caso tal de que el empate continúe, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios, tales como el sorteo.

Convocatorias Limitadas a Mypes y Mipymes

Colombia, conforme la estrategia que ha venido adelantando el gobierno nacional desde el año 2002, ha negociado y suscrito varios acuerdos comerciales internacionales, los cuales contienen obligaciones precisas en materia de contratación pública. En muchos de estos acuerdos, el Estado colombiano ha incorporado medidas relacionadas con la protección a las Mipymes locales, según lo previsto en las exclusiones de aplicabilidad de dichos acuerdos comerciales internacionales.

En desarrollo de lo anterior, el hoy modificado artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 establecía originalmente la posibilidad de realizar procesos con convocatorias limitadas a MIPYME departamentales, locales o regionales en los

procesos de selección cuyo valor se encontrara por debajo de los 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta norma fue modificada por el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 con el objetivo de promover el cumplimiento de los requisitos que en materia internacional se encuentran en los capítulos de contratación pública de los acuerdos comerciales negociados por Colombia, continuar con los incentivos a las Mipymes, por medio de las convocatorias limitadas y adicionalmente la posibilidad de incluir incentivos a la oferta de bienes y servicios producidos por estas.

Actualmente, este artículo prevé la posibilidad de abrir procesos contractuales en los cuales se puedan presentar única y exclusivamente Mipymes, de conformidad con los compromisos internacionales vigentes (en valor inferior a US\$125.000), como también la posibilidad de otorgar condiciones preferenciales en favor de la oferta de bienes y servicios producidos por ellas. Esta norma fue reglamentada en el Título IV del Decreto 734 de 2012, el cual lo hace también con las convocatorias limitadas a micro y pequeños empresarios (Mypes) y a micro, pequeños y medianos empresarios (Mipymes), en desarrollo de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011.

Este decreto, en atención a la distinción entre micro y pequeñas empresas, diseñó dos procedimientos distintos según la cuantía de los procesos para privilegiar en unos casos a las Mypes y en otros, las Mipymes, según la cuantía de los procesos, indicando en cada caso los requisitos que se deben cumplir para limitar la presentación de ofertas, única y exclusivamente a aquellos proponentes que hagan parte de este sector empresarial.

Se prevé también en el decreto la posibilidad de que las entidades públicas contratantes, además de limitar la participación en sus procesos a empresas que tengan la calidad de micro y pequeñas empresas restrinjan la invitación a Mipymes del municipio o departamento de ejecución del contrato; decisión que además de estar justificada por la entidad pública deberá tener en cuenta las condiciones del mercado municipal o departamental, según sea el caso, para evitar la declaratoria de desierto del respectivo proceso.

De igual forma, es necesario indicar que a pesar de que se restringe la participación única y exclusivamente a Mypes o Mipymes, según sea el caso, los demás elementos de procedimiento continúan siendo los mismos, según la modalidad de selección utilizada.

Por último, se debe tener en cuenta que en caso de cumplirse los requisitos para limitar las convocatorias a Mypes o Mipymes y de haberse recibido únicamente una oferta al momento del cierre (entendido este como el plazo hasta el

cual la entidad pública recibe ofertas), la entidad deberá ampliar el plazo para la recepción de ofertas por un término igual al previsto inicialmente, permitiendo la participación de Mipyme o de cualquier interesado, según sea el caso.

A continuación se explicarán algunos detalles para la limitación de las convocatorias a Mypes y a Mipymes.

Convocatorias Limitadas a Mypes

El artículo 4.1.2 del Decreto 734 de 2012 establece los requisitos para limitar la participación, única y exclusivamente a Mypes, en los procesos que se adelanten mediante licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, si se cumplen los siguientes requisitos:

La cuantía del proceso se encuentra por debajo de US\$ 75.000;

Se reciben por lo menos tres manifestaciones de interés solicitando limitar la convocatoria, única y exclusivamente a Mypes, en el término comprendido entre la convocatoria pública y el día hábil anterior a la fecha prevista para la apertura del proceso de selección y,

Las Mypes que presentan las respectivas manifestaciones de interés acreditan como mínimo un año de existencia por medio de un certificado expedido por la cámara de comercio o la autoridad respectiva y una certificación expedida por el contador público o revisor fiscal respectivo, que indique su tamaño empresarial (micro o pequeña empresa).

Así, en el caso en que la cuantía de un proceso contractual sea inferior a US\$ 75.000 y se presenten las respectivas manifestaciones de interés indicadas anteriormente cumpliendo todos los requisitos, la entidad recibirá única y exclusivamente las ofertas de los proponentes que tengan la calidad de micro o pequeñas empresas.

Por último, en caso de que habiéndose limitado la convocatoria única y exclusivamente a Mypes y al momento de cierre solo se haya recibido una oferta, la entidad ampliará el plazo para la recepción de las mismas, indicando que recibirá ofertas también por parte de medianas empresas.

Convocatorias Limitadas a Mipyme

La limitación de las convocatorias a Mipymes comparte varios elementos previstos para la convocatoria limitada a Mypes. En este sentido, las Mipyme podrán presentar manifestaciones de interés, incluso en los procesos de cuantía inferior a los US\$ 75.000, pudiéndose limitar la convocatoria a Mipymes si

no se logra limitar a Mypes, pero existen por lo menos tres manifestaciones de interés de Mipymes.

