

RECOMENDACIONES PARA FORTALECER LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL



**TRANSPARENCIA
POR COLOMBIA**

CAPÍTULO TRANSPARENCIA INTERNACIONAL

Consejo Rector

Margarita Garrido Otoya
Rosa Inés Ospina Robledo
Carlos Angulo Galvis
José Alejandro Cortés Osorio
Andrés Echavarría Olano
Guillermo Carvajalino Sánchez

Junta Directiva

Rosa Inés Ospina Robledo
Eulalia Arboleda de Montes
Janet Bonilla Torres
Daniel Ricardo Uribe Parra
Bernardo Rodríguez Osa
Eduardo Wills Herrera
Néstor Ricardo Rodríguez Ardila

Dirección Ejecutiva

Gerardo Andrés Hernández Montes

Equipo de Investigación

Marcela Restrepo Hung
*Directora del Área de Gestión de
Conocimiento*

Karina Cruz Parra
Líder Programática de Gestión Pública

Mario Alejandro Blanco Navarro
Investigador

Ana María Avella Merchán
Investigadora

Consultores

Camilo Mendoza Rozo, experto en
contratación pública.

Jairo Elías Rincón, experto en empleo
público.

Revisión de textos

Eduardo Arias Villa

Financiación

IMPACT Project



Global Affairs
Canada

Esta actividad es posible gracias a la Contribución 11497 de 2017 “Promoción de la transparencia y prevención de la corrupción para el bien común”, de la Embajada de Suecia, la Fundación Panamericana para el Desarrollo – FUPAD, y Transparencia por Colombia

Diseño, Diagramación y Corrección de Estilo

Papyrus Formas e Impresos Ltda.

Corporación Transparencia por Colombia



@transparenciaco



TransparenciaporColombia

PBX: (57 1) 610 0822

Carrera 45A n.º 93-61 Barrio La Castellana
transparencia@transparenciacolombia.org.co
www.transparenciacolombia.org.co
www.indicedetransparencia.org.co
Bogotá D.C., Colombia

Este documento tiene como base la identificación de riesgos de corrupción, enmarcado en el ITEP, entrevista a expertos y líderes de la política.

© Corporación Transparencia por Colombia
Bogotá, Colombia. Junio - 2019

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
RECOMENDACIONES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA	9
1. EXCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA	11
2. ABUSO DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES	13
3. NORMAS PRESUPUESTALES Y CULTURA DE EJECUCIÓN PRESUPUESTAL QUE PRESIONAN A LA TERCERIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN Y A CONTRATAR DIRECTAMENTE	15
4. RECURRENCIA DE CONTRATISTAS	17
BIBLIOGRAFIA	23

PRESENTACIÓN

En sus más de 20 años de fundación, la Corporación Transparencia por Colombia, como expresión de la sociedad civil, ha contribuido en la lucha contra la corrupción a través de la generación de herramientas, lineamientos de política, medidas y estrategias orientadas a contribuir en la construcción de rutas de cambio, social e institucional, que lleven a un país donde la corrupción sea rechazada, sancionada y evitada.

La lucha contra la corrupción en un país parte del reconocimiento del abuso del poder encomendado, ya que este es un grave problema que afecta la legitimidad de las autoridades, la calidad de las instituciones y la vida de las personas. Pocos ganan con la corrupción y somos muchos más los que perdemos. Por esta razón es necesario continuar trabajando en la ruta de la transformación cultural e institucional, ambas dimensiones son indispensables para erradicar la corrupción como un *modus operandi* socialmente aceptado.

En Colombia, como en muchos países de la región, el recorrido en este proceso lleva varias décadas. En la medida en que se iba ganando conciencia sobre los efectos perniciosos de la corrupción en la gestión del desarrollo, se fueron adoptando algunos ajustes institucionales orientados a incorporar políticas públicas, instancias, medidas y estrategias ya sea, para la prevención, para la investigación y/o para la sanción.

Los mayores avances institucionales se han dado en torno a la generación de condiciones favorables para la prevención de la corrupción. Por ejemplo, es el caso de los desarrollos alrededor de la transparencia en los procesos de contratación (2004), la puesta en marcha de una carrera para el servicio público (2004), la promoción de la rendición de cuentas (2010 y 2015), las garantías del acceso a la información (2014) y para la participación ciudadana (2015), la creación del órgano rector de la contratación (2011) y de una dependencia encargada de la promoción de la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública (2011).

De otro lado, algunas de las medidas que se refieren específicamente a la lucha contra la corrupción en la esfera internacional y nacional son: la adopción de las convenciones anticorrupción (1999 y 2005), declaración de bienes y patrimonio – no pública - (1995),

creación de instancias en la rama ejecutiva para luchar contra la corrupción (1998 y 2011), medidas para la prevención en la administración pública (2011) y reformas al código penal ampliando los delitos de corrupción ligados a los procesos electorales (2017), entre otros.

Este todavía es un corto recorrido en el camino de la lucha contra un fenómeno que, en el caso colombiano, va de la mano de las economías ilegales y el crimen organizado. Por ese motivo es necesario continuar en los caminos tanto de la prevención como de la investigación y la sanción. Eso sí, reconociendo sus dos características: lo sistémico y lo estructural, de nuevo de la mano del crimen organizado y las economías ilegales.

