

MESA DE TRABAJO

TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION PUBLICA: RETOS HACIA EL FUTURO

INDICE

1	PRESENTACION DE LA PROBLEMÁTICA.....	1
1.1	Problemas identificados en el estatuto general de contratación	2
1.1.1	No es un estatuto general.....	2
1.1.2	La contratación directa como regla general.....	5
1.1.3	Medios electrónicos: tareas pendientes.....	5
1.1.4	El equilibrio económico y los riesgos de la contratación.....	5
1.2.	Problemas estructurales	7
1.2.1	Subjetividad de las reglas de juego.....	6
1.2.2	Recurso humano estatal poco preparado.....	7
1.2.3	Ausencia de incentivos a la integridad	9
1.2.4	Debilidad de los controles a la contratación	8
1.2.5	Subcultura de la ilegalidad	10
1.2.6	Las organizaciones políticas, las elecciones y la contratación	11
2	ALGUNAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS.....	11
2.1	Algunas respuestas desde lo normativo	11
2.2	Subjetividad de las reglas de juego.....	14
2.3	Formación del recurso humano	14
2.4	Incentivos para la integridad	15
2.5	Fortalecimiento de los controles: Visibilidad de la contratación	16
2.6	Fomento de una cultura de la legalidad	18
2.7	Financiación estatal de las campañas electorales	18

1.- PRESENTACION DE LA PROBLEMÁTICA

De acuerdo con los principales estudios sobre la corrupción en la contratación estatal, a pesar de los avances obtenidos en temas como la publicidad de los documentos contractuales y el acceso a la información (en gran parte, gracias al aumento de usuarios de las nuevas tecnologías), las compras estatales continúan siendo utilizadas para fines distintos a los establecidos por el artículo 3 de la ley 80 de 1993¹.

Esto pone en duda la efectividad de las medidas adoptadas, teniendo en cuenta que prácticamente todos los gobiernos de los últimos años han reconocido en forma recurrente la importancia de combatir la corrupción en la contratación, reconocimiento que usualmente es

¹ Ley 80 de 1993, artículo 3. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

acompañado con la expedición de normas que buscan endurecer las sanciones para los corruptos o reforzar los controles previos.

En la actualidad (mayo de 2007), está pendiente un debate en la plenaria de la Cámara de Representantes para que sea aprobada (o negada) la primera reforma de fondo al estatuto general de la contratación pública, tema del cual se ocupa este documento en un capítulo posterior. Los líderes de opinión, los medios de comunicación, los organismos multilaterales de crédito y las organizaciones no gubernamentales comparten la preocupación por el estado de la contratación pública, y en muchos casos se han involucrado activamente en la búsqueda de soluciones a este problema. La participación de estos actores se ha concretado, entre otras formas, en la elaboración y publicación de estudios dirigidos a la identificación de los problemas que afectan a la contratación del estado, los cuales han servido de base para la reseña que se presenta en este capítulo.

Del listado de problemas identificados, se ha dado prioridad a aquellos con reiteradas menciones en los documentos producidos por los organismos de control, Transparencia por Colombia y el Banco Mundial. Al realizar esta selección, se encontró que podrían clasificarse en dos grupos: el primero, relativo a los problemas inherentes al estatuto general de contratación; el segundo, los identificados como problemas del sistema de compras públicas, llamados “problemas estructurales” pues todo indica que, independientemente del tipo de reforma que se realice, tienden a persistir o a adaptarse a la normatividad que se expida.

1.1 PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN

En los últimos años, la ley 80 de 1993 ha sido objeto de análisis que concluyen con recomendaciones diversas, entre las cuales es posible identificar temas comunes y grandes coincidencias. A continuación, se relacionan los principales problemas derivados del estatuto general de contratación:

1.1.1 No es un estatuto general

Con toda seguridad, se trata del reparo más frecuente formulado al estatuto. El carácter general de la ley 80 de 1993, que se anuncia desde su título, se ha convertido en una figura retórica, pues abundan las excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley.

Sin duda, existen entidades que por su naturaleza y sus funciones o por las condiciones del entorno donde éstas deben cumplirse (mercados cambiantes, compras reservadas, etc.), deben estar excluidas del régimen general -particularmente en lo atinente a los procedimientos de selección de contratistas-. Sin embargo, esto no justifica la situación que se presenta al momento de discutir reformas legales al estatuto, ocasión en la cual no pocas entidades públicas realizan actividades de cabildeo o *lobby* para quedar exentas del ámbito de aplicación de la ley 80 de 1993².

² El sector Defensa, por ejemplo, ha tenido éxito en evitar la aplicación de la ley 80 a gran parte de su contratación. En el proyecto de reforma que actualmente se discute, existe un artículo específico que excluye a la Escuela Superior de Administración Pública del ámbito de aplicación del estatuto.

De esta manera, de un estatuto con vocación universal se pasó a una multiplicidad de regímenes especiales que dificulta y desalienta la participación de los proveedores potenciales en los procesos de adquisición y que desestimula el ejercicio del control ciudadano, lo que va en detrimento de la transparencia que debería caracterizar las compras públicas. No sólo porque tanto la adecuada participación como el control ciudadano eficaz requieren el conocimiento de todos y cada uno de dichos regímenes sino también -y sobre todo-, porque los procesos de contratación de las entidades excluidas del régimen general son en general desconocidos por el público, pues la decisión de publicitarlos es algo que compete al propio ente, autorizado por la ley para expedir sus propios reglamentos internos de contratación.

Sin embargo, la problemática no se detiene en las entidades excluidas del campo de aplicación de la ley, pues aquellas que sí le están sometidas, en ocasiones se valen de las primeras para eludir su cumplimiento. Es decir, los regímenes de excepción pueden, en determinados casos, servir de puente para la subcontratación y la omisión de las reglas y principios del estatuto general por las entidades que están obligadas a acatarlos. Sobre este aspecto, existen dos casos en los cuales son evidentes los riesgos de corrupción, advertidos por los organismos de control y la opinión pública.