De igual forma, los procesos entre US\$ 75.000 y US\$ 125.000 podrán limitarse única y exclusivamente a Mipymes, si se presentan tres manifestaciones de interés solicitando su limitación, en los mismos plazos y términos previstos para las convocatorias limitadas a Mypes.

Por último, debe tenerse en cuenta que para el año 2012, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo fijó el valor del dólar en 1.884,46 pesos, razón por la cual podrán limitarse a Mypes los procesos cuya cuantía sea inferior a \$141'335.000 y a Mipymes aquellos cuya cuantía sea inferior a \$ 235'558.000.

**Las ideas expresadas en este artículo resumen el programa de compras públicas, y todos los derechos se encuentran reservados para el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo 2012.*

EL ILÍCITO DISCIPLINARIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

JOSÉ ÓMAR ORTIZ PERALTA*

**Exprocurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.
Actualmente se desempeña como Personero Delegado
para la Segunda Instancia. Profesor titular de las
Especializaciones de Derecho Sancionatorio y Derecho
Administrativo de las Universidades Militar Nueva
Granada y de la Pontificia Javeriana.*

1.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	220
2.	IMPORTANCIA DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y PUNTO DE ENCUENTRO CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	220
3.	PRINCIPIOS Y REGLAS QUE GOBIERNAN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, CUYA INOBSERVANCIA ES LA FUENTE DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	221
4.	LAS FALTAS DISCIPLINARIAS INHERENTES MÁS COMUNES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	222
4.1	La falta gravísima contenida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	222
4.2	La falta gravísima contenida en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	223
4.3	La falta gravísima contenida en el numeral 30 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	223
4.4	La falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	224
4.5	La falta gravísima contenida en el numeral 32 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	225
4.6	La falta gravísima contenida en el numeral 33 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	226
4.7	La falta gravísima contenida en el numeral 34 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.....	226
5.	CONCLUSIONES	227

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Uno de los retos más importantes de la academia del derecho público es el estudio del derecho disciplinario relacionado con la contratación estatal. Sobre el particular, obsérvese que a pesar de la relación que puede haber entre estas dos ramas, normalmente se abordan estas materias por separado, por cuanto individualmente consideradas se trata de áreas del derecho público con fines y características que le son propias.

En la mayoría de las entidades, unos servidores públicos se dedican a la preparación y tramitación de los procesos contractuales a fin de satisfacer las necesidades de la entidad que se materializan en la adquisición de bienes y servicios, otros ejercen la función disciplinaria, pues como lo indica el Código Disciplinario Único, en su artículo 76, toda entidad deberá contar con una oficina del más alto nivel a fin de conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, en virtud de que el derecho disciplinario es un mecanismo de autotutela que tiene relación con la disciplina que debe observar el servidor público.

Sin embargo, el derecho disciplinario de la contratación estatal es precisamente uno de los aspectos básicos y consustanciales que se debe tener en cuenta a la hora de ejercer un cargo público, especialmente de aquellos de dirección y manejo de las entidades, o de los de elección popular, en donde la contratación estatal es el instrumento por excelencia con que cuenta el Estado para procurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y para garantizar los derechos e intereses de los administrados, siempre y en todo momento manteniendo la alerta de que con dicha actividad no se vaya a vulnerar el ordenamiento jurídico, específicamente el disciplinario.

Así las cosas, el objetivo general de la presente exposición es el de recordar cuáles son las características principales de lo que se conoce comúnmente como «el ilícito disciplinario en la contratación estatal», pues es bien sabido que la contratación estatal es una actividad sumamente riesgosa y que por ello es una de las principales fuentes de responsabilidad disciplinaria.

2. IMPORTANCIA DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y PUNTO DE ENCUENTRO CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La sola área del derecho de la contratación estatal es sumamente compleja. Colombia, sin lugar a equívocos, es un país que se caracteriza por una abundante expedición de normas y, principalmente, por aquellas que regulan la contratación estatal. Las constantes reformas, el sinnúmero de decretos re-

glamentarios y los varios pronunciamientos judiciales hacen del manejo de la contratación estatal una actividad sumamente dispendiosa, compleja y hasta riesgosa, bien por los intereses que protege la función pública como por la responsabilidad individual que se puede derivar para los servidores públicos encargados de ejercerla.

En la actualidad, y tal vez para atenuar los impactos nocivos de esa multiplicidad de normas, el gobierno nacional expidió el Decreto 734 del 13 de abril de 2012, por medio del cual se reglamentó el Estatuto General de Contratación de la Administración, el cual derogó todos los anteriores decretos reglamentarios.

De ahí, entonces, la importancia del estudio de esta materia, pues en muchos casos, y pese a la experiencia de entidades y organismos especializados, no es raro ver cómo importantes instituciones públicas se ven comprometidas en serios escándalos relacionados con la contratación, tal y como recientemente ocurrió, por vía de ejemplo, con el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá.

Lo anterior es precisamente la antesala de ese gran punto de encuentro entre el derecho disciplinario y la contratación estatal. En efecto, los servidores públicos, quienes están sometidos por vínculo especial denominado relación especial de sujeción, están obligados a cumplir sus deberes funcionales y a no desplegar conductas que signifiquen la incursión en prohibiciones, la extralimitación de funciones, y la incursión en inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses y demás comportamientos que el legislador haya establecido previamente como la realización de faltas disciplinarias.