Así las cosas, son dos las dimensiones de la gestión del desarrollo que buscan controlar los actores de la corrupción, por un lado la influencia del poder político y por el otro, la gestión administrativa. A través de este continuum se garantiza no sólo el control de los recursos económicos y fiscales, sino también el control de las instituciones, de los procesos, los resultados, la sociedad y el territorio. Es por esta razón que desde 2002, la Corporación ha concentrado parte de su actividad en identificar las fallas del diseño institucional y las prácticas de funcionarios, que le pueden dar oportunidad a que se generen hechos de corrupción, esto se ha denominado como " identificación de riesgos de corrupción". A partir de estos "mapas de riesgos de corrupción de la institucionalidad estatal" es posible identificar hacia dónde pueden continuar los esfuerzos para blindar a la institucionalidad pública del interés particular.

En este documento se señalan los riesgos de corrupción puntuales relacionados con la gestión de contratación pública. Este análisis contempla el resultado a los procesos de gestión administrativa de 75 entidades del orden nacional de las tres ramas del poder público: 32 gobernaciones, 32 contralorías y 28 municipios capitales de departamentos¹.

1. Toda la información del Índice de Transparencia de las Entidades Públicas se encuentra en www.indicedetransparencia.org.co

Han sido importantes los pasos que se han dado en los años recientes. Sin embargo, por falencias en términos de capacidad de gestión de las entidades encargadas y la pobreza de los presupuestos, muchos de ellos se han quedado en meros arreglos formales que muy poco ayudan a luchar contra este problema. Luchar contra este crimen y transformar los valores y las prácticas sociales que lo respaldan exige decisión, valentía y un empeño de largo aliento. Por esa razón las decisiones institucionales deben ir más allá de la retórica de la lucha contra la corrupción. Deben disponer de recursos públicos para las entidades con competencias y funciones específicas para este propósito; respaldar y fortalecer la investigación y la sanción, y de una vez por todas adoptar una carrera administrativa eficiente y transparente. Estas son tareas urgentes que debe realizar el Estado colombiano.

A continuación, se presentan algunas propuestas orientadas a que el gobierno del Presidente de la República Iván Duque y la Vicepresidenta Martha Lucía Ramírez continúen y profundicen en decisiones que garanticen la lucha contra la corrupción en los procesos de la gestión pública.

Agradecemos los constantes diálogos y deliberaciones con autoridades y servidores públicos del orden nacional, departamental y municipal, así como el diálogo con analistas y expertos. Asimismo, el apoyo de la cooperación de Global Affairs Canadá, a través del programa IMPACT Project. El financiamiento que recibimos a través de esa cooperación hizo posible este trabajo.

Bogotá, junio 2019

RECOMENDACIONES SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública es la herramienta de gestión de recursos públicos más importante que tiene el Estado, es así como garantiza al constituyente primario, el cumplimiento de las metas trazadas en los planes y programas. Concientes de esta realidad, desde hace 17 años, Transparencia por Colombia ha venido evaluando los riesgos de corrupción asociados a la gestión de la contratación pública, a través de la medición de los Índices de Transparencia de las Entidades Públicas (en adelante ITEP), identificando fisuras en los diseños institucionales que permitan la materialización de los hechos de corrupción.

Una revisión de 17 años de resultados del ITEP, estudios, investigaciones, análisis de los últimos años y entrevistas con expertos muestran que las principales dimensiones que afectan la contratación pública en Colombia y que son abordadas a través de estas recomendaciones, son:

- ◆ Los excesos de contratación directa por parte de las entidades públicas en todos los niveles de la administración.
- ◆ Abuso de los regímenes especiales que permiten evadir la obligatoriedad del Estatuto General de la Contratación (en adelante EGC).
- ◆ Normas presupuestales y cultura de ejecución presupuestal que presionan a la tercerización de la contratación y a contratar directamente.
- ◆ Recurrencia de contratistas de prestación de servicios.

A continuación se desarrollará cada uno de los puntos señalados, incorporando un conjunto de medidas que blinden los procesos de contratación frente a la ocurrencia de hechos de corrupción.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

1. EXCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA

De acuerdo con los resultados del ITEP 2015-2016¹ 91,7% de la contratación directa reportada por las entidades del nivel nacional, departamental y municipal, se concentra a través de los contratos interadministrativos y la contratación de prestación de servicios así:

Submodalidad de contratación directa	Monto equivalente	Relación entre los valores de la submodalidad de contratación directa y el total de contratación directa
Contratos Interadministrativos sin incluir los realizados por mandato legal.	16,5 billones de pesos	58.8%
Contratación para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con personas naturales	3,85 billones de pesos	13.7%
Contratación para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con personas jurídicas.	1,98 billones de pesos	7,08%
Contratos suscritos por no haber existido pluralidad de oferentes en el mercado.	1,74 billones de pesos	6.19%
Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.	1,64 billones de pesos	5.84%

Los datos sobre el uso excesivo de la contratación directa ponen de manifiesto la necesidad de una revisión de las causales previstas en la ley y su forma de aplicación, en aras de limitarla a aquellas contrataciones donde no sea posible, en estricto sentido, la pluralidad de oferentes. Esta revisión le correspondería a la Agencia Colombia Compra Eficiente (en adelante ACCE) en cumplimiento de sus funciones³, con el apoyo de la Secretaría de Transparencia. Los resultados de esta modificación implicarían una reforma del Estatuto General de Contratación (en adelante EGC) a través del Congreso de la República; proyecto que puede ser presentado por el Departamento Nacional de Planeación, como cabeza del sector de planeación al cual está adscrito la ACCE.