1.1.1.1 Convenios con organismos multilaterales.

La Contraloría General de la República, en su informe sobre convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, afirma que éstos *“pueden conducir a las entidades gubernamentales a evadir normas contractuales y a sustraerse a un control fiscal efectivo a la gestión de los recursos involucrados en los convenios.”*

Este tipo de convenios, excluido en forma expresa de la aplicación del estatuto contractual por el artículo 13 de la ley 80 de 1993, ha sido cuestionado por los organismos de control y los medios de comunicación³, pues permite que los recursos públicos se entreguen a entidades que, por su naturaleza, no están sujetas a control fiscal. La eliminación de esta prerrogativa (en especial cuando se trate de convenios celebrados con recursos públicos) ha sido recomendada por el CONPES 3249, y por el Banco Mundial⁴, que en el CPAR 2006 advierte que *“es evidente que el objeto de la contratación de entidades de cooperación no puede ser el de poner al servicio de la agencia gubernamental su capacidad de poder contratar bajo normas diferentes a la Ley 80 de 1993, pues ello configura realmente una mera operación de intermediación.”*

1.1.1.2 Contratos interadministrativos.

Este tipo de contratos, por disposición de la ley 80 de 1993, puede celebrarse en forma directa. Aunque la colaboración armónica entre las diferentes entidades del estado para el logro de sus objetivos está prevista en disposiciones de orden constitucional y legal, en la práctica este tipo

³ Por ejemplo, la revista Semana hizo un duro cuestionamiento a este tipo de contratación en su artículo “La Vena Rota”, publicado en la edición 1092 de 4 de julio de 2003.

⁴ En el informe, el Banco Mundial asume que la práctica fue corregida por el decreto 2166 de 2004. Consideramos apresurada esta apreciación, pues son muy pocos los convenios que incluyen entre su objeto la “administración de recursos”, a pesar de que en la práctica la finalidad de la “cooperación y asistencia técnica” enunciada formalmente en el objeto, se limite a dicha administración.

de contratos se ha venido utilizando para que una entidad sometida al estatuto general de contratación pueda celebrar un convenio con otra entidad pública sujeta a un régimen especial, y así eludir el cumplimiento de los requisitos y plazos fijados a la primera por la ley 80 de 1993.

En particular, es de público conocimiento la forma como algunas universidades públicas han venido valiéndose de su régimen especial para adelantar obras que nada tienen que ver con la naturaleza de dichas instituciones⁵. Esto gracias a que, según el artículo 57 de la ley 30 de 1992, las universidades estatales u oficiales, como entes universitarios autónomos, tienen un régimen especial de contratación. Ya hace casi 4 años el documento Conpes 3249 proponía que *“en la reforma a la Ley 80 de 1993 se deberán vincular todas aquellas entidades que sin justificación técnica o por la especialidad de sus actividades hoy cuentan con regímenes exceptivos de la ley, tales como las Universidades Públicas”*.

El mismo documento propuso excluir del régimen de contratos interadministrativos a las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, que en algunos casos se han prestado para celebrar convenios con entidades públicas con el objeto de seleccionar contratistas sin sujetarse a la ley 80 de 1993.

De manera que los regímenes de excepción no sólo benefician a las entidades sujetas a ellos. Es posible, mediante figuras como los contratos interadministrativos o los convenios de cooperación, acogerse a los mismos para evitar la licitación o el concurso público. Lo sorprendente es que sea posible hacerlo cumpliendo estrictamente la Ley y sin incurrir en faltas de tipo disciplinario o penal.

1.1.2 La contratación directa como regla general

Aunque la Ley 80 de 1993 establece la licitación como el procedimiento general para toda contratación, en la práctica es una modalidad residual⁶, en parte gracias a las numerosas excepciones consagradas por el estatuto contractual, y en parte gracias a su dispendioso procedimiento, el cual puede parecer complicado si los encargados de las compras gubernamentales no están capacitados en forma adecuada, o si no se acude a documentos estándar como lo han venido sugiriendo los informes CPAR del Banco Mundial.

El considerable monto de recursos ejecutados por las administraciones públicas mediante la contratación directa ameritaría considerar la modificación de las cuantías establecidas por la ley 80 de 1993. Ya el documento Conpes 3249 propuso una menor cuantía única para las entidades, de forma que la definición de acudir a un procedimiento de selección de contratistas mediante convocatoria pública o por contratación directa no dependa del tamaño de la apropiación presupuestal de la entidad. En todo caso, dada la importancia de los recursos aplicados a dicha forma de selección y como una forma de resolver la tensión entre la necesaria eficiencia de las adquisiciones y la transparencia de las mismas, mediante el empleo de procedimientos de

⁵ La prensa se ha referido en varias ocasiones al tema. Por ejemplo, consultar el artículo “La gran constructora”, referido a las actividades de la Universidad de Cartagena, publicado en la edición 1204 de la revista Semana.

⁶ Según las estadísticas del proyecto de contratación pública BIRF – DNP, las entidades públicas del orden nacional celebraron contratos por poco más de 15 billones de pesos durante 2004, de los cuales más de 10 billones corresponden a contratación directa.

selección competitiva sin sacrificar la una ni la otra, se requeriría, al menos, hacer la contratación directa más visible

1.1.3 Medios electrónicos: tareas pendientes

La ley 80 de 1993 fue expedida antes de la masificación del uso del computador personal o del acceso a Internet, de ahí que aún subsistan disposiciones obligatorias como las contenidas en el art. 30-3 de la ley: *“Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad”*, que en la práctica se reducen a una breve reseña en páginas interiores de los diarios.

El acceso a la información puede garantizarse mediante el uso de las tecnologías de información, en especial los sitios Web del Estado, por lo cual se ha insistido en extender la obligatoriedad de publicación a todos los procesos de contratación que realiza cada entidad, incluyendo el texto completo de todos los documentos. En los estudios se insiste en el uso de mecanismos basados en las nuevas tecnologías de la información, que permitan el seguimiento a la contratación, pues en muchos casos éste cesa al momento de la adjudicación. Ajustar el texto de la ley 80 de 1993 al uso de medios electrónicos permitiría agilizar los procedimientos actuales, generaría más transparencia y confianza en el proceso, y eventualmente permitiría reducir los costos de transacción.