Así las cosas, si la actividad contractual hace parte del cumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos a los que les corresponde desarrollarla, la conclusión es que los comportamientos que traicionen las reglas y los principios a los que se somete la contratación estatal comporten la incursión en faltas disciplinarias, cuya realización el ordenamiento jurídico no está dispuesto a tolerar.

3. PRINCIPIOS Y REGLAS QUE GOBIERNAN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, CUYA INOBSERVANCIA ES LA FUENTE DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

¿Cómo hace el Estado para garantizar los principios que rigen la contratación estatal? Lo hace a través de la imposición de reglas (normas de contratación estatal), las cuales son de obligatorio cumplimiento para todo servidor público por estar contenidas en mandatos jurídicos, cuya inobservancia se conduce a la realización de una falta disciplinaria (derecho disciplinario).

La comprobación de la realización de esta falta disciplinaria cometida con culpabilidad, podrá acarrear consecuencias que van desde una simple amonestación en la hoja de vida, de una multa, de una suspensión y/o inhabilidad especial o hasta la destitución del cargo, acompañada de una inhabilidad, según si se cometió una falta disciplinaria leve, grave o gravísima.

En ese orden de ideas, aquellos servidores públicos que ejerzan la actividad contractual deben tener en cuenta los principios y reglas de la contratación estatal impuestas en el ordenamiento jurídico, con miras a que el Estado garantice la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Así mismo, para que no tengan consecuencias adversas en cuanto a su responsabilidad, deberán tener en cuenta dichos principios y reglas, pues el ordenamiento jurídico no estará dispuesto a tolerar dicha inobservancia.

4. LAS FALTAS DISCIPLINARIAS INHERENTES MÁS COMUNES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Con el objeto de determinar cuáles son las más comunes faltas disciplinarias relacionadas con la contratación estatal, es necesario tener en cuenta dos clasificaciones: la primera, en cuanto a que las faltas disciplinarias se dividen en gravísimas, graves y leves y la segunda, en atención a que la actividad contractual tiene tres fases bien conocidas como precontractual, contractual y poscontractual.

En los numerales subsiguientes y con los anteriores criterios, analicemos algunas de ellas.

4.1 La falta gravísima contenida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Esta falta tiene por objeto incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

En cuanto a la conducta de esta falta disciplinaria, es necesario tener en cuenta que el incremento patrimonial se determina por lo siguiente:

Por un aumento en los **ACTIVOS**, o

Por una disminución del **PASIVO**.

La falta, en consecuencia, se configura por no poder justificar tal variación patrimonial.

4.2 La falta gravísima contenida en el numeral 29 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Esta falta consiste en celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

En cuanto a los elementos de esta falta, la Corte Constitucional en sentencia C – 094 de 2003, ha dicho que se debe tener en cuenta que el sujeto disciplinable celebre un contrato de prestación de servicios, que el objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, que esas funciones requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista y que no se trate de una excepción legal.

4.3 La falta gravísima contenida en el numeral 30 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Este comportamiento irregular se da cuando se interviene en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

Aquí es necesario enunciar las novedades que introdujo la Ley 1474 de 2011 en materia de inhabilidades. En ese sentido, es importante tener en cuenta aquellas nuevas situaciones que pueden dar lugar a una inhabilidad y, por ende, a la realización de una falta disciplinaria:

1. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción, conforme el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011. Se trató de una modificación al literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, cambio que consistió principalmente en ampliar el supuesto de la inhabilidad. Así, mientras en la legislación anterior se decía que sería causal de inhabilidad el ser declarado responsable judicialmente por la comisión de unos precisos delitos contra la administración pública, ahora también lo será por la comisión de todos ellos, cuando en estos se establezca pena privativa de la libertad o cuando se afecte el patrimonio del Estado. De la misma manera, por delitos relacionados con

la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Igualmente, dicha inhabilidad se fijó por el término de veinte (20) años.

2. La Inhabilidad establecida en el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011. Se trata de una nueva inhabilidad relacionada con el financiamiento de campañas políticas. En tal sentido, serán inhábiles aquellas personas que hayan financiado campañas en determinados montos y esta inhabilidad se extenderá para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.
3. Inhabilidad para que exempleados públicos contraten con el Estado, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011. Es una nueva prohibición que consiste en que las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, no podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta prohibición también se extenderá para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del expleado público.

4.4 La falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Esta falta disciplinaria es la de mayor ocurrencia en la administración pública y consiste en participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Esta falta supone que el disciplinable participe en cualquiera de las tres etapas de la actividad contractual, es decir, la precontractual, contractual y poscontractual.

Igualmente, que la conducta irregular se cometa alternativamente por alguna de las hipótesis previstas en este tipo especial:

Por detrimento al erario, o

Por desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

En cuanto al desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, es importante tener en cuenta que las características del ilícito disciplinario para este tipo de conducta exigen que se establezca de forma previa cuál fue la regla que desarrollaba ese principio. Si, a manera de ejemplo, se aduce que se violó el principio de transparencia, podrá justificarse dicha imputación en la medida en que se determine que se obvió la regla de la licitación pública, aplicando, por ejemplo, una causal de contratación directa cuando ello era improcedente.

