



Edición 321

Contratación Estatal: Transparencia y eficiencia

La contratación es uno de los más importantes instrumentos del Estado para el logro de sus fines. Mediante sus diversas modalidades concreta el uso de cuantiosos recursos y compromete el patrimonio público y el interés colectivo., En este número, la revista ha invitado a destacados analistas a expresar su punto de vista sobre la Ley 1150 de 2007.

Título: **Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes¹**

Fecha: Octubre 26 de 2007

Autor: Transparencia por Colombia

Resumen

Este estudio reúne las conclusiones del trabajo de la Corporación Transparencia por Colombia, capítulo de Transparencia Internacional, en el tema de contratación pública. Trata lo recogido en el estudio "Transparencia en la Contratación Pública" discutido en mayo de 2007 en una mesa de trabajo en la que participaron funcionarios del ejecutivo y de los organismos de control, abogados, académicos, congresistas y empresarios.

El presente artículo habla de los problemas identificados en el estatuto general de contratación como lo son: los riesgos que implica la contratación directa, el gran número de excepciones a la aplicación de la ley 80, los avances y falencias que presenta la implementación de la Ley 1150 de 2007. Formula también ciertas recomendaciones puntuales para prevenir riesgos de corrupción y combatir este flagelo en la contratación pública, y hace un llamado al Estado, al sector privado que contrata con las instituciones públicas, y a los ciudadanos que deben vigilar el buen uso de los recursos públicos sobre su corresponsabilidad en la aplicación adecuada de las normas que rigen la contratación pública en Colombia.

Palabras clave

Contratación/ Procurement

Riesgos de Corrupción/ Corruption Risks

Acceso a la Información/ Acces to Information

¹ Este es un artículo institucional preparado por Transparencia por Colombia con base en el documento elaborado por Marcela Roza, Gloria Maldonado y Andrés García para la mesa de trabajo "Transparencia en la contratación pública: retos hacia el futuro". Mayo 08 de 2007.

Reforma/ Reform

Transparencia/ Transparency

Introducción

Mejores leyes son necesarias, pero no suficientes. Esta frase resume la conclusión de una mesa de trabajo convocada por Transparencia por Colombia el pasado 08 de mayo, a puertas de la aprobación de la Ley 1150 de 2007 que reformó el Estatuto de Contratación, la Ley 80 de 1993. Esta mesa contó con la participación de funcionarios del ejecutivo y de los organismos de control, abogados, académicos, congresistas y empresarios.

Esta conclusión se desprende básicamente de dos reflexiones. Por una parte, surge del reconocimiento de que a pesar de los avances obtenidos en la normatividad reguladora de los procedimientos, de los controles y sanciones, en la publicidad de los documentos contractuales y en el acceso a la información (en gran parte, gracias al aumento de usuarios de las nuevas tecnologías), la corrupción en las compras estatales persiste. De otro lado, parte de la creencia de que no todos los problemas que rodean la contratación pueden ser resueltos mediante la creación de las normas, pues todo indica que independientemente del tipo de reforma que se realice, ciertos problemas estructurales tienden a persistir o a adaptarse a la normatividad que se expida.

Este argumento no pretende de ninguna manera, disminuir la relevancia de contar con un mejor Estatuto de contratación, sino dar paso a una visión más comprensiva e integral de los problemas en la contratación pública que permita diseñar acciones en distintas direcciones para contrarrestarlos.

Ley 1150 de 2007: puntos resueltos y pendientes

La Ley 1150 de 2007 significa un avance con respecto a la norma anterior frente algunas falencias claramente identificadas y ampliamente discutidas, mientras que algunos aspectos siguen pendientes por resolver.

¿Reglas para todos?

Uno de los reparos más frecuentes formulado a la Ley 80 de 1993 ha sido el gran número de excepciones a su aplicación, muchas de ellas establecidas por la misma ley. Según datos del Estudio “Construcción del universo de referencia de la contratación”², el 17,3% de las entidades públicas (280) gozan de regímenes especiales de contratación. Si bien 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, esto no justifica tantas excepcionalidades.

Tal multiplicidad de regímenes especiales va en detrimento de la transparencia que debería caracterizar las compras públicas. No sólo porque tanto la adecuada participación de los proponentes 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 gran medida, 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.