Los estudios consultados⁷ destacan esfuerzos como el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, pero echan en falta su integración con el Portal único de contratación, y la divulgación del manejo de la herramienta entre los potenciales proveedores. De especial importancia es el monitoreo realizado por Transparencia por Colombia, en el cual se evidencian fallas como la poca consistencia de la información del SICE y la que proveen las entidades por otros medios, la falta de compromiso de las entidades obligadas a presentar información, y la dificultad para ejercer control ciudadano sobre la contratación ante las restricciones de acceso de la herramienta. Resulta levemente mejor calificado el Portal único de contratación, y quedamos a la espera de los efectos que tendrá el decreto 2434 de 2006, que establece la obligación de todas las entidades sometidas a la ley 80 de 1993 de ingresar toda la información contractual al portal único.

1.1.4. El equilibrio económico y los riesgos de la contratación

Tanto la Misión de Contratación como el Informe de Adquisiciones del Banco Mundial han cuestionado la garantía de utilidad al contratista que contempla la Ley 80 de 1993, definiéndola como una “cláusula exorbitante” a favor del adjudicatario. Un análisis ponderado de los riesgos de la contratación, incluido en los pliegos de condiciones, y una distribución de aquellos que son previsibles en la minuta del contrato, podría disminuir las presiones sobre los funcionarios y los conflictos por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Si se mantiene la garantía de utilidad al contratista, debería al menos hacerse obligatorio incluir el análisis y la distribución de riesgos en los documentos del contrato, y así intentar reducir el número de fallos judiciales

⁷ El CPAR 2005 recomienda fortalecer el Portal Único de Contratación y unificarlo con el SICE, así como la reducción de los costos de inscripción en este último. También se tuvo en cuenta el Cuaderno de Transparencia número 12 “Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la Contratación Pública”, que realiza un estudio sobre el SICE y el Portal Único de Contratación.

adversos a los intereses de la nación y los riesgos de corrupción generados por la discrecionalidad de que disponen los funcionarios en esta materia.

1.2 PROBLEMAS ESTRUCTURALES

Puede identificarse una coincidencia muy importante entre la academia, el sector privado y el Estado: La “*grand corruption*” obtiene sus fines ilícitos sin importar el marco legal aplicable, pues los interesados conocen mejor que las entidades contratantes las formas de 1) ser favorecidos con la adjudicación; 2) obtener el mayor provecho económico posible una vez suscrito el contrato, aún en desmedro de los intereses del contratante. Su inmenso poder económico, y su superior conocimiento técnico y jurídico, les permiten obtener beneficios ilícitos sin violar objetivamente las normas legales del país donde operan. Este tipo de corrupción se beneficia de las deficiencias en la estructura del sistema contractual, entre las cuales se destacan las siguientes:

1.2.1 Subjetividad de las reglas de juego⁸

Los pliegos de condiciones, como ley del contrato, deben tener un carácter general e impersonal. Sin embargo, los estudios consultados⁹ admiten que uno de los riesgos en la contratación es la confección de los pliegos o su modificación durante la licitación con el fin de favorecer a un proponente en especial. Esto termina por desalentar a otros posibles oferentes, y burla los fines esenciales de la contratación. En concordancia con lo acabado de decir, es posible redactar unos pliegos de condiciones impecables, pero que estén dirigidos a favorecer a uno de los oferentes.

Esta práctica se presenta en forma reiterada, si nos atenemos a los datos de la encuesta del programa Probidad, según la cual un tercio de los empresarios consultados incluye entre las prácticas corruptas más frecuentes el ajuste de especificaciones, y un 23% señala la influencia en la elaboración de los términos de referencia. La subjetividad en las reglas de juego termina generando desconfianza en los procedimientos. De ahí que según la misma encuesta, durante el año 2003, 7 de cada 10 empresarios se abstuvieron de participar en procesos de contratación pública, teniendo la oportunidad de hacerlo.

También es posible cambiar las reglas de juego del procedimiento de selección durante la ejecución del contrato, mediante modificaciones que en ocasiones entrañan variaciones de las reglas contenidas en los pliegos de condiciones y, particularmente, en los aspectos que determinaron el orden de elegibilidad. De otra parte, la falta de rigor al autorizar las adiciones en plazo o precio, puede ocasionar que los proponentes presenten ofertas que saben que no estarán en condiciones de cumplir, con el único fin de ser beneficiados en la adjudicación y luego solicitar las adiciones que sean necesarias, perjudicando a los oferentes de buena fe.

⁸ La Contraloría General de la República los denomina “términos de referencia amañados”. El hecho de diseñar unos pliegos de tal manera que sólo un oferente pueda cumplir con los requisitos también se conoce con el neologismo de “direccionamiento”.

⁹ En el documento “Agendas ciudadanas para la lucha contra la corrupción” de la Contraloría General de la República, se propone el control social en las fases de pre-pliegos y pliegos, para evitar el direccionamiento de la adjudicación. Este riesgo también es identificado en el estudio de casos “Riesgos de corrupción en la administración pública”, documento del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Banco Mundial.