Estas exigencias, en cuanto a la total claridad y precisión de los elementos de esta falta en particular, fueron hechas en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 818 de 2005, con ponencia del magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL.

4.5 La falta gravísima contenida en el numeral 32 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Esta falta se configura cuando se declara la caducidad de un contrato estatal o se da por terminado cuando no se presentan las causales previstas en la ley para ello.

Así, de la definición del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se exige la presencia de tres elementos condicionantes para su declaración:

Que haya un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Que ese incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato.

Que se evidencie que ese incumplimiento y afectación grave del contrato puede conducir a su paralización

En tal sentido, y como se ha dicho en otra oportunidad¹⁶⁷, «la administración pública debe realizar un balance general y objetivo de las visitas y supervisiones relativas al desarrollo del contrato tendientes a evitar los abusos o las ligeras interpretaciones, requiriéndose un prudente juicio para declarar la medida o abstenerse de hacerlo.»

En consecuencia, la realización de esta falta, como ocurre con las que están relacionadas con la actividad contractual, está soportada en una actividad

167 El ilícito disciplinario en la contratación estatal. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 12. Procuraduría General de la Nación. Obra Colectiva. Bogotá. 2009. Pág. 244.

eminentemente reglada, lo que además tiene una gran incidencia en el aspecto subjetivo de la falta o lo que se entiende por culpabilidad.

4.6 La falta gravísima contenida en el numeral 33 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Este comportamiento se da cuando se aplica la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

Sobre la urgencia manifiesta, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente¹⁶⁸:

La urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia, obviamente resulta entorpecedora porque la solución en estas condiciones puede llegar tardíamente cuando ya se haya producido o agravado el daño”.

En tal sentido, la urgencia manifiesta corresponde a una causal directa de contratación pública, por lo que aquí no se reprocha que se haya obviado la regla general de la licitación pública, sino que se haya acudido de forma inadecuada a una causal estrictamente excepcional.

4.7 La falta gravísima contenida en el numeral 34 del artículo 48 del Código Disciplinario Único

Esta falta tiene un sujeto activo cualificado. Se trata de un interventor y el comportamiento reprochable se da cuando este no exija la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal o, en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certifica como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

168 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. Expediente: 05229. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

La norma no hizo diferenciación en cuanto a si se trataba del interventor interno (que comúnmente se llama supervisor) o al externo, que propiamente corresponde a un particular que ejerce funciones públicas. Por ello, se debe señalar que esta norma está dirigida tanto a los servidores públicos de una entidad que se desempeñen como interventores (o supervisores), como a aquellos particulares que en virtud de un contrato ejercen la tradicional labor de interventoría.

En efecto, el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, modificado por la reciente Ley 1474 de 2011, preceptúa que el régimen de los particulares se aplicará a aquellos que cumplan, entre otras, labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales.

De tal suerte que los particulares interventores también serán responsables por la realización de dicha falta, ya que el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 45 de la Ley 1474 de 2011, incluyó dentro de las faltas gravísimas la contenida en el numeral 34 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.

Ahora bien, revisada minuciosamente esta norma, son muchos los comportamientos que pueden dar lugar a la realización de esta falta:

La no exigencia de la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal.

La no exigencia de normas técnicas obligatorias de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal.

La certificación del recibo a satisfacción de la obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

Así las cosas, la actividad del interventor, además de ser sumamente importante, es una actividad riesgosa, la cual, de no ejercerse con la debida diligencia y cuidado necesario, puede dar lugar a la responsabilidad disciplinaria.

5. CONCLUSIONES

El ejercicio de la contratación estatal se torna en una actividad sumamente riesgosa, desde la perspectiva de las responsabilidades que se pueden derivar para los servidores públicos que participan en ella. No es raro ver cómo las personas más expertas y más capacitadas en contratación estatal ya no quieren ejercer su profesión en el ámbito de la función pública.

Igualmente y en un sentido totalmente opuesto, una muy buena parte de servidores públicos encargados de administrar los recursos públicos a través de

la contratación no tienen una sólida formación y suficiente experiencia en estas materias. Ello genera muchas veces que se inicien procesos contractuales sin que se atiendan los más mínimos y elementales principios de la contratación, tal vez el principal de ellos, el de planeación.

Por ello, el gran cúmulo de actividades que impone un cargo público, la complejidad de la contratación estatal y la poca experiencia en estas materias hace que se cometan serios e irreversibles errores que generan afectación de los principios de la función pública y de la contratación estatal y, en muchos casos, serios perjuicios de orden patrimonial en el erario.

MESA REDONDA

QUINTO

EJE TEMÁTICO

JAIME MEJIA OSSMAN*

Abogado de la Universidad La Gran Colombia. Tratadista en derecho disciplinario; candidato a Doctor en derecho de la Universidad Santo Tomas; Magister en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada; Especialista en Derecho Penal, Criminalística y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Profesor en diversas universidades del país y conferencista con amplia trayectoria nacional e internacional; especialista en Derecho Disciplinario y Derecho Probatorio de la Universidad Cooperativa de Colombia.