La Ley 1150 de 2007 no resuelve esta importante dificultad. La nueva Norma somete al régimen ordinario de contratación, entidades y actividades antes excluidas (como por ejemplo, el FONADE y las Corporaciones Autónomas Regionales), pero excluye otras que bien podrían acatarla (como la ESAP) o que estaban sometidas a regímenes mixtos.

El Estatuto debería haber acogido un principio básico donde toda entidad que maneje recursos públicos debería estar sujeta al régimen general de contratación, y en casos en los cuales debido a la naturaleza y funciones de la entidad, esto no sea posible, las adquisiciones de bienes y servicios, deberían 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.

Sin embargo, la problemática no se detiene en las entidades excluidas del campo de aplicación de la ley, pues aquellas que sí están sometidas, en ocasiones se han valido de las primeras para eludir su cumplimiento. Es decir, los regímenes de excepción pueden, en determinados casos,

² “Construcción del universo de referencia de la contratación”, realizado por el consultor del proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP Juan Pablo Garzón, entre agosto de 2005 y marzo de 2006, bajo la dirección de Salomé Naranjo.

servir de puente para la subcontratación y la omisión de las reglas y principios del estatuto general por parte de las entidades que están obligadas a acatarlos.

En efecto, la Contraloría General de la República, en su informe sobre convenios celebrados con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional, afirmaba 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.”*

La eliminación de esta prerrogativa (en especial cuando se trate de convenios celebrados con recursos públicos) fue recomendada por el CONPES 3249, y por el Banco Mundial, que en el CPAR 2006³ advirtió: *“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.”*

La Ley 1150 de 2007 corrige parcialmente este punto, al colocar restricciones a la contratación con organismos multilaterales de crédito y organismos extranjeros de cooperación o asistencia y someterlas a la ley de contratación, dependiendo del monto de los recursos aportados por aquellos.

Contratos administrativos, una fuga

La Ley 80 de 1993 disponía que los contratos interadministrativos pudieran 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 de contratos se había venido utilizando para que una entidad sometida al estatuto general de contratación pudiera 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, ha sido de público conocimiento la forma como algunas universidades públicas han venido valiéndose de su régimen especial para ejecutar contratos obras que nada tienen que ver con la naturaleza y el objeto de dichas instituciones⁴. Esto gracias a que, según el artículo 57 de

³ CPAR son llamados los Informes de Evaluación del Sistema Nacional de Adquisiciones (Country Procurement Assessment Report)

⁴ 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.

la ley 30 de 1992, las universidades estatales u oficiales, como entes universitarios autónomos, tienen un régimen especial de contratación. 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 habían prestado para celebrar convenios con entidades públicas, con el objeto de seleccionar contratistas sin sujetarse a la ley 80 de 1993.

La Ley 1150 de 2007 permite avanzar en este punto, al sujetar al régimen ordinario (la Ley, los contratos con cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, y los interadministrativos celebrados por instituciones públicas de educación superior cuando el objeto de los mismos no sea para el desarrollo directo de las actividades propias de la academia (docencia, investigación y extensión).

La contratación directa, excepción o regla?

La Ley 80 de 1993 fijó la licitación como el procedimiento general para toda contratación, pero en la práctica era una modalidad residual⁵, 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.

Según el estudio “Construcción del universo de referencia de la contratación”, solo una tercera parte de los recursos públicos se adjudican a través de licitaciones. El considerable monto de recursos ejecutados por las administraciones públicas mediante la contratación directa ameritaba considerar la modificación de las cuantías que estaban establecidas por la ley 80 de 1993. 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 dependiera 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

⁵ 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.

adquisiciones y la transparencia de las mismas, se debería al menos hacer más visible la contratación directa imponiendo la publicación de los documentos precontractuales y poscontractuales a partir de un cierto y reducido monto.

La Ley 1150 avanza algo, al sujetar 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. Sin embargo, dicha reforma no introdujo transformaciones de fondo en el tema. En esta medida, es de prever que la contratación directa seguirá siendo la vía preferida como procedimiento de contratación.

Contratación visible

Otra demanda al nuevo Estatuto de contratación, era ponerse al día con el uso de medios electrónicos para agilizar los procedimientos actuales, generar más transparencia y confianza en el proceso, y eventualmente permitir reducir los costos de transacción. Así como extender la obligatoriedad de publicación a todos los procesos de contratación que realiza cada entidad, incluyendo el texto completo de todos los documentos.