2. El ITEP en la vigencia 2015-2016 evaluó 75 entidades del nivel nacional que incluye el nivel central de la rama ejecutiva, Departamentos Administrativos, y algunas entidades de la rama legislativa y judicial; así como las 32 gobernaciones y 28 capitales de departamento exceptuando Bogotá, Cali y Medellín.

3. Entre las funciones de Colombia Compra Eficiente están: la racionalización normativa, la expedición de circulares y atención de consultas en materia de contratación estatal y la difusión de mejores prácticas y la coordinación de los programas de capacitación con otras entidades públicas (Colombia Compra Eficiente, 2015).

Por lo tanto, se recomienda:

En relación con los contratos interadministrativos⁴, que el EGC contemple una reforma donde señale que la ejecución de recursos públicos bajo esta submodalidad de contratación, debe hacerse siguiendo los lineamientos de EGC, independiente del régimen jurídico de la entidad ejecutora. Con esto se busca que los recursos celebrados bajo esta submodalidad, se blinden de ser ejecutados por regímenes discrecionales. Ahora bien, mientras se tramita la ley mencionada, las entidades públicas pueden adoptar esta regla en el marco de la autonomía de la voluntad que rige a los convenios administrativos. Un instructivo o recomendación en este sentido pueden ser expedidos por Colombia Compra Eficiente en concurso con la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República.

- **Establecer formas diferenciadas de contratación para la prestación de servicios de asesoría (directa) y de prestación de servicios de apoyo a la gestión (convocatorias públicas).**

Se estima conveniente que se revisen los criterios de selección de contratación directa para la prestación de servicios de asesoría. En la actualidad, esta decisión se soporta en la necesidad de que los asesores contratistas deben ser de la entera confianza de los Directivos, pues ellos los apoyan en los procesos de toma de decisiones. Los servicios de apoyo a la gestión requieren ante todo la identificación de personas idóneas, por lo que no siendo la confianza el argumento principal, pueden hacerse mediante procesos meritocráticos que impliquen convocatorias públicas.

En el corto plazo la medida puede implementarse por las propias entidades, sin necesidad de una modificación legal, pues en el ejercicio de sus funciones pueden restringir la aplicación de la contratación directa y generar procesos de contratación competitivos. Lo deseable es que se haga exigible a las entidades públicas, al menos del orden nacional, mediante una Directiva Presidencial, propuesta por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República.

Es razonable considerar que para lograr la implementación de la recomendación, se hará necesaria una política sobre el plazo de los contratos, pues estos deben tener una duración moderada que compense el esfuerzo de la convocatoria pública y eventualmente que permita un trámite expedito de vigencias futuras.⁵ La permanencia de la medida, más allá del periodo del actual gobierno, en el largo plazo requiere una modificación al EGC que haga la distinción entre las dos modalidades de contratos de prestación de servicios.

4. Los contratos administrativos son una submodalidad de la contratación directa.

5. La expresión "vigencias futuras" hace referencia a la autorización a una entidad pública para asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias fiscales futuras. (Colombia, 2003) Esto es consecuencia del principio de anualidad del presupuesto previsto en el Estatuto Orgánico de Presupuesto: "Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción" (Colombia, 1989).

2. ABUSO DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES.

El marco legal de la contratación pública en Colombia se ha ido conformando con un régimen general de contratación (previsto en la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007, el Decreto Ley 19 de 2012 y la ley 1474 de 2014) y un significativo número de regímenes especiales. Varios autores señalan, aunque con cifras diferentes, la proliferación de estos regímenes. Pizano Wagner, Trujillo Durán & Younes Becerra (2009), identifican al menos 10, y Barreto Moreno A.A. (2018) afirma haber identificado 150 regímenes especiales bajo el marco normativo colombiano. Algunas entidades de naturaleza y régimen especial reproducen las normas del EGC en sus manuales de contratación, sin embargo, no aplican los desarrollos jurisprudenciales, circulares de los órganos de control o de Colombia Compra Eficiente propios del EGC que limitan el riesgo.

Por lo anterior se recomienda:

- **Limitar los regímenes especiales a las entidades públicas que se encuentran en situación de competencia con el sector privado.**

Se debe limitar la exigencia de regímenes especiales solo a aquellas entidades públicas, que, en función de su misión, participan en el mercado en condiciones de competencia. En este contexto, la flexibilidad que aportan los regímenes especiales se justifica para garantizar que el mercado en el que interactúan las entidades públicas y privadas no sufra distorsiones (ni a favor, ni en contra) como consecuencia de las diferencias regulatorias. Si bien esta restricción reduciría notable y razonablemente los escenarios de riesgo de corrupción, los regímenes especiales que se mantengan deben estar acompañados por medidas como las descritas en los siguientes puntos del capítulo.