Este quinto eje temático relacionado con las actuaciones contractuales y la responsabilidad disciplinaria, ha presentado diferentes fases que se acentúan en una eminente complejidad, pues no es fácil abordar un tema como el expresado por el doctor Hernando Tatis acerca de la protección de la industria nacional, en la nueva política de gestión pública contractual del Estado, pues realmente tanto su posición como la de los demás intervinientes en este quinto eje temático confluyen verdaderamente a mirar cómo los principios, fines y funciones del Estado tienen que ser preservados en todo el momento contractual. El doctor José Ómar Ortiz Peralta, en su intervención en el ilícito disciplinario de la contratación estatal muestra cómo el impacto de la sociedad siempre se presenta asociado a la problemática en cuanto a la sanción disciplinaria y a las inhabilidades que esto demanda, dejando muy en claro que se debe estudiar el tema de la contratación con el derecho disciplinario, porque quien va a ser servidor público necesita tener esa doble dimensión del conocimiento, . Los temas abordados desde que no se manejen con la debida dimensión de proteger los intereses del Estado y también de proteger la dignidad humana que repercute en el destinatario de la ley disciplinaria, convoca a serias situaciones que son difíciles de afrontar. El hecho de que las relaciones especiales de sujeción lo sitúen en un concepto de responsabilidades de mayor entidad que las del particular que no tiene esa sumisión a la norma disciplinaria, tiene que ver con la aplicación de ese triángulo que se traduce en la Ley 599 de julio 24 de 2000, la Ley 734 de febrero 5 de 2002 y Ley 610 de 2000. En ese orden de ideas, he seleccionado unas preguntas que tienen que ver con cada uno de los expositores.

Al doctor José Ómar Ortiz se le pregunta en un contrato interadministrativo se pacta que la prórroga será por escrito y de mutuo acuerdo, vencido el plazo de ejecución las partes no prorrogan el objeto contractual pero sigue ejecutándose un año más, ¿quién responde disciplinariamente, la entidad contratante, el contratista o ambos?

Bueno me va a tocar hacer uso de la reglamentación que existe para algunos conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, que exige no responder preguntas de carácter particular porque obviamente lo primero es que no tengo competencia disciplinaria y segundo que es muy difícil determinar un juicio de responsabilidad donde son pocos los argumentos. Pero voy a hacer unos lineamientos generales, en las investigaciones por este tipo de celebraciones de convenios interadministrativos ¿qué se busca, la cooperación entre unas y otras entidades del Estado?, porque para que haya convenio debe existir esa sintonía de las entidades públicas, pero al mirar lo probatorio, que es lo que puede generar alguna situación y responsabilidad, encuentra que tal

cooperación no es así, que básicamente lo que se hizo fue una elusión de un procedimiento contractual, de la regla general que es la licitación pública y entonces acudimos a este tipo de situaciones, entonces lo que yo veo es que cada excepción que apliquemos a la licitación pública se debe hacer de la mejor manera, no es que no se puedan celebrar convenios administrativos, claro que se pueden celebrar, para eso están en la ley, pero debemos acudir a ellos en la estricta necesidad de los mismos y no que todo lo celebremos a través de ellos; por experiencia se ve que cuando se celebra un convenio de estos, la entidad lo que hace es contratar con los mismos que aparecen contratando normalmente. Entonces básicamente no puedo dar una respuesta de quien no responde frente a la práctica de ese tipo de cosas porque para esto no hay un rasero, habrá que mirar la actuación de cada uno, la responsabilidad disciplinaria es de carácter individual y cada uno por ser representante legal de entidades públicas que suscriben dicho convenio tendrá que responder en su justa medida.

Al doctor Hernando Tatis: ¿Cómo controla el gobierno que las grandes empresas no constituyan pymes y mipymes y se sigan lucrando?

Lo primero, hoy hay que contar con la clasificación del tamaño empresarial con base en unos parámetros que se encuentran en la ley mipyme para no tener este tipo de dificultades, porque siempre se confunden cuando hay características de una u otra. Actualmente, el gobierno nacional está trabajando en un proyecto de ley con la finalidad de establecer la clasificación del tipo empresarial según las ventas fijas del año anterior, y aprovechamos parámetros de los que se pueda establecer cuáles son los tipos de empresas, lo otro es que en caso de que se presente el consorcio o grupo asociativo, este tiene que ser compuesto por empresas mipymes, si son de diferente tamaño deben presentarse con una cuota mayor para ese tipo; otro punto de vista que se ha trabajado es mirar todo el tema del concepto de grupo empresarial, de tal manera que una empresa que esté constituida en su capacidad accionaria de una gran empresa, no sea vista como una pyme dentro del estudio previo.

Al doctor José Ómar Ortiz Peralta le preguntan: En aquellos casos de contratación cuando las conductas se configuran en una falta gravísima o grave, por incumplimiento de un deber o incursión en prohibición, ¿en aplicación del principio de favorabilidad es posible sancionar únicamente por la falta grave?.