Podemos coincidir con lo anotado por Luis Jorge Garay en el “Foro de Lucha contra Corrupción, Gobernabilidad y Desempeño Institucional” realizado en marzo de 2002, cuando afirmaba que *“en Colombia una importante parte de la pérdida de recursos públicos no es por corrupción, penalmente abierta, sino por un conjunto de modificaciones en contrataciones perfectamente hechas en términos jurídicos, pero con unas falencias en su especificación contractual a nivel técnico para la defensa de los intereses colectivos, que pueden favorecer la realización de ganancias extraordinarias de ciertos conglomerados privados nacionales e internacionales sin una debida justificación técnica pero sí con una estricta validez legal. Práctica que en últimas es imposible demostrar como fruto de corrupción abierta de funcionarios públicos o incluso de las empresas favorecidas por fallas en la especificación técnica de los términos y condiciones contractuales.”*

1.2.2. Recurso humano estatal poco preparado

En algunos de los estudios revisados¹⁰, se constata que el funcionario público asignado a las áreas de contratación se percibe como escasamente calificado y desconocedor de las normas aplicables a sus funciones. Aunque la escasa preparación del recurso humano estatal obedece a causas que no son objeto de este estudio, conviene al menos tener en cuenta esta circunstancia pues la asimetría de la información entre contratante y contratista puede inducir a errores que terminan siendo costosos para el Estado o creando oportunidades para la corrupción¹¹. La insuficiencia de la formación de este personal puede extenderse a los funcionarios de los organismos de control encargados de vigilar la gestión contractual de las entidades, en atención a las observaciones que sobre la labor de estos entes han formulado los diferentes estudios.

Esta deficiencia afecta labores cruciales, como la preparación de los estudios previos, los pliegos de condiciones o el ejercicio de la interventoría, cuando esta es ejercida por funcionarios de la entidad contratante. Transparencia por Colombia ya advertía en su informe sobre los riesgos de corrupción en la contratación, acerca de la falta de regulación sobre la calidad del personal encargado de realizar la evaluación de las ofertas

1.2.3 Ausencia de incentivos a la integridad

En las encuestas sobre percepción de corrupción en las compras públicas, se evidencia que el sector privado conoce, o ha conocido, prácticas indebidas en los procesos licitatorios, lo que conduce a que un importante número de potenciales proponentes se margine de las convocatorias que realizan las entidades estatales.

¹⁰ Se tomó como base el documento de Gómez Pinzón Abogados, la Corporación Transparencia por Colombia y el Instituto de Ciencia Política “Reporte sobre las preguntas de percepción en el tema de Contratación Estatal”, en el cual se recogen opiniones de seis expertos en el tema.

¹¹ Citando al CPAR 2005, en el aparte sobre contratación de obras públicas, *“Se requiere en forma prioritaria la capacitación y formación en contratación estatal por parte de quienes intervienen en los procesos de contratación de obras, ejercen funciones de control y vigilancia o cumplen funciones de carácter jurisdiccional.”*

Reconocer el problema es un paso, pero hacen falta incentivos para avanzar hacia la denuncia de estas conductas que terminan deslegitimando los procesos y horadando la gobernabilidad. Igualmente importante sería el otorgamiento de estímulos a las empresas que han implementado códigos de ética o programas anticorrupción, en la medida en podrían motivar la adopción de estándares de conducta por parte de la empresa privada.

Las decisiones judiciales que imponen sanciones a los contratistas que incurren en prácticas corruptas, no cuentan tampoco con suficiente divulgación, lo que contribuye a mantener la percepción de un Estado indiferente ante la corrupción.

1.2.4 Debilidad de los controles a la contratación

La labor de los organismos de control ha sido calificada en las encuestas de percepción como poco encaminada a la prevención y proclive a interesarse por detalles de forma, sin que sea posible establecer la eficacia del control ejercido¹². Se cuestiona también la idoneidad de los funcionarios asignados al control de la gestión contractual, y la deficiencia del control interno. Se trata de un dato preocupante, si tenemos en cuenta que el Estado destina cuantiosos recursos para las actividades misionales de estos entes. Estos indicadores hacen que se plantee la necesidad de evaluar los resultados de la gestión de vigilancia y control, pues se corre el riesgo de perder la confianza de la opinión pública, lo que terminaría incentivando las prácticas corruptas. A lo anterior debe agregarse la duplicidad de controles que aparentemente se estarían ejerciendo en materia de contratación por parte de los órganos de control fiscal y de la Procuraduría General de la Nación

En cuanto atañe al control social y ciudadano sobre la contratación, se anota que no obstante que la legislación nacional es bastante rica (ley 80/93, dec. 1421/93, ley 142/94, ley 190/95, ley 489/98, dec. 2170/02, ley 850/03), la verdad es que la falta de capacidad técnica y financiera de los grupos organizados para ejercerlo, así como, en ocasiones, su control por movimientos políticos y la falta de garantías para la seguridad de sus integrantes ponen de presente su extrema debilidad; para superarla, estas organizaciones tampoco encuentran respaldo decidido en las administraciones

1.2.5. Subcultura de la ilegalidad

Culturalmente se acepta a quien persiste en obtener sus metas sin parar mientes en la forma como lo hace y sin preocuparse de las personas afectadas. La máxima “el fin justifica los medios” se ha convertido en el paradigma de amplios sectores de la sociedad que, al mismo tiempo, han consagrado el dinero como el máximo valor y que, por tal razón, ven en la administración de los recursos públicos un medio más de satisfacción de intereses personales y no la forma por excelencia de satisfacer los intereses colectivos. Como, de otra parte, la ausencia o la escasa frecuencia del castigo hace que el costo de incumplir la norma sea menor

¹² De acuerdo con el Reporte sobre las preguntas de percepción en el tema de Contratación Estatal, de Gómez Pinzón Abogados, la Corporación Transparencia por Colombia y el Instituto de Ciencia Política “la mayoría de los entrevistados considera que la acción de los organismos de control no ha permitido identificar adecuada y oportunamente casos de corrupción en contrataciones públicas, sino que por el contrario sus actuaciones han sido contraproducentes en muchos aspectos”

que el beneficio que se obtiene del incumplimiento, se ha venido generando un fenómeno denominado comúnmente “la subcultura de la ilegalidad” en la que la regla legitimadora de las prácticas corruptas referida a quien las practica es “roba, pero al menos hace”.

En el documento de políticas contra la corrupción elaborado por la Vicepresidencia de la República, al analizar este tema se agrega que *“en la cultura ciudadana tampoco existen formas de conducta que demuestren una alta valoración de lo público, ni un claro sentido ético del servicio público”*.