Diversos estudios⁶ destacan esfuerzos como el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal SICE, pero echan de menos su integración con el Portal único de contratación, y la divulgación del manejo de la herramienta entre los potenciales proveedores. En el monitoreo realizado por Transparencia por Colombia, se evidenciaron además fallas como la poca consistencia entre la información disponible en el 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 habrá que evaluar los efectos del decreto 2434 de 2006, que estableció la obligación de todas las entidades sometidas al Estatuto General de contratación de ingresar toda la información contractual al portal único.

⁶ 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.

La Ley 1150 de 2007 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. Será importante seguir el desarrollo de estas acciones a fin de garantizar que pasen del papel a la práctica y cumplan con su cometido. Otro aspecto importante a vigilar, será la implementación de sistema electrónico de compras señalado en el actual Plan de Desarrollo. De concretarse estas iniciativas, Colombia podría dar pasos sustantivos en materia de eficiencia, eficacia y transparencia en la contratación.

¿Qué falta por hacer?

El país cuenta con un nuevo Estatuto de Contratación, y como se ha expuesto, su contenido permite visualizar algunos avances, pero también alerta sobre temas no resueltos, algunos de los cuales podrán ser abordados a través de herramientas disponibles en el momento, o de futuras reglamentaciones o directrices estatales. Adicionalmente, parece ser necesario complementar las medidas que se desprenden de las normas con otras acciones que permitan proteger integralmente el sistema de contratación pública en Colombia de los riesgos de corrupción. En este orden de ideas, ¿qué falta por hacer?

Reglas de juego⁷ objetivas

La subjetividad de las reglas de juego en el proceso de contratación es uno de los riesgos más frecuentes, que puede ser fácilmente resuelto.

Estudios consultados⁸ admiten que uno de los riesgos más frecuentes en la contratación es la confección de los pliegos o su modificación durante la licitación con el fin de favorecer a un

⁷ 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”.

⁸ 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.

proponente en especial. Esto termina por desalentar a otros posibles oferentes, y burla los fines esenciales de la contratación. Es posible redactar unos pliegos de condiciones impecables, pero que estén dirigidos a favorecer a uno de los oferentes.

También es posible y frecuente 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.

Luis Jorge Garay en el “Foro de Lucha contra Corrupción, Gobernabilidad y Desempeño Institucional” realizado en marzo de 2002, anotaba: *“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.”*

Para subsanar estas deficiencias, 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 determinar que los pliegos son inmodificables y que únicamente por razones o circunstancias sobrevinientes 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.

Contratación directa visible

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

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. Dado que la reforma no introdujo modificaciones sustantivas sobre el tema, e incluso aumentó las cuantías para celebrar contratos por licitación pública, lo que aumentaría la proporción de contratos celebrados en forma directa, vale la pena al menos proponer acciones para hacer visible la contratación directa de las entidades sometidas a la ley 80 de 1993 y la contratación de las entidades no sujetas a dicho 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 vida⁹ 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.

Servidores públicos capacitados

Otra medida urgente es elevar el nivel de formación de los servidores públicos encargados de la contratación y mejorar la eficiencia de la contratación.

Algunos estudios¹⁰ indican que el funcionario público asignado a las áreas de contratación se percibe como escasamente calificado y desconocedor de las normas aplicables a sus funciones. Esta deficiencia afecta labores cruciales, como la preparación de los estudios previos, los pliegos de condiciones o el ejercicio de la interventoría, cuando ésta es ejercida por funcionarios de la entidad contratante. Además, puede favorecer una situación de asimetría de capacidades y de información entre contratante y contratista que puede inducir a errores que terminan siendo costosos para el Estado o crear oportunidades para la corrupción¹¹.

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.

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.*"

En materia de contratación pública, esta función la asume la Comisión Intersectorial de Contratación CINCO, que sería el ente encargado 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 de las entidades, 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.

Mejorar la planeación

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.

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.

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 prever 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.

Sería importante, igualmente, crear 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.

Fortalecimiento 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 algunos funcionarios asignados al control de la gestión contractual, y la deficiencia del control interno. Así mismo, se alerta sobre la duplicidad de controles que aparentemente se ejercen en materia de contratación por parte de los órganos de control fiscal y de la Procuraduría General de la Nación.