Sí, es una pregunta de muy común ocurrencia, aquí hay que ser claros en esto de la tipicidad disciplinaria, las únicas faltas que existen en el código disciplinario son las gravísimas, por residuo, por hacer un barrido de esas faltas y no enmarcar una conducta dentro de esas que están allá en el artículo 48, por defecto vamos a los deberes, a las prohibiciones, ¿por qué?, porque los deberes

y las prohibiciones son un catálogo de mandatos para todos los servidores públicos, pero se puede incurrir en faltas si se desconoce un deber o se incurre en una prohibición, es distinto, pero primero se debe hacer un barrido por las faltas gravísimas, que son las únicas que taxativamente el legislador determinó como tal; no vamos a encontrar en el régimen disciplinario de la Ley 734 las faltas graves ni las faltas leves, es el operador jurídico a través de unos criterios que luego de haber hecho un barrido por las faltas gravísimas encontrará en algún deber la conducta, entonces ¿cuál es el ejercicio que debe hacer el juez disciplinario? confrontar las faltas gravísimas con el comportamiento, si estamos en la contratación estatal entonces iremos por allá del numeral 29 hasta el 34 y si se satisfacen plenamente los ingredientes de esos tipos pues se trae uno de ellos; sino es así, pasamos a ver si estamos frente al incumplimiento de un deber o la incursión en una prohibición, pero no hacer eso de que falta gravísima 31-48 y 34-6 y 35-7, porque eso es un concurso aparente y viola el derecho de defensa. Entonces en principio hay que hacer un barrido por las gravísimas y por defecto ir a los deberes y las prohibiciones.

Doctor Hernando Tatis Gil: si una empresa tiene muchos trabajadores, por ejemplo 200 y un activo muy pequeño de 200 millones de pesos ¿en qué rango estaría?, es decir ¿cómo se clasifica cuando solo cumplen en el número de trabajadores o solo el monto de activos?.

En este momento lo que manejamos es que para que una empresa tramite un proceso debe cumplir con los dos requisitos, si tiene uno mayor al otro requisito debe igualarlos hacia arriba.

PALABRAS DE CLAUSURA

JAIME MEJÍA OSSMAN*

Abogado de la Universidad La Gran Colombia. Tratadista en derecho disciplinario; candidato a Doctor en derecho de la Universidad Santo Tomas; Magister en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada; Especialista en Derecho Penal, Criminalística y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Profesor en diversas universidades del país y conferencista con amplia trayectoria nacional e internacional; especialista en Derecho Disciplinario y Derecho Probatorio de la Universidad Cooperativa de Colombia.

El Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, durante los días 3 y 4 de diciembre de 2012, ha querido, a través de varios expositores de gran renombre en el medio académico que nos concita, acercarse a todos sus usuarios que ven en esta especializada integración, un espacio indispensable para repasar, actualizar y concretar sus estudios en esta disciplina tan amplia y compleja que orienta el nuevo estatuto general de la contratación estatal, cuyo desconocimiento necesariamente guarda estrecha relación con la afectación de los derechos de los ciudadanos, del desarrollo sostenible, de una infraestructura adecuada, de la educación, la salud y la seguridad en un estado social de derecho. Por ello, la Procuraduría General de la Nación deberá continuar, en lo que resta de este cuatrenio y en el próximo, no solo su labor constante de capacitar a través del Instituto de Estudios del Ministerio Público con la dirección del doctor Christian José Mora Padilla y la jefatura de Capacitación del doctor Carlos Humberto García Orrego, sino con la tarea de prevenir, intervenir, vigilar, controlar y promover buenas prácticas para la protección de los derechos de la colectividad¹⁶⁹.

En este “Segundo Congreso Internacional de Contratación Estatal” denominado “*Nueva Política de Gestión Contractual del Estado*”, nuestro actual y reelegido Procurador General de la Nación, ha dejado un valioso escrito acerca del papel de los órganos de control en la nueva política de compras del Estado, el que con gran solvencia intelectual complementó la señora Ministra de Justicia doctora Ruth Stella Correa Palacio, la Directora de la Agencia Nacional de Contratación Estatal, doctora María Margarita Zuleta y la Asesora de la Procuraduría General de la Nación, doctora María Lorena Cuéllar, temas que muy hábilmente fueron moderados en mesa redonda que presidió el doctor César Augusto Duarte Acosta.

Este eje temático dejó muy claro que la política pública de gestión contractual “*será un cambio trascendental*” que se acompañará desde el Ministerio Público “*y se fundamentará en el reconocimiento del hecho de que los contratos estatales son y serán negocios jurídicos que deben resultar beneficiosos para las partes y deben ser regulados en algunos aspectos por la dinámica misma del mercado de bienes, obras y servicios, resaltando la importancia de respetar y acoger la voluntad de las partes*”, desde luego, como lo expresara aquí el se-

169 Acerca del Dr. Christian José Mora Padilla, el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado en su saludo protocolario del día de ayer, dijo: “... hoy quiero expresarle mi agradecimiento por su meritoria tarea, y reconocer en usted y en su equipo de trabajo, a uno de los pilares de la buena gestión de la Procuraduría General de la Nación. Hace pocos días, en el marco del Programa de estímulos e incentivos de la entidad, fueron reconocidos como el mejor equipo de trabajo, tras alcanzar la certificación de calidad de sus procesos y procedimientos, buscando satisfacer con altos estándares las necesidades de los servidores públicos y generar dinámicas de creación y administración del conocimiento para fortalecer la acción misional...”.

ñor Procurador General de la Nación “*en el marco obligado de la defensa del interés general*”.