La flexibilidad asociada a los regímenes especiales se ha utilizado para favorecer la posibilidad de la contratación directa, alegando que ello lo permite el derecho privado. Si el Gobierno Nacional verdaderamente desea “limitar los criterios para la contratación directa”,⁶ no debe restringirse a hacer ajustes en la reglamentación del Estatuto General de la Contratación sino cerrar este otro espacio (limitar los regímenes especiales que tienen las entidades públicas) que es calificado por uno de los entrevistados⁷ como una “vena rota” de los recursos públicos (Beltrán Pardo, 2018). (Beltrán Pardo, comunicación personal, 17 y 26 de julio de 2018).

Los regímenes especiales se han creado por ley⁸, por lo tanto su eliminación requiere un acto de igual naturaleza. El Departamento Nacional de Planeación - DNP, con el apoyo de la Agencia

6. Propuesta 29 “Los criterios para contratación directa serán limitados y de aplicación estricta. Una modalidad de concurso ‘rápido’ asistido por tecnologías digitales como Blockchain se establecerá para dar dinamismo a contrataciones menores, urgentes y especiales que así lo ameriten, garantizando transparencia y trazabilidad al proceso (Duque & Ramírez, 2018).

7. En el marco de los desarrollos de estos análisis se realizaron entrevistas con expertos.

8. Barreto Moreno (2018) identifica tres formas a través de las cuales se exceptúa una entidad del régimen del Estatuto General de la Contratación -EGC: 1) sometimiento expreso de la entidad al derecho privado; 2) indicación explícita de no estar sometida la entidad al EGC; y 3) definición del régimen especial.

Colombia Compra Eficiente, es la entidad pública competente para presentar a consideración del Congreso dicho proyecto.

- **Regular los regímenes especiales para que desarrollen los principios de la contratación pública en estos escenarios.**

Si bien la ley 1150 de 2007 establece que los regímenes especiales deben obedecer a los principios de la contratación pública, se requiere su desarrollo pues la distancia entre el principio (general y abstracto) y la realidad contractual, genera un espacio de interpretación que es aprovechado.

Este vacío normativo puede desaparecer a través de la expedición de decretos reglamentarios del EGC, tal como ocurrió con el decreto 92 de 2017, el cual desarrolla los principios aplicables a la contratación directa con Entidades sin Ánimo de Lucro. Tales decretos deberían ser iniciativa del DNP, como entidad cabeza de sector y elaborados con el apoyo técnico de ACCE, para hacer explícita la obligación de las entidades públicas de régimen especial de aplicar las circulares de la Agencia Colombia Compra Eficiente.

- **Revisión de los procedimientos contractuales derivados del Estatuto General de Contratación para reducir la diferencia en tiempos.**

Si el argumento en favor de los regímenes especiales es la celeridad en los procesos de selección del contratista, se debería hacer una evaluación de los pasos y condiciones del régimen del EGC para cerrar la brecha entre ambos. De esa manera se atiende la causa del problema y se reducen los incentivos a la creación innecesaria de nuevos regímenes especiales.

Dado que los procesos y procedimientos de las entidades (y su eficiencia), responden también a sus restricciones de personal, tecnología y misionalidad, esta revisión implica un trabajo de investigación interdisciplinario sobre una muestra de entidades estadísticamente representativas.

Por las condiciones antes mencionadas, esta propuesta debería ser fruto de un trabajo coordinado entre el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Departamento Nacional de Planeación – DNP – en asocio con la ACCE. El resultado de la revisión podría suponer modificaciones al EGC, iniciativa que le compete al DNP y al DAFP.

3. NORMAS PRESUPUESTALES Y CULTURA DE EJECUCIÓN PRESUPUESTAL QUE PRESIONAN A LA TERCERIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN Y A CONTRATAR DIRECTAMENTE.

Una justificación para el empleo de mecanismos de tercerización de la contratación y/o de contratación directa es la velocidad en el proceso frente a la ejecución del presupuesto. Una idea común y errada, es considerar que la contratación directa o tercerizada brinda mayor celeridad que los procesos competitivos. Ese menor tiempo es relevante para la entidad pública especialmente cuando los procesos de contratación entran en tensión con la necesidad de ejecutar el presupuesto dentro del año fiscal (principio de anualidad).⁹

Las tensiones con la ejecución anual del presupuesto provienen de dificultades para iniciar la contratación desde comienzos del año. En el análisis de resultados del ITEP 2015-2016 se encontró que a agosto de 2015 en los tres niveles (nacional, departamental y municipal) que la ejecución del presupuesto tímidamente llegaba al 50%. Esto demuestra una cultura que lleva a concentrar la ejecución presupuestal en el segundo semestre del año y a circunstancias adversas como el aplazamiento del presupuesto.

Las normas presupuestales exigen que los procesos de contratación se lleven a cabo sólo si se cuenta con disponibilidad presupuestal¹⁰, esta disponibilidad sólo es posible a partir del 1 de enero de la vigencia fiscal respectiva, salvo los trámites que cuentan con aprobación de vigencias futuras (circunstancia excepcional)¹¹.