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”*

La adecuada formación y evaluación del desempeño de estos funcionarios 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.

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.

Fomento a la cultura de la legalidad

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. De otra parte, la ausencia o la escasa frecuencia del castigo hace que el costo de incumplir la norma sea menor que el beneficio que se obtiene del incumplimiento. En consecuencia, 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”.

“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).

Se requiere urgente políticas públicas y acciones para combatir la cultura de la ilegalidad.

Romper el vínculo entre financiación de campañas y contratación

Es importante frenar la relación perversa entre financiación de campañas y acceso a decisiones contractuales, en pos de la adjudicación de concesiones y contratos, puesto que se han convertido en un riesgo más de corrupción en los procesos de contratación. Impedir las donaciones a campañas por parte de contratistas del Estado puede ser de gran ayuda para contrarrestar este fenómeno.

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.

Prevenir corrupción en la contratación: tarea de todos

La contratación pública en Colombia es una de las actividades más importantes de la economía colombiana¹³ y el medio por el cual se compra bienes y servicios para satisfacer las necesidades de bienestar y desarrollo del país. Sin embargo, pocas actividades generan tantas tentaciones y oportunidades para la corrupción, como la contratación pública. Dado esta condición estratégica de las compras públicas en el desarrollo de los colombianos, se requiere emprender acciones relevantes, sistemáticas y contundentes para proteger este proceso de la gestión pública. La nueva Ley permitirá algunos avances en esta materia, pero es claramente insuficiente para

¹³ La Misión de Contratación de 2002, estimaba que la contratación pública era equivalente al 16% del PIB.

eliminar los riesgos de corrupción presentes en la contratación. Desde de Transparencia por Colombia, creemos que prevenir y combatir la corrupción en la contratación es sobretodo una tarea del Estado en su conjunto, pero también del sector privado que contrata con las instituciones públicas, así como de los ciudadanos que deben vigilar el buen uso de los recursos públicos.

Bibliografía

[1]Transparencia por Colombia. (2005) “Cuaderno de Transparencia No. 12: Monitoreo Ciudadano a Herramientas de Transparencia en la contratación pública”

[2]Transparencia por Colombia. (2007) “Respuesta de la Sociedad Civil al cuestionario en relación con las disposiciones de la convención interamericana contra la corrupción seleccionadas para ser evaluadas en la segunda ronda y para el seguimiento de las recomendaciones formuladas en la primera ronda. Sección contratación Pública.”

[3] Transparencia por Colombia. (2007) “Mesa de Trabajo: Transparencia en la Contratación Pública: Retos Hacia el Futuro”

[4] Transparencia por Colombia. (2006) “Índice de Transparencia de las Entidades Públicas del Orden Nacional 2004-2005 (ITN)”

[5] Roldán Fajardo, Luis Alberto. (2007) “Riesgos y gerencia de riesgos frente a la contratación estatal”. Número 6, octubre. Revista Riesgo.

Transparencia por Colombia- Hoja de vida

La Corporación Transparencia por Colombia es el Capítulo Nacional de Transparencia Internacional -TI-, la Organización No Gubernamental líder en el mundo en la lucha contra la corrupción, que trabaja en más de 90 países. Transparencia es una organización sin ánimo de lucro creada en 1998, cuya misión es “liderar, desde la sociedad civil, esfuerzos sistemáticos de lucha contra la corrupción centrados en transformar nuestras instituciones públicas y privadas para que en Colombia podamos contar con organizaciones efectivas y confiables; con ciudadanos y empresas íntegros, y con servidores públicos probos que antepongan siempre el interés colectivo y rindan cuentas de sus actos. Para lograrlo, la Corporación busca construir coaliciones amplias con distintos actores; estar a la vanguardia en la generación y divulgación de conocimientos y prácticas anticorrupción, y contribuir al fortalecimiento de una ciudadanía organizada, actuante y responsable”.

Dentro del plan de acción 2007, una de las líneas de trabajo de Transparencia por Colombia es el tema de contratación pública en el ámbito territorial.

Desde el año 2000, la Corporación se ha consolidado como el centro de ética empresarial del *Ethics Resource Center* en Colombia, posicionándose a través de acompañamientos al sector privado en el tema de la ética corporativa y construcción de integridad.