Con gran precisión y lenguaje técnico jurídico, los doctores Jean Philippe Pening, Director de Infraestructura del Departamento Nacional de Planeación, la doctora Diana Bernal, Gerente Jurídica de Estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura y la doctora Sandra Verano, Consultora experta en materia de Problemática de las Asociaciones públicas y Privadas, mostraron el desarrollo, normatividad, problemáticas e impactos de la ley de asociaciones público privadas, tema que de manera juiciosa fuera moderado por el doctor Otto Aristizábal Triana, Asesor de la Procuraduría General de la Nación, en donde se precisó la necesidad de vincular capital privado y público en contratos complejos para la provisión de bienes y de sus servicios relacionados, dejando al sector privado, es decir a los nuevos socios del Estado la posibilidad de concretar la calidad de infraestructura, una mejor estructuración y maduración de los proyectos, lo que repercutirá en beneficio de la comunidad y de su patrimonio, aunado al apoyo estatal que tendrá que brindarle para el mantenimiento de esos bienes públicos, como lo exige el correspondiente contrato de asociación, bajo la premisa de que “SOLO SE DESEMBOLSARÁ DINERO PÚBLICO AL INVERSIONISTA CUANDO CUMPLA CON LOS ESTÁNDARES PACTADOS”.

En el eje temático “actualización normativa, cambios en el trámite de las diferentes modalidades de selección”, los doctores Jorge Hernán Beltrán, consultor experto en contratación y Mauricio Fajardo Gómez, Consejero de Estado, Sección Tercera, concentraron su atención en las principales novedades en la licitación y el concurso de méritos, así como sus preocupaciones respecto de las normas contenidas en el Decreto 734 de 2012 que según sus proyecciones recogió 27 decretos o más desde el año de 1994, mostrando cómo en la actualidad sobreviven las Leyes 80 de 1993, 361 de 1997, 816 de 2003, 905 de 2004, 996 de 2005, 1150 de 2007, 1450 de 2011 y 1474 de 2011, así como los Decretos leyes 4170 de 2011 y 19 de 2012; temas que de manera acertada moderó el doctor. Yamil Eduardo Álvarez Castro, asesor de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, dejando en la mesa la importancia metodológica y las críticas que merece advertir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El segundo día, los doctores. Gonzalo Suárez Beltrán (consultor tratadista); Jorge Luis González Tamayo (Exdirector del INCOP y expresidente de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales de nuestros hermanos del Ecuador); Enmanuel Jiménez Franco (Doctor en Derecho de nuestra madre patria de la Universidad de Salamanca) y Roberto Augusto Serrato Valdez (Procurador

Delegado para la Conciliación Administrativa y Coordinador Nacional de los Procuradores Judiciales Administrativos), mostraron en el derecho comparado el sistema legal de compras, la experiencia del Ecuador en la implementación del sistema nacional de contratación pública y el innovador caso de adquisición de medicamentos que muestra un gran avance en relación con lo que nuestro esquema jurídico contiene, el problema de la corrupción, transparencia y Gobierno Abierto en la contratación pública, así como el estado actual de la conciliación y el arbitraje estatal en materia de controversias contractuales, temas que fueron abordados con gran ambientación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial en mesa redonda presidida por el doctor. Carlos Humberto García Orrego, Jefe de Capacitación del Instituto de Estudios del Ministerio Público, para mostrar en el primero un cambio fundamental: más que evaluar oferentes se deben evaluar principalmente las ofertas, a fin de que se garanticen unos mínimos con criterios de inclusión y participación de todos los que quieran acceder a contratar con el Estado con eficiencia y transparencia y el segundo enfatiza en el exceso de trámites y condiciones a la hora de contratar, lo cual conlleva, como desafortunadamente ocurre en Colombia, a que se produzcan focos de corrupción. El profesor de Salamanca nos contó que en España existe “gran dosis de corrupción” desde el año 1990 y que proviene de los partidos políticos, del sistema legislativo y de los cargos públicos, tema que desafortunadamente se encuentra insuficientemente penalizado y en muchos casos impune “y menos perseguido de lo que se debería”; enseña que el buen gobierno es la solución, pues es abierto y transparente, en contacto directo entre la administración y los ciudadanos, que hace además la contratación pública más moderna y respetuosa de sus principios, con identidad semántica, sin dispersión normativa y desgaste administrativo, con buenas prácticas, con un enfoque cultural integrador y más eficiente en el gasto y en las políticas públicas, disminuyéndose de esta manera los riesgos de la contratación.

Finalmente, el señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa y Coordinador Nacional de los Procuradores Judiciales Administrativos, mostró el estado actual de la conciliación y el arbitraje estatal en materia de controversias contractuales, indicando, entre otros aspectos, la influencia positiva de bajar los tiempos de duración de los procesos en lo contencioso administrativo; la relevancia de la conciliación teniendo en cuenta que el nuevo código le atribuye costos a quien pierda una demanda de contenido subjetivo; la importancia de que en los tribunales de arbitramento se estén ventilando los procesos asociados a las concesiones de alto contenido económico; lo que implica evitar la judicialización de los procesos de alto riesgo del patrimonio público; los mecanismos, requisitos, límites, control, incompatibilidades, para hacer expedita la conciliación y el arbitraje nacional e

internacional, ambos con soporte doctrinal y jurisprudencial.

