

EVALUACIÓN DE LA INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA DEL SISTEMA DE ADQUISICIONES PÚBLICAS DE COLOMBIA RESUMEN Y RECOMENDACIONES

1. Eficiencia de los mecanismos de apelaciones

En Colombia no existe una instancia independiente que en vía gubernativa se encargue de la solución de protestas contractuales, lo cual implica que la vía judicial es la única instancia para revocar las decisiones de la administración. De acuerdo a la legislación colombiana en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, así como hacer observaciones o interponer protestas; sin embargo dichas acciones se pueden adelantar únicamente ante la entidad contratante.

El Estatuto de Contratación, ley 80 de 1993, contempla como entes externos de revisión de protestas y denuncias a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, y a la Fiscalía General de la Nación, instancias en las cuales son demorados los procesos y tiempos de respuesta, lo cual retrasa la posibilidad de actuar en tiempo real sobre posibles irregularidades.

Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre el proceso que siguen las protestas en la vía gubernativa y la vía judicial, el presente estudio revisó los mecanismos y tiempos de respuesta en cada una de estas instancias de acuerdo a la normatividad colombiana y a la práctica de las autoridades públicas contratantes. Frente al manejo que se da a las protestas sobre temas de contratación en vía gubernativa se extrajeron 5 conclusiones como las más importantes:

1. En las entidades públicas no existen sistemas exclusivos para la atención de protestas, peticiones o quejas en materia de contratación pública.
2. Las protestas que se reciben durante un proceso de contratación deben ser respondidas antes del acto de adjudicación del contrato; no obstante aquellas protestas o denuncias que se presentan fuera de un proceso específico no reciben atención prioritaria ni especializada.
3. No está establecida una misma y única autoridad que al interior de cada entidad sea la encargada de detener los procesos de contratación que presentan irregularidades, así mismo no es posible determinar si las protestas o quejas en materia contractual son revisadas directamente por la autoridad encargada de detener los procesos cuando presentan anomalías.
4. El hecho de que los plazos para la atención de protestas sobre irregularidades que se presentan durante el proceso contractual deban estar definidos en cada pliego de condiciones, dificulta la estandarización de procedimientos para el universo de

entidades y dificulta el conocimiento previo de los procedimientos para los particulares que desean contratar con el Estado.

5. Los múltiples pasos que sigue una protesta al interior de una entidad van en sentido contrario a la celeridad y autonomía que requiere la revisión de estos temas.

Frente al manejo que se da a las protestas a través de la vía judicial el estudio concluyó que:

1. En el escenario colombiano, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la única autoridad independiente y autónoma que tiene la capacidad de revisar las protestas y/o controversias contractuales, con capacidad de establecer responsables ante las irregularidades, ordenar la indemnización de los perjuicios y proferir condenas.
2. Los plazos que tienen los quejosos para interponer acciones están definidos por la norma, sin embargo los plazos de emisión de fallos por parte de los jueces y/o Tribunales son indeterminados.
3. Aunque la jurisdicción contencioso administrativa puede fallar sobre una demanda por irregularidades en un proceso de contratación, está sólo se puede hacer después de que esté adjudicado el contrato a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues de acuerdo a la norma, las acciones de nulidad *no interrumpirán el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato.*

2. Nivel de acceso a la información

La normatividad Colombiana promueve que la información sobre adquisiciones sea fácilmente accesible en medios de amplia circulación y disponibilidad. La información provista por las entidades estatales está centralizada a través del Portal Único de Contratación y del Sistema de Información para la Contratación Estatal - SICE, los cuales exigen la publicación de información relevante y completa. No obstante ninguno de los dos sistemas ha alcanzado las metas propuestas en cuanto al uso y registro de información por parte de las entidades públicas contratantes.

El análisis de la situación Colombiana señala que las debilidades del país en cuanto a la publicidad de la información contractual, se presentan principalmente en el desempeño de las entidades más que por vacíos normativos en la materia, por lo cual se recomienda al Estado Colombiano promover la adopción de medidas que contribuyan a mejorar la gestión de las dependencias encargadas de la contratación, con el fin dotarlas de las herramientas necesarias (recurso humano calificado, soporte tecnológico y jurídico, instancias de consulta) para garantizar el adecuado manejo de las tecnologías de información y comunicaciones –TIC- y la correcta y completa publicación de la información contractual en los medios dispuestos para ello. Se sugiere especialmente promover una colaboración permanente entre la Comisión Intersectorial de Contratación

Pública CINCO y las áreas de contratación de las entidades, en especial aquellas del nivel territorial que tienen mayores dificultades de conocimiento y conectividad, y además están sujetas a mayores presiones por parte de intereses políticos locales tanto legales como ilegales.