Se recomienda la modernización de las normas presupuestales y su coordinación con la normatividad contractual. El ajuste debería considerar, entre otros, los siguientes aspectos:

- A.** Analizar la posibilidad que la planeación misional y contractual, junto con la ejecución presupuestal deberían realizarse con un horizonte de dos años y no anual como se hace hoy en día. Esta planeación y ejecución por bienios permite advertir con mayor claridad las necesidades de las entidades públicas, comunicarlas con suficiente anticipación a los interesados y hace más razonables los plazos contractuales.
- B.** Revisar la normatividad que regula las vigencias futuras en relación con la contratación de bienes y servicios que no pueden ser interrumpidos (por ejemplo: alimentación y transporte escolar, proveedor de la página web y vigilancia entre otros).

9. Una de las grandes dificultades del proceso de contratación, sin hablar aún de corrupción, es el tema presupuestal. La anualidad hace que se tergiversen realidades para superar las restricciones. Las normas presupuestales en Colombia están obsoletas, pensadas para gastarse la plata en un año. No están estructuradas en una lógica de compra y abastecimiento, de un buen comprador. Como no tienen esa lógica, es difícil proyectar compras de largo aliento.

10. Decreto 111 de 1996, artículo 71. "Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos (...)". (Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 1996).

11. Decreto 111 de 1996. Artículo 23 Artículo 24. El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. (...) (Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 1996).

- C. Las normas respecto al aplazamiento de presupuesto deberían estar acompañadas con mecanismos automáticos de autorización de vigencias futuras para evitar la presión a tercerizar la ejecución presupuestal o incentivar la contratación directa.
- D. El Plan Anual de Adquisiciones (en adelante PAA) o de contratación debería comenzar a elaborarse, al menos como anteproyecto, desde que se aprueba el Presupuesto General de la Nación (o de la entidad territorial) en el mes de octubre. De tal manera que éste pueda publicarse con mayor antelación a la actual, idealmente a comienzos del mes de diciembre del año anterior a su ejecución.

La medida propuesta en el numeral A puede desarrollarse en el corto plazo, mediante las instrucciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante MHCP) para la elaboración del proyecto de ley anual de presupuesto, exigiendo que se haga la proyección de gastos a dos años (diferenciando las anualidades) y las partidas que requieren ejecutarse con continuidad de un año a otro.

Esta opción requerirá para su plena eficacia, estar acompañada de una modificación de los procesos de aprobación de vigencias futuras para hacerlos más expeditos, especialmente en casos como los citados en el numeral B. Este ajuste implica una reforma de la Ley 819 de 2003, iniciativa que correspondería al MHCP.

En el mediano plazo, extender la medida a la expedición de presupuestos bianuales implicaría una reforma del artículo 346 de la Constitución Política, iniciativa que, por competencia, estaría a cargo del MHCP.

Como se menciona en la medida C las normas respecto al aplazamiento de presupuesto, deberían estar acompañadas con mecanismos automáticos de autorización de vigencias futuras. Para ello, es necesario modificar la ley 819 de 2003 sobre el régimen de apropiaciones de vigencias futuras, tema que es del resorte del MHCP.

Respecto a la medida enunciada en el numeral D sobre el PAA, se entiende que una vez aprobado el presupuesto por el Congreso (aunque no se haya sancionado aún la ley) se cuenta con la información sobre la disponibilidad presupuestal para la vigencia correspondiente. Esta información, sumada a la identificación de necesidades que dieron sustento al proyecto de presupuesto, le permitiría a las entidades públicas elaborar sus PAA y publicarlo mucho antes de la fecha límite establecida por la ley 1474 de 2011.¹²

Para implementar esta mejora en el proceso de planeación y difusión de la información a futuros oferentes, se requiere al menos una circular de Colombia Compra Eficiente en ese sentido. Probablemente sea necesario en el mediano plazo una modificación del Decreto 1082 de 2015¹³ en aras de fortalecer el carácter vinculante de la medida, tema que es de competencia del DNP.

12. Ley 1474 de 2011, "Artículo 74 Plan de Acción de las Entidades Públicas. A partir de la vigencia de la presente ley, todas las entidades del Estado **a más tardar el 31 de enero de cada año**, deberán publicar en su respectiva página web el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, **los planes generales de compras** y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión („,„)" (negrilla no hace parte del texto original) (Colombia, 2011). Los planes generales de compras corresponden al Plan Anual de Adquisiciones – PAA (Colombia Compra Eficiente).

13. Decreto 1082 de 2015 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional".

4. RECURRENCIA DE CONTRATISTAS

La persistencia y concentración de contratistas es un tema que requiere ser observado para identificar si su manifestación corresponde o no a una alteración de los escenarios de competencia que deben caracterizar a la contratación pública. Ya se trató previamente la contratación directa como un fenómeno atípico, por lo que en esta sección se hace énfasis en las dificultades dentro de las modalidades de selección competitivas.