1.2.6.- Las organizaciones políticas, las elecciones y la contratación

Las microempresas electorales surgidas de la crisis de los partidos políticos que buscan recuperar las inversiones hechas en la campaña mediante su intervención en las decisiones contractuales, en pos de la adjudicación de concesiones y contratos, se han convertido en un riesgo más de corrupción de los procesos de contratación. Complementariamente, han profundizado dicha crisis, generando y acrecentando la desconfianza ciudadana en el sistema electoral y en los partidos, hasta el punto de que éstos figuran como la institución que goza de menor grado de confianza en la ciudadanía, según el estudio de “La Cultura Política de la Democracia en Colombia” elaborado en 2004 entre otros por el Centro Nacional de Consultoría y la Fundación Buen Gobierno.

El fenómeno opera también a la inversa tal y como ocurre cuando desde los despachos públicos se toman decisiones con las cuales se contribuye a la financiación de las campañas electorales. Sin olvidar, por ser de actual y diaria recordación, que en algunos casos, se trata de alianzas de sectores políticos con grupos armados ilegales para asegurar el éxito electoral y controlar tanto el territorio como los recursos, poniendo los presupuestos públicos y los contratos al servicio de las ilícitas empresas electorales. .

2.- ALGUNAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

El informe de evaluación de adquisiciones de Colombia, presentado por el Banco Mundial en 2001, incluía una serie de recomendaciones, entre las cuales se destacan:

- La adopción de un sistema de información en materia de contratación pública.
- El mejoramiento del Portal Único y su interacción con el SICE
- La creación de un órgano rector de la contratación pública
- Adopción de documentos estándar de licitación
- Capacitación de los funcionarios que trabajan en las áreas de contratación¹³.
- La reforma del estatuto de contratación

En la actualización del informe, presentada en julio de 2005, se enfatizó en la necesidad de llevar a cabo la reforma a la ley 80 de 1993.

¹³ Según el sitio Web de contratos del estado, el DAPF, la ESAP y la CINCO empezarán *“a trabajar en una estrategia para que a futuro, los funcionarios públicos encargados de llevar a cabo la gestión contractual, sean cada vez más capacitados y ejerzan tal función de acuerdo con parámetros de idoneidad y competencias”*. No se ofrecen más detalles, y se espera un cronograma de ejecución. Sin embargo, debe recordarse que con motivo de la expedición del decreto 2170 de 2002, la Procuraduría General realizó una serie de capacitaciones por todo el país, a las cuales eran convocados los funcionarios públicos de las áreas de contratación.

Aún cuando desde diferentes ámbitos se han ido dando respuestas a los problemas identificados respecto de la contratación, es necesario anotar que no pocos de ellos subsisten y que no todos precisan de la expedición o reforma de las normas para ser resueltos. Tratar de identificar colectivamente los instrumentos que permitirían avanzar en su solución, es el objetivo de esta Mesa de Trabajo.

2.1 Las respuestas desde lo normativo

En los últimos años y luego de haber sido promulgada la ley 80 de 1993, se han expedido diversos decretos que buscan hacer más transparente el procedimiento de contratación directa y establecer reglas para la celebración de convenios de cooperación y asistencia técnica.

En cuanto a la reforma legislativa, luego de un tortuoso trámite que aún no termina, un proyecto radicado inicialmente con el número 20/05 Senado fue aprobado en sesión plenaria del Senado de la República los días 30 de mayo y 7 y 13 de junio de 2006 y actualmente hace tránsito en la Cámara de Representantes con el número 057/06, contando con ponencia favorable para segundo debate. El mismo intenta dar solución a los problemas que expertos e interesados en el tema han venido anotando a lo largo de estos años, entre los cuales se destacan:

- Crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, que integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal, el Portal Único de Contratación y el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE. En armonía con la ley 527 de 1999, permitirá la realización de la totalidad del proceso de contratación por medios electrónicos, lo cual contribuirá a fortalecer la transparencia, reducir los costos de la contratación y facilitar el control de los mismos .
- Otorga facultades al gobierno para “estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales”. Independientemente de la suerte que corra esta iniciativa en el debate final, vale la pena que el sector privado y los expertos se vinculen en este tema, que podría mejorar la calidad de los documentos integrantes de los expedientes contractuales, y en el cual ha insistido en repetidas ocasiones el Banco Mundial. Es una forma de prevenir el direccionamiento de pliegos de condiciones, uno de los problemas estructurales del sistema colombiano de contratación pública.
- Acoge la propuesta del CPAR 2005 y de numerosos expertos y doctrinantes, en cuanto a compartir los riesgos derivados de la actividad contractual disponiendo que debe incluirse en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación (Problema relacionado en el punto 1.1.4. de este documento). Lo cual hace que aquellos riesgos que son imprevisibles se manejen según la teoría de la imprevisión del derecho privado y se eviten perjuicios excesivos a la administración como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevistos.
- Sujeta al procedimiento de selección abreviada diversas contrataciones que actualmente siguen el procedimiento de la contratación directa, tales como la prestación de servicios de salud; la contratación en caso de proceso declarado desierto; la enajenación de

bienes del Estado; la adquisición de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional salvo aquellos definidos como estratégicos, etc..

- Coloca restricciones a la contratación con organismos multilaterales de crédito y organismos extranjeros de cooperación o asistencia y la somete a la ley 80 de 1993 dependiendo del monto de los recursos aportados por aquellos; sujeta al régimen de la ley a las Corporaciones Autónomas regionales, FONADE, los contratos con cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, los contratos que se celebren en desarrollo del art. 355 de la C.P. cuando la participación de recursos públicos sea superior al 50% y los interadministrativos celebrados por las instituciones de educación superior públicas cuando el objeto de los mismos no sea para el desarrollo directo de actividades propias de la academia (docencia, investigación y extensión de programas ofrecidos por la respectiva entidad)

No obstante, el proyecto no da respuesta a los problemas más comentados de la ley cuales son la existencia de multiplicidad de regímenes especiales y la excepcionalidad de la licitación pública como mecanismo de selección de los contratistas del Estado, agravándolos, incluso, al excluir nuevas entidades y actividades del régimen general establecido en la ley 80 de 1993 y propiciar que un mayor número de procesos de contratación se mantengan ocultos a los potenciales proveedores y a la ciudadanía.