3. Medidas éticas y lucha contra la corrupción

3.1. Disposiciones sobre la corrupción, el fraude, el conflicto de intereses:

El estatuto de contratación colombiano dedica una importante fracción de su articulado a desarrollar las responsabilidades de los actores de la contratación pública, así como a las sanciones y consecuencias penales para aquellos que por acciones u omisiones incurran en los delitos de celebración indebida de contratos. Adicionalmente los Códigos Disciplinario y Penal señalan las faltas y delitos en los que pueden incurrir los servidores públicos, y tipifican los delitos descritos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, contemplando sanciones como prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para quien incurra en estos hechos.

Aunque el Código Penal Colombiano no otorga responsabilidad penal a las personas jurídicas que han participado en prácticas corruptas, situación que no se compadece cuando la persona jurídica se beneficia de la acción penalizada; el Código de Procedimiento Penal establece mecanismos para inhabilitar a las personas jurídicas que han cometido faltas contra el Estado.

En relación a los contenidos de los documentos de contratación, la Comisión Intersectorial de Contratación Pública –CINCO- ha incorporando en los contenidos básicos de los pliegos de condiciones y contratos públicos información relacionada con el comportamiento ético, irregularidades y denuncia de hechos de corrupción; sin embargo la adopción de los modelos para la elaboración de términos de referencia o contratos no es de uso obligatorio para las entidades públicas, lo cual no permite la estandarización de los contenidos. Teniendo en cuenta lo anterior, se recomienda al Estado colombiano promover la obligatoriedad del uso de los modelos de pliegos de condiciones diseñados por la CINCO para todas aquellas entidades que administran y contratan con recursos públicos.

3.2. Mecanismos de Denuncia y Sanción:

En Colombia existen múltiples mecanismos de denuncia y Órganos facultados para investigar y sancionar irregularidades entorno a los temas de contratación pública, sin embargo la información existente sobre registro y trámite de denuncias en relación a los fallos no permite deducir la efectividad, oportunidad y/o productividad de estos mecanismos e instituciones para sancionar las prácticas corruptas.

Así mismo, es importante resaltar que existe entre el sector privado aprensión a denunciar hechos de corrupción, la cual está motivada, principalmente, en el miedo a represalias y a una manifiesta desconfianza en las autoridades responsables de investigar las denuncias. Frente al particular, se sugiere a los Órganos de Control crear canales especiales para la

recepción de denuncias sobre corrupción en la contratación, así como implementar sistemas que permitan el seguimiento de una denuncia y/o un proceso desde que ingresa a indagación preliminar hasta que es fallada o archivada; estos últimos como mecanismos que contribuyan a generar confianza entre los denunciantes, quienes tienen derecho a conocer el curso y los resultados de su denuncia.

Igualmente, se considera importante la participación activa del sector privado y de la sociedad civil como actores líderes en la lucha contra la corrupción; es necesario explorar nuevas alternativas de trabajo conjunto a través de la creación de centros de alerta o de canales confiables de recepción de denuncias, que ayuden a dar trámite a las protestas, a documentar las denuncias, y a alertar a los órganos competentes sobre las irregularidades y hechos de corrupción que se presentan en las relaciones de negocio con el Estado. Desde Transparencia por Colombia se considera que iniciativas de este tipo pueden ayudar a disminuir el temor de los empresarios a exponerse a represalias o a la filtración de información.

En relación a las decisiones judiciales que imponen sanciones a los contratistas que incurrir en prácticas corruptas, es importante resaltar que éstas no cuentan en Colombia con suficiente divulgación, situación que contribuye a mantener la percepción de un Estado indiferente ante la corrupción promovida por particulares.