El análisis de resultados del ITEP 2015-2016, muestra que el mayor número de contratos de contratación directa, se concentran en los de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Del total de contratos directos, el 79% corresponde al nivel nacional, el 83% al nivel departamental y el 89% al nivel municipal. La siguiente tabla muestra el número de contratos celebrados en la vigencia 2015 por las entidades evaluadas en el ITEP:

	Submodalidades de contratación directa	Índice de Transparencia Nacional	Índice de Transparencia Departamental	Índice de Transparencia Municipal
A.	Contratos realizados por medio de la modalidad de Urgencia Manifiesta	296	30	22
B.	Contratos Interadministrativos suscritos por la entidad (No incluir los realizados por mandato legal)	981	2.257	336
C.	Contratos Interadministrativos por mandato legal (E.G cuando solo son para transferencia de recursos)	329	338	347
D.	Contratos suscritos por la entidad para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas	1.012	628	20
E.	Contratos de encargo fiduciario suscritos por la entidad	24	8	4
F.	Contratos que suscribió la entidad de manera directa por no haber existido pluralidad de oferentes en el mercado	3.743	387	123
G.	Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con personas naturales	68.418	23.823	32.691
H.	Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con personas jurídicas	5.649	1.126	2.671
I.	Contratos de arrendamiento o adquisición de inmuebles suscritos por la entidad	5.812	270	415

- **Los pliegos tipo**

ITEP 2015-2016 analizó los procesos en los que se presentó un único proponente a licitaciones de obra pública, los resultados muestran que este riesgo de corrupción se dio en 75% de los municipios, 66% de las gobernaciones y 4% de las entidades nacionales evaluadas en la vigencia señalada. Por otro lado, un estudio de la Cámara Colombiana de la Infraestructura muestra que, a juicio de los encuestados, los procesos terminan en un único proponente habilitado por manipulación de los pliegos para beneficiar a terceros. Al requerir “experiencia específica que casi nadie cumple”, exigir “requisitos habilitantes” que no corresponden a la realidad de la industria por proyectos mal estructurados, lo que espanta a competidores potenciales (Meléndez, 2015, pág. 39) y por incumplimiento de detalles inocuos en el proceso. Es por esta razón, que los pliegos tipo se convierten en un valioso instrumento de la lucha anticorrupción, al limitar el espacio para sesgar los requisitos habilitantes.

En respuesta a esta problemática, la Ley 1882 de 2018 estableció la obligatoriedad de los pliegos tipo para algunas modalidades de contratación, que suponen una restricción a la capacidad de las entidades públicas de poder direccionar los procesos de selección al predefinir los requisitos habilitantes, la depuración de requisitos, etc. Sin embargo, la ley se queda corta al no abordar unos vacíos que el proyecto de ley anticorrupción (PL 082 de 2018) pretende recoger. Ahora bien, es tan solo un instrumento que no puede ser aplicado a todos los procesos de contratación pública, pues esto iría en detrimento de los principios de contratación pública como la eficiencia y celeridad.¹⁴

Por lo anterior, las recomendaciones que se presentan recogen los vacíos de la Ley 1882 de 2018 y los del Proyecto de Ley 1882 de 2018:

- ◆ Incluir para el uso de pliegos tipo a todas las entidades, independientemente de su naturaleza o régimen, como son sociedades de economía mixta, alianzas público-privadas (APP) (incluyendo aquellas que tengan 50% o menos de participación del Estado) y a las empresas industriales y comerciales del Estado que no se consideran como entidades de derecho público.
- ◆ Reglamentar los pliegos tipo. Deben hacerse en 6 meses y por decreto, y fijar los plazos y frecuencias para la actualización de los pliegos tipo. Además, deberán establecerse otros 6 meses posteriores a la reglamentación para la implementación efectiva de la norma en todas las entidades.

Frente al decreto firmado por el Presidente de la República el 4 de marzo de 2019 sobre los pliegos tipo de infraestructura de transporte se recomienda:

- ◆ Incluir a las entidades que están sujetas al régimen especial de contratación y a las alianzas público-privadas (APP), pues solo se concentra en entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración (entidades estatales¹⁵).

14. Ley 1882 de 2018 “Artículo 4º (...) Parágrafo 7º.

15. Ley 80 art. 1, a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

- ♦ Mayor claridad sobre el parágrafo E. Formularios “Cuando la entidad estatal utilice SECOP II, o el sistema que haga sus veces, debe adaptar el contenido de los Documentos Tipo a esta plataforma.” Específicamente cuando se refiere al sistema que haga sus veces, deja abierta la puerta para que se publique en otros sistemas como el que administra la Auditoría General de la Nación, SIA Observa o el de Gestión Transparente de la Contraloría de Antioquia, lo cual va en contravía del mandato de publicidad a través del SECOP como plataforma exclusiva.
- ♦ Al aplicar a licitaciones de obra pública de transporte, deja por fuera, las demás modalidades de contratación a través de selección objetiva como la selección abreviada. Adicional, al señalar “de obra pública de transporte” también deja por fuera el resto de obras públicas como la construcción de colegios, hospitales y todo lo diferente a transporte.

- **Información sobre requisitos habilitantes.**

Por otra parte, una mejora en la definición de los requisitos habilitantes en los pliegos tipo, debe estar acompañada de un sistema de información. Actualmente el Registro Único de Proponentes (en adelante RUP) no satisface adecuadamente tales requerimientos, pues cumple una función de mero de registro, sin ninguna validación o revisión crítica de la información allí consignada. Así las cosas, no hay garantía sobre la completitud de la misma. Según De Vivero Arciniegas (2018) la información se actualiza anualmente en abril, desconociendo el carácter dinámico de la información empresarial y según Oyuela Soler (2018), no ofrece certeza en materia de sanciones a los contratistas. El sistema vigente permite que existan contratistas hábiles para la presentación de propuestas, pero malos en la ejecución de los contratos. (De Vivero Arciniegas, 2018) (Quintero Navas, 2018).