En relación con las “actuaciones contractuales y la responsabilidad disciplinaria”, los doctores Hernando Tatis Gil (Dirección General de MIPYMES, Viceministerio de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), José Omar Ortiz Peralta (Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios) e Iván Darío Gómez Lee (Investigador, profesor universitario y exauditor General de la República), con gran profundidad académica expusieron tópicos de trascendencia en la contratación pública tales como: La protección a la industria nacional en la Nueva Política Pública de Gestión Contractual del Estado; el ilícito disciplinario en la contratación estatal; el triángulo de responsabilidades contractuales en Colombia, mostrando el doctor Hernando Tatis Gil, cómo el fortalecimiento de nuestras instituciones debe hacerse a través de tecnologías, políticas públicas y servicios, teniendo en cuenta que el tamaño empresarial (casi 1.400.000 empresas), le brinda al Estado un aporte del 40% del producto Interno Bruto, lo que hace más eficiente el proceso porque, a través de reglas claras de juego y transparencia, seleccionan la mejor oferta en la compra de bienes y servicios públicos al sector privado o colaboradores de la administración pública para su funcionamiento y cabal cumplimiento de sus fines. Concreta que las ventajas para las Mipynes, según el Decreto 734 de 2012, se traducen en tres eventos: Convocatorias exclusivas, condiciones preferenciales y factores de desempate.

El doctor José Ómar Ortiz Peralta, destaca dentro del ilícito disciplinario en la contratación estatal todas las tipicidades que llevan a valorar la antijuridicidad sustancial y la culpabilidad del servidor público, que conducen inexorablemente a imponer las máximas sanciones, tanto en su graduación como en su inhabilidad; exhorta a reconocer la importancia del estudio del derecho disciplinario y la contratación estatal por la magnitud de su impacto en la sociedad. Deja claro que los futuros servidores públicos deben prever que el tema del derecho disciplinario y de la contratación tendrán que tomarse con gran seriedad y compromiso para no cometer injusticias y evitar sorpresas sancionatorias.

Para cerrar la participación de los conferencistas en este Segundo Congreso Internacional de Contratación Estatal, los doctores Ernesto Matallana Camacho (Tratadista, investigador, profesor universitario) y Adolfo José Mantilla Espinosa (Consultor y profesor universitario), ilustraron a la academia sobre los convenios de ciencia y tecnología y en relación con los problemas actuales de la selección abreviada, la contratación directa y contratación por mínima cuantía, temas que se debatieron con gran prestancia en mesa redonda dirigida por el doctor. John Harvey Pinzón Navarrete, Asesor del Despacho del Procurador General de la Nación, de cuyas ponencias se consideró, por parte del

doctor. Ernesto Matallana Camacho, que las actividades científicas y tecnológicas dependen de una actividad, de un objeto y no como en otrora en la Ley 222 de 1983 que se derivaban de las personas con quien se celebraran. El exponente concluye que ciencia y tecnología, a pesar de que los términos no están definidos por las normas positivas, es lo que señala la Academia de la Lengua Española. Por consiguiente, ciencia (conocimientos investigación) y tecnología (aspecto práctico de la ciencia), son dos conceptos que se comunican y comportan inherentes a la investigación de que trata el contrato respectivo, del cual se predicen algunas características de los contratos de ejecución sucesiva.

Por su parte, el Dr. Adolfo José Mantilla Espinosa se refirió a la vigencia normativa desde el Decreto 2170 de 2002 hasta la publicación del Decreto 734 de 2012. Puso de manifiesto la necesidad de la cultura ciudadana de no corrupción a través de “pactos” en reemplazo de la regulación normativa para combatirla. Se refirió a la adopción de modelos extranjeros, de políticas contractuales, a la dosificación del régimen sancionador y la problemática que ofrece en temas contractuales el Estatuto Anticorrupción. Realizó una exposición ordenada, meticulosa y crítica acerca de los problemas actuales que presenta la normatividad, de cara a la selección abreviada, a la contratación directa (referida al contrato de prestación de servicios) y a la contratación de mínima cuantía. Concluye que la contratación es una actividad de alto riesgo.

Este Segundo Congreso Internacional de Contratación Estatal les dejará a los presentes y al Instituto de Estudios del Ministerio Público, profundas inquietudes académicas, que con su constante capacitación con los “mejores de los mejores”, el Instituto hará el mejor esfuerzo por suplirlas en los próximos eventos para hacerlas trascender y multiplicar en todas las regiones colombianas. Por lo pronto, esta Unidad Administrativa Especial de la Procuraduría General de la Nación, hará una publicación que condense todas las intervenciones que tuvieron oportunidad de presenciar, para su análisis y estudio, las cuales contarán con la relatoría de este su servidor y del doctor Camilo Andrés García Gil, Coordinador de la Unidad de Contratación Estatal.

Por lo pronto es bueno recordar las palabras de nuestro Jefe Máximo del Ministerio Público cuando en el día de ayer, por intermedio del doctor Christian José Mora Padilla, Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, dijo:

“[...] Por lo anotado esta nueva política de gestión contractual debe trazar una estrategia para la calificación del recurso humano responsable de llevar a cabo esta actividad. No basta con procesos cortos de inducción. Se debe brindar un soporte permanente a los funcionarios [...]”.



IMPRENTA
NACIONAL
D E C O L O M B I A

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co



Carrera 5 No. 15-80 piso 16
Bogotá, D.C., Colombia
PBX: (1) 587 8750 Ext: 11621, 11672
www.procuraduria.gov.co/iemp