Para evitar esto, ya desde hace algún tiempo algunos sectores han propuesto la inclusión de un principio básico en el estatuto, según el cual toda entidad que maneje recursos públicos debe estar sujeta al estatuto general de contratación. En los casos en los cuales, debido a la naturaleza y funciones de la entidad esto no sea posible, las adquisiciones de bienes y servicios que realicen estos organismos deben observar, como mínimo, principios de selección objetiva y de publicidad, y aplicar lo dispuesto por la Constitución Política en cuanto a los principios de la función administrativa.

En el escenario esperado por la opinión pública, la reforma a la ley 80 de 1993 corregiría errores del estatuto de contratación aumentando la transparencia y disminuyendo los riesgos de corrupción. Sin embargo, se abre paso otra posibilidad: que la reforma aprobada no remedie los aspectos críticos del estatuto, y que por el contrario cree nuevos riesgos de corrupción. Analizando el texto que se someterá al debate final, es posible prever que se solucionen algunas falencias de la ley, pero que se incluyan normas que puedan crear nuevos riesgos de corrupción.

Por ello, la discusión sobre el sistema de contratación pública en Colombia en el inmediato futuro debe incluir alternativas diferentes a la modificación de textos legales, que permitan, con las herramientas disponibles en el momento, paliar los efectos negativos de algunas de las disposiciones que se lleguen a aprobar, e implementar los aspectos positivos de la nueva ley.

2.2 Subjetividad de las reglas de juego

Los reglamentos o estatutos internos de contratación de las entidades estatales deberían disponer expresamente la intangibilidad de las reglas del juego, tanto de las incluidas en los pliegos de condiciones como de las incorporadas al texto del contrato que se celebre. Para concluir que los pliegos son inmodificables y que únicamente por razones o circunstancias sobrevivientes e imprevisibles a su elaboración pueden ser variados, simplemente bastaría con tener en cuenta la preeminencia del principio de planeación en los procesos de contratación.

Razonamientos similares deberían impedir las modificaciones injustificadas del contrato durante su ejecución; las mismas sólo serían válidas en los casos en que varíen las condiciones existentes al momento de celebrarlo, siempre que dichos cambios no hayan podido ser razonablemente previstos por las partes.

Directivas presidenciales en este sentido y un seguimiento adecuado y de fondo por parte de los órganos de control deberían permitir la solución de este problema.

2.3. Formación del recurso humano.

En los aspectos administrativos, las entidades estatales están en capacidad de tomar medidas para mejorar la gestión de las áreas de contratación. En la ley 734 de 2002 (código disciplinario único) se incluyeron disposiciones sobre la implementación de las oficinas de control disciplinario, y periódicamente, la Procuraduría General de la Nación emite directivas para la correcta gestión de las unidades u oficinas de control disciplinario. Algo similar sucede con las áreas de control interno de gestión, que cuentan con el apoyo del Departamento Administrativo de la Función Pública.

En materia de contratación pública, esta función la asume la Comisión Intersectorial de Contratación CINCO, que sería el ente encartado de dictar los lineamientos generales para la gestión contractual, y la instancia especializada ante la cual puedan solicitar colaboración para el mejoramiento de su gestión. El fortalecimiento de las áreas de contratación se facilitaría si existiesen unas normas mínimas para su organización, incluyendo la definición de los perfiles de quienes la integran, tema en el cual ha venido trabajando la Comisión. Es urgente que ésta promueva la adopción de medidas que contribuyan a mejorar la gestión de estas dependencias, protegiéndolas de las presiones de contratistas o de funcionarios de la entidad, garantizándoles formación especializada y dotándolas de las herramientas necesarias (recurso humano calificado, soporte tecnológico y jurídico, instancias de consulta) para minimizar los riesgos de corrupción. Por estas razones, sería recomendable promover una colaboración permanente entre CINCO y las áreas de contratación, en especial aquellas del nivel territorial que están sujetas a mayores presiones por parte de intereses políticos locales.

Complementariamente, la Comisión Intersectorial de Contratación debería iniciar una labor dirigida a determinar el impacto del Programa de reforma a la administración pública en la contratación de servicios personales. La reducción de las plantas de personal y la supresión de entidades, puede ocasionar un aumento importante en el número de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con el objeto de seguir cumpliendo con los fines de las entidades liquidadas. A esto se agrega que si llegara a concretarse el ingreso a la carrera administrativa de los funcionarios que hoy están en provisionalidad, se reduciría la discrecionalidad en los nombramientos, por lo cual la adjudicación de contratos de prestación de servicios profesionales podría constituirse en la forma seleccionada para el pago de favores políticos. La interacción permanente con el Departamento Administrativo de la Función Pública es indispensable para determinar los casos en los cuales se podría estar abusando de esta modalidad de contratación.

2.4.- Incentivos a la integridad.

En la reforma propuesta, no existen disposiciones de obligatorio cumplimiento para incentivar a los proponentes a implementar programas de ética en sus empresas. Sin embargo, desde las entidades estatales es posible crear las condiciones que incentiven las buenas prácticas en los procesos contractuales mediante la inclusión de prescripciones de este tipo en sus pliegos de condiciones, con el objeto de estimular a las empresas que han implementado códigos de ética o programas anticorrupción dirigidos a sus empleados y directivos. Para el efecto se requiere comenzar a trabajar en una “cláusula tipo”, que sería propuesta por el sector privado y las organizaciones no gubernamentales, procurando que las entidades estatales comiencen voluntariamente a incluirla en sus pliegos, a lo cual también podría llegarse por la vía de los incentivos.

Sería importante, igualmente, crear los mecanismos que hagan visibles las empresas que voluntariamente adopten medidas encaminadas a promover comportamientos éticos entre sus directivos y empleados, en especial en sus relaciones con el Estado.