Las condiciones señaladas del RUP lo han convertido en un requisito formal con poco impacto en la gestión del riesgo en la contratación de las entidades públicas, por lo tanto, se busca elevar el nivel de exigencia de este requisito para que pase de ser un formalismo, a un requisito integral que permita a los tomadores de decisión, conocer lo ya exigido en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

En este contexto se recomienda, entre otras, las siguientes acciones:

- A.** Ampliar los requisitos exigidos en el RUP para que estos incluyan, además de los ya señalados en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, el listado de los beneficiarios reales de las empresas y sociedades registradas. Esto implica una modificación por parte de la Cámara de Comercio de los formularios de registro.
- B.** Establecer periodicidades diferentes para la actualización de la información (inferiores a un año) teniendo como criterio, por ejemplo, la cuantía de los contratos en los que una empresa estaría interesada y en capacidad de participar (entre mayor sea la cuantía, mayor periodicidad en la actualización de la información por el riesgo inherente que implica un contrato fallido).
- C.** La integración del RUP con el SECOP II¹⁶. Para el cumplimiento de la finalidad del SECOP II de servir como plataforma transaccional un elemento significativo es la información asociada a los

16. “El SECOP II funciona como una plataforma transaccional con cuentas para las Entidades Estatales y los Proveedores. Cada cuenta tiene unos usuarios asociados a ella. Desde sus cuentas las Entidades Estatales crean, evalúan y adjudican procesos de contratación. Los proveedores pueden hacer comentarios a los Documentos del Proceso, presentar ofertas y seguir el proceso de selección en línea”. (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

requisitos habilitantes de los oferentes, por lo que la integración entre ambos sistemas es indispensable.

Aunque el SECOP ha progresado en cuanto al número y calidad de la información publicada¹⁷, se recomienda que en este sistema se incluya información relevante para la selección de los mejores contratistas y el control ciudadano como la experiencia de los contratistas, estado de los contratos pasados que hayan sido firmados por entidades públicas, aspectos positivos y problemas durante los procesos de contratación pasados, calificaciones de los contratistas, si los contratistas son aportantes a campañas políticas, miembros de órganos administrativos de las empresas, y las relaciones principales de la empresa o persona contratista que pudieran alertar sobre posibles conflictos de intereses, para lo cual se deberían integrar los datos de SECOP con los del Registro Único Empresarial (RUES) y el Registro Único de Proponentes (RUP) de las diferentes Cámaras de Comercio.

La posibilidad de establecer diferentes periodicidades para la actualización de la información del RUP, se puede materializar mediante una modificación del Decreto 1082 de 2015, por parte del DNP.

Finalmente, la integración o interacción entre el RUP y el SECOP II exige el desarrollo de un proyecto de cooperación entre ACCE (administradora del SECOP), Confecámaras, el DNP y el MHCP. Por la relevancia de este proyecto, podría ser liderado por la Vicepresidencia de la República en virtud de las funciones confiadas por Decreto 1714 de 2018.

- **Agregación de demanda**

En escenarios en los que el reducido tamaño de la demanda de bienes o servicios por el sector público dificulta la realización de procesos competitivos exitosos (no declarados desiertos o con más de un proponente habilitado), los Acuerdos Marco de Precio- AMP contribuyen activamente a la transparencia. Esto, al facilitar la pluralidad de oferentes, gracias a que la consolidación de la demanda de un bien o servicio de varias entidades, hace más atractivo para el sector privado la participación en los procesos.

No obstante, las entidades territoriales no han hecho uso extendido de los AMP para ampliar la participación en los procesos competitivos, reducir los niveles de persistencia de contratistas y la contratación directa. El Observatorio Anticorrupción de la Secretaría de la Transparencia informa que sólo 15 entidades territoriales (entre departamentos, distritos y municipios) suscribieron compromisos regionales por la transparencia que incluyen el uso de los AMP y la Tienda Virtual (Observatorio de Transparencia y Anticorrupción, 2018). Por lo tanto, se recomienda:

- ♦ La creación de una directiva donde se establezca el uso de los AMP cuando los precios sean mejores que los del mercado, previa cotizaciones, para las entidades territoriales, y las demás autoridades públicas que hoy pueden acudir a ellos de forma facultativa (parágrafo 5° del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007). Esta obligatoriedad no implica que tales entidades deban adoptar los AMP celebrados por ACCE, este aspecto debe seguir siendo facultativo en

17. Para 2016 el SECOP llegó a 821.492 procesos contractuales publicados del nivel nacional, y 213.458 en el nivel territorial, superando el millón de procesos contractuales publicados (Zuleta, Saavedra & Medellín, 2018).

aras de la necesaria autonomía frente al Gobierno Nacional que requieren las entidades territoriales, la Rama Legislativa, la Rama Judicial y los órganos de control.

- ♦ Para el caso de las entidades territoriales, se recomienda usar los AMP con carácter regional o al menos provincial (agrupación de municipios) para garantizar que se dé un verdadero proceso de agregación de demanda y así atender la problemática mencionada. Esta iniciativa implica una reforma de la ley 1150 de 2007. Al igual que en la recomendación anterior, esta modificación puede ser propuesta por el DNP como cabeza del Sector Administrativo de Planeación.