3.3. Iniciativas anticorrupción y participación de otros actores

En Colombia no existe un Programa Anticorrupción abarcador en materia de prevención y detección de riesgos de corrupción en la contratación pública que asigne responsabilidades a todas las partes interesadas en el sistema de adquisiciones. No obstante el Gobierno Nacional cuenta con un Programa de Lucha Contra la corrupción cuya misión es lograr formulación de políticas públicas anticorrupción; las áreas de acción de dicho Programa están diseñadas para atacar el flagelo de la corrupción, identificadas entorno a la atención de denuncias, seguimiento a procesos de contratación, implementación de Convenciones Internacionales, compromisos por parte del sector privado y una estrategia regional para hacer vigilancia y generar pactos de transparencia entre las administraciones públicas y la ciudadanía.

En materia específica de lucha contra la corrupción en la contratación pública el Programa Anticorrupción del Gobierno Nacional, ha iniciado recientemente acciones encaminadas a acompañar los procesos precontractuales de algunas entidades, sin embargo dichas acciones son todavía aisladas, y no han logrado convertirse en marco de referencia para la mayoría de las entidades públicas.

Frente a la participación de otros actores interesados en el funcionamiento del sistema de adquisiciones, se puede decir que en Colombia existen pocas organizaciones de la sociedad civil fuertes y creíbles que ejerzan la función de auditoría social y control sobre estos temas; merece reconocimiento el papel jugado por organizaciones conformadas por agentes privados tales como la Cámara Colombiana de Infraestructura y CONFECAMARAS, así como el de las organizaciones de la Sociedad Civil como Transparencia por Colombia y la Fundación Protransparencia, las cuales han adelantado

trabajos puntuales sobre el funcionamiento del sistema de contrataciones en Colombia y han emitido recomendaciones con el fin de mejorar la confianza, eficiencia y transparencia del sector público entre los empresarios y la ciudadanía.

Se requiere la creación de mecanismos de colaboración armónica entre el sector público y el sector privado, tendientes a combatir el fenómeno de la corrupción, que propicien una cultura de legalidad: educación a infractores, acuerdos de autorregulación, pactos, códigos éticos, etc.

Es necesario alertar que en Colombia múltiples organizaciones de menor tamaño tienen dificultades, tanto técnicas como de seguridad, para trabajar en varias regiones del país, lo cual minimiza la función de auditoría social. Frente a este particular, se recomienda al Estado Colombiano asumir tareas de apoyo y acompañamiento a la ciudadanía, sin comprometer su autonomía, para impulsar el control a la contratación. Dicho acompañamiento debe garantizar la seguridad para las organizaciones que se encuentran en zonas de peligro y debe proveer capacitaciones sobre los mecanismos de acceso a la información, control y variaciones en las reglas de contratación.

3.4. Comportamiento ético

En Colombia los códigos disciplinario y penal se constituyen en los principales referentes de la conducta exigible a los servidores públicos, pues en ellos se establecen los derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

En relación a la existencia de códigos de ética, de acuerdo al Modelo Estándar de Control Interno del Departamento Administrativo de la Función Pública, estos deben ser realizados por cada una de las entidades de acuerdo a su naturaleza y a la orientación del servicio público que presta. En la realidad, aunque un porcentaje importante de las entidades del nivel nacional y territorial han reportado haber implementado y socializado entre sus servidores los códigos de ética, estos no son de obligatorio cumplimiento y su violación no es sancionada, a menos que lo señalen los códigos disciplinario o penal.

Paralelo a la implementación de Códigos de Ética que vinculen a los servidores públicos, es pertinente que el Estado Colombiano requiera a las entidades privadas que contratan con el Estado, que desarrollen e implementen programas organizacionales de ética y anticorrupción, susceptibles de ser verificados o eventualmente evaluados por terceros. La exigencia por parte del Estado de dichos esfuerzos del sector privado, contribuye a la construcción de relaciones de confianza en el desarrollo de la actividad empresarial, y fomenta entornos de negocios sostenibles, caracterizados por la integridad y la transparencia.

En este mismo sentido, se considera importante promover en el sector privado, especialmente en los negocios que contratan con el Estado, la construcción y firma de **Acuerdos Sectoriales anti-corrupción**, herramienta de autorregulación que ha tomado como referencia los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno de Transparencia Internacional. Dichos acuerdos constituyen un importante incentivo en la construcción de reglas de actuación y confianza entre competidores de un mismo sector de negocios y en la definición de condiciones de mercado justas y transparentes.