2.5.- Fortalecimiento de los controles.

Los recientes cuestionamientos que los medios han formulado a la labor de los organismos de control de las entidades territoriales, han reabierto la discusión acerca de los mecanismos que se utilizan para elegir a los funcionarios de estos organismos.

Mientras se define cualquier reforma de este aspecto, es posible comenzar a trabajar en la adecuada formación y evaluación del desempeño de estos funcionarios (ver punto 2.2.2.) y monitorear el avance de la implementación del Modelo Estándar de Control Interno, que debería contribuir al mejoramiento de la gestión contractual y al autocontrol de las entidades públicas. Iniciativas como el convenio de cooperación y apoyo en la lucha contra la corrupción, suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, demuestran que existe la voluntad de coordinar esfuerzos, y que estas entidades han sido receptivas a los reclamos de la ciudadanía sobre una lucha decidida contra la corrupción.

Las máximas autoridades de control (Procurador General, Contralor General) parecen ser conscientes del papel que les reclama la ciudadanía, pues en los últimos meses han venido realizando acciones dirigidas a recuperar la confianza del público, informando a los medios sobre su gestión y presentando planes de lucha contra la corrupción, en especial en los casos más significativos en cuanto a cubrimiento periodístico¹⁴. Se destaca también el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, que ha asumido un papel de denuncia pública de irregularidades en la contratación, cuestionando el rol de los organismos de control a nivel territorial¹⁵.

14 Ya en el documento de la CGR se mencionaba entre las propuestas específicas de lucha contra la corrupción “*Adelantar acciones ejemplarizantes de investigación y sanción de “peces gordos” de la corrupción, para mitigar el escepticismo y desencanto de la ciudadanía hacia los organismos de control.*”

15 En nota de prensa del sitio web del programa presidencial de lucha contra la corrupción, disponible en el enlace http://www.anticorrupcion.gov.co/noticias/2007/abril/abril_19_07.html , el director del programa propone abrir un debate sobre la eficacia de los organismos de control en las entidades territoriales, incluyendo la forma de designación de los funcionarios, y replanteando la propuesta de acabar con las contralorías departamentales y municipales, algo que ya había sido planteado al inicio del primer gobierno de Álvaro Uribe. .

En cuanto al control social, se ha observado un creciente interés por parte de la sociedad civil y sus agremiaciones en la gestión contractual pública, interés que demuestra a los responsables del gasto público que la ciudadanía está en capacidad de exigirles el cumplimiento de su deber de rendir cuentas sobre la forma en la que se invierten los recursos. Sin embargo, este control social requiere de más apoyo por parte del Estado, en especial en las entidades territoriales que pueden estar cooptadas por el clientelismo o bajo la influencia de grupos armados ilegales. Se requeriría, igualmente, con el fin de articular las acciones diversas y numerosas para capacitar a la sociedad civil en el control de la gestión pública, el diseño de un plan estatal para el impulso y fortalecimiento del control social, la implementación de medidas o estímulos que hagan de las veedurías un ejercicio eficaz para el mejoramiento de la gestión contractual, y la protección adecuada de los veedores ciudadanos.

Hacer la contratación directa visible.

Una forma de fortalecer los controles sobre la contratación –particularmente el control ciudadano- es visibilizando la contratación directa de las entidades sometidas a la ley 80 de 1993 y, en forma más general, la contratación de las entidades excluidas del régimen de la ley.

Recordemos que los diagnósticos realizados por el DNP o el Banco Mundial han insistido en la necesidad de revisar el tema de las cuantías para contratación directa, sugiriendo que pueden ser fijadas por el reglamento teniendo en cuenta factores como el tipo de contrato a celebrarse (de concesión, de obra pública) y variar de acuerdo a la naturaleza de la entidad contratante. El proyecto de reforma de la ley no realiza modificaciones de fondo sobre el tema, e incluso aumenta las cuantías para celebrar contratos por licitación pública, lo que aumentaría la proporción de contratos celebrados en forma directa. En consecuencia, vale la pena proponer acciones para hacer visible la contratación directa y la contratación de las entidades no sujetas al régimen general. Podría, entonces, pensarse en señalar un rango dentro del cual se hacen públicos la totalidad de documentos, trámites y actuaciones precontractuales y contractuales, independientemente de la clase de contrato, de las circunstancias que lo originen, etc. Dicho rango, que podría señalarse en el reglamento, tendría como techo el monto a partir del cual deba emplearse el procedimiento de la selección abreviada y como piso el 10% de la menor cuantía que corresponda a la entidad respectiva.

Ante todo, es de gran importancia para reducir los riesgos de corrupción en la contratación pública, la calidad de la reglamentación que expida el gobierno. Se reconoce el efecto positivo de normas como el decreto 2170 de 2002, y es de esperarse que la plena aplicación del decreto 2434 de 2006 y la adopción de los instrumentos que promueve la Comisión intersectorial de Contratación contribuyan a mejorar la gestión contractual sin hacer, no obstante, visible la totalidad de la contratación estatal.

Sin embargo, otras iniciativas siguen sin mostrar los resultados esperados, como es el caso de la Directiva presidencial 02 de 2007, que estableció la obligación de las entidades del nivel nacional de publicar en el sitio Web de cada entidad y en el de la presidencia, las hojas de vida¹⁶ de las personas que aspiren a celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado. En teoría, la medida busca la transparencia en la celebración de los contratos haciendo visible este aspecto de la contratación directa, pero en la práctica es inocua: no hay forma para que la opinión pública

se entere de las observaciones presentadas, y en algunos sitios Web, ni siquiera se indica la forma de hacer llegar dichas observaciones a la entidad contratante. Tampoco existen indicadores (o no son suministrados al público) sobre la efectividad de las observaciones presentadas, pues los contratos, de todas formas, se llevan a cabo. Una vez solucionados estos problemas, podría pensarse en extender esta iniciativa a las entidades territoriales con sitios web propios.