La implementación de la medida requiere un acompañamiento cercano de ACCE a las entidades involucradas, para que puedan desarrollar sus propios AMP o adoptar total o parcialmente los ya previstos por ACCE.

BIBLIOGRAFÍA

- **Barreto Moreno, A. A.** (25 de Mayo de 2018). Razones para una intervención integral de los regímenes especiales de contratación en Colombia. *Ámbito Jurídico*. Recuperado el 20 de Septiembre de 2018, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administrativo-y-contratacion/razones-para-una-intervencion-integral-de-los>
- **Beltrán Pardo, J. H.** (17 y 26 de Julio de 2018). (C. Mendoza Rozo, Entrevistador)
- **Camargo Salas, F.** (2 de agosto de 2018). Director Empleo Público del Departamento Administrativo de la Función Pública. (M. A. Blanco, & A. M. Avella, Entrevistadores)
- **Cediel de Peña, M. C.** (13 de Agosto de 2018). (C. Mendoza Rozo, Entrevistador)
- **Colombia Compra Eficiente.** (s.f.). *¿Qué es el SECOP ii?* Recuperado el 23 de Agosto de 2018, de Colombia Compra Eficiente sitio web: www.colombiacompra.gov.co/secop-ii/que-es-el-secop-ii
- **Colombia Compra Eficiente.** (s.f.). *Preguntas Frecuentes Plan Anual de Adquisiciones*. Recuperado el 2 de Octubre de 2018, de (Colombia Compra, preguntas sobre el Plan Anual de Adquisiciones) https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20150617preguntasfrecuentespaa.pdf
- **Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.** (15 de Enero de 1996). Decreto 111 de 1996. *Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto*. Recuperado el 2 de Octubre de 2018, de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=qR9O2PFCBN7H7MRgovtfBUvt0mxKR-lo2ilHGFDFaiexMV72mX6q!-89808455?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6220602.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- **Colombia. Registraduría Nacional del Estado Civil.** (2018). Tarjetón Electoral Voto para Consulta Popular Anticorrupción. Recuperado el 3 de Octubre de 2018, de https://www.vencealcorrupto.com/wp-content/uploads/2018/07/tarjeton_electoral_consulta_anticorrupcion_20180718.pdf
- **Congreso de la República.** (2014). *Ley 1712 de transparencia y del derecho de acceso a la información pública*. Bogotá.
- **De Vivero Arciniegas, F.** (16 de Agosto de 2018). (C. Mendoza Rozo, Entrevistador)
- **Garay, L. J., Salcedo Albarán, E., León-Beltrán, I., & Guerrero, B.** (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.

- **Hussmann, K.** (2018 йил 18-julio). (K. Cruz, & M. Blanco, Interviewers)
- **Klitgaard, R.** (1988). *Controlling Corruption*. University of California Press.
- **Longo, F., & Ramió, C.** (2008). *La profesionalización del empleo público en América latina*. Barcelona: Ediciones Ballesterna.
- **Meléndez, M.** (2015). *Percepciones y evidencia sobre la contratación pública en Colombia*. Bogotá: EconEstudio/Asesorías y Estudios Económicos. Recuperado el 16 de Julio de 2018, de <http://www.infraestructura.org.co/documentos/economicos/INFORME%20FINAL%20ESTUDIO%20CONTRATACION%20PUBLICA.pdf>
- **OCDE.** (2017). *Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia: Invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo*. From OECD Publishing: <https://doi.org/10.1787/9789264278646-es>
- **Oyuela Soler, J. J.** (30 de Julio de 2018). (C. Mendoza Rozo, Entrevistador)
- **Quintero Navas, G. A.** (13 de Agosto de 2018). (C. Mendoza Rozo, Entrevistador)
- **Rincón, J., & al., e.** (2017). *Efectividad de los procesos a cargo de la CNSC*. ESAP Mestría en Administración Pública. Bogotá: Investigación colectiva.
- **Segura Restrepo, F.** (24 de julio de 2018). Director de Participación, Transparencia y Servicio al Ciudadano de Departamento Administrativo de la Función Pública. (K. Cruz Parra, & A. M. Avella Merchán, Entrevistadores)
- **Sepúlveda, J. A.** (25 de julio de 2018). Comisionado Comisión Nacional del Servicio Civil. (K. Cruz Parra, & A. M. Avella, Entrevistadores)
- **Transparencia por Colombia.** (2014). *Guía práctica para la elaboración de mapas de riesgos y planes anticorrupción*. Bogotá.
- **Transparencia por Colombia.** (2017). *Índice de Transparencia de las Entidades Públicas 2015-2016*. Bogotá.
- **Transparency International.** (2018). *A best practice guide for whistleblowing legislation*. From Sitio web de Transparency International: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/best_practice_guide_for_whistleblowing_legislation
- **Zuleta, M. M., Saavedra, V., & Medellín, J. C.** (2018). *Fortalecimiento del sistema de compra pública para reducir el riesgo de corrupción*. Bogotá: Fedesarrollo. Recuperado el 18 de Septiembre de 2018, de <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3544>



**TRANSPARENCIA
POR COLOMBIA**

CAPÍTULO TRANSPARENCIA INTERNACIONAL

www.transparenciacolombia.org.co