2.6.- Fomento de una cultura de la legalidad

“Si se observa entonces el panorama anterior, podrá concluirse que el problema de la contratación no es normativo sino humano y que mientras no se supere la crisis de valores que aqueja nuestra sociedad, incluida en ella la falta de preparación, por más perfecta que sea la norma, se seguirán presentando los mismos inconvenientes sino peores” (Luis G. Dávila Vinuesa “Menos normas y reformas y más pedagogía”. Misión de Contratación, 2003)

Existen acciones con las cuales pretende dar paso de una cultura de la ilegalidad a su contraria. Se trata del Programa de Cultura de la Legalidad que se desarrolla, fundamentalmente, al interior de la academia mediante proyectos piloto o acciones puntuales dirigidas a la niñez y la adolescencia como “Adios a las trampas”, con las cuales se busca incentivar las buenas prácticas ciudadanas creando espacios de reflexión sobre la importancia de las reglas del juego y que deberían conducir a cimentar la cultura de lo público desde temprana edad

En cuanto atañe al empresariado, distintas iniciativas a nivel internacional lo orientan hacia el concepto de “corresponsabilidad” en la lucha contra la corrupción. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, concretamente, recomienda la autorregulación de las empresas mediante: i) la definición de estándares éticos y de transparencia; ii) la incorporación de estrategias orientadas a prevenir riesgos de corrupción en sus relaciones negociales, particularmente con el sector público.

2.7.- La financiación de las campañas electorales

La financiación de las campañas electorales en Colombia se hace mayoritariamente con fondos públicos. El propósito inicial de contribuir con la transparencia, fortalecimiento y modernización de los partidos, ha sido desbordado –como se ha visto- y de ahí que desde hace años se oigan voces que piden la financiación total de las campañas con recursos del Estado. Dado que el impacto económico de tales medidas parecería ser muy alto, entre tanto debería fortalecerse la función de control que sobre las cuentas de los partidos ejerce el Consejo Nacional Electoral, mediante la provisión de recursos humanos, físicos y financieros suficientes que le permitan detectar oportunamente las infracciones de las normas relativas a la financiación y aplicar los correctivos previstos en las normas.

Conclusiones de la mesa de trabajo: Diagnósticos similares, responsabilidades compartidas, acciones a largo plazo.

El martes 8 de mayo, de 08:30 a.m. a 11:30 a.m. se llevó a cabo en Bogotá D.C. la mesa de trabajo sobre la problemática de la contratación pública en Colombia. A la misma asistieron, entre otros invitados, reconocidos expertos que obrarían como panelistas; dos de los parlamentarios ponentes del proyecto de reforma al estatuto de contratación; representantes de la academia, el Estado y el sector privado. La discusión estuvo moderada por la Directora Ejecutiva de la Corporación Transparencia por Colombia, Margareth Flórez. Las conclusiones de la mesa de trabajo imponen tareas, generan preguntas, admiten responsabilidades, y ante todo, confirman la necesidad de mantener el tema de la reforma a la contratación pública en la agenda del gobierno y de la sociedad civil, pues, sin conocer aún el texto conciliado de la reforma legal aprobada en el Congreso, los participantes en la mesa de discusión coinciden en que las mejores soluciones provienen de espacios diferentes a la normatividad contractual. Con las conclusiones de la mesa de trabajo, se cierra este diagnóstico de la problemática de las compras públicas en Colombia.

1. La responsabilidad del Estado como contratante

Los participantes coinciden en describir como decepcionante el papel de las entidades estatales en la contratación pública. El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 asigna a cada entidad contratante la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. La planeación deficiente del proceso contractual, por ejemplo, no puede ser atribuida a falencias de la Ley, como tampoco pueden serlo las fallas en la interventoría cuando esta la ejercen funcionarios públicos. Ningún estatuto de contratación funciona correctamente si los encargados de dirigir el proceso contractual no están en capacidad de cumplir con la responsabilidad asignada.

2. Resultados de los registros públicos y los sistemas electrónicos de vigilancia de la contratación

Numerosos participantes señalan que los registros de proponentes no han generado mayor transparencia en la contratación. Igual reparo se formula al Sistema de Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, cuya norma de creación ya tiene siete años. Los costos de administrar, actualizar y sistematizar estos registros, deberían reflejarse en mejores resultados, lo que hasta ahora no ha ocurrido. Sin embargo, las reformas propuestas no incluyeron el tema entre sus prioridades, y por el contrario, proponen la creación de nuevos registros y sistemas de vigilancia.

3. La reforma a la contratación: avanza pero no resuelve.

Se consideraron útiles las medidas propuestas en la reforma que pretenden solucionar problemas puntuales del estatuto, como el mal uso de la contratación interadministrativa o de los convenios con organismos de cooperación internacional. Sin embargo, y de acuerdo con algunas intervenciones de los panelistas convocados, es posible que las entidades interesadas en sustraerse al cumplimiento de los procedimientos de contratación encuentren nuevas formas de seleccionar directamente contratistas valiéndose de las disposiciones legales. Mientras no se

investigue y se sancione el fraude a la ley, seguirán presentándose situaciones como las descritas. La reforma propuesta no realiza cambios estructurales, pero da algunos pasos en la dirección correcta.

4. Formación ética

Sin una adecuada formación ética, el problema de la corrupción en la contratación persistirá sin importar la calidad de la normatividad que se expida. Los panelistas coincidieron en la importancia de diseñar y aplicar programas educativos que ayuden a tener ciudadanos involucrados en la vigilancia a la gestión de los recursos públicos y funcionarios públicos probos. Se reconocieron los esfuerzos del Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción en este ámbito, pero la situación exige asignar más recursos financieros y humanos al fortalecimiento de los programas éticos en la educación básica.

5. Controles calificados

El control, antes que fortalecerse, debe transformarse. Contar con un recurso humano calificado, y presentar ante la opinión pública los resultados de su gestión. Los responsables de las áreas de contratación presentes en la mesa redonda, y los panelistas, coincidieron en señalar las debilidades del control fiscal, y manifestaron su preocupación por la posibilidad de que estas falencias se estén replicando en el control ciudadano.