

# **TEMA DE INTERÉS COLECTIVO: HACÍA UN MARCO NORMATIVO PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**Secretaría Técnica de Mecanismos de Cooperación Jurídica  
Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA**

## **PRESENTACIÓN**

El presente documento fue elaborado por la Secretaría y presentado y distribuido en la segunda reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual tuvo lugar entre los días 20 y 24 de mayo de 2002, en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de América<sup>1</sup>.

Como en ese momento se expresó, se trataba de una contribución de la Secretaría cuyo objetivo era facilitar el comienzo de la consideración del primer tema de interés colectivo seleccionado por el Comité.

De acuerdo con lo anterior, el contenido y las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de la Secretaría, la cual tiene los derechos de propiedad intelectual sobre el mismo.

El Comité, en su cuarta reunión, adoptó una metodología<sup>2</sup> para la consideración de este tema de interés colectivo. Dicha metodología, además de describir los antecedentes, define los objetivos, el producto final que se espera obtener como resultado de la consideración de este tema por el Comité y el procedimiento que éste seguirá para el efecto.

La segunda fase del procedimiento adoptado prevé un amplio intercambio de información, experiencias y prácticas óptimas, con la participación de los Estados Partes, organizaciones internacionales, representantes del sector privado, instituciones académicas, de investigación, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil. Asimismo, la tercera fase dispuesta establece que, una vez se considere agotada la fase anterior, el Comité procederá a la elaboración y adopción de sus recomendaciones en relación con el tema de interés colectivo. Este será el producto final como resultado de la consideración del tema por el Comité.

En este sentido, el presente documento, como se dijo, fue apenas un aporte inicial de la Secretaría y no tiene la pretensión de constituirse en el eje de las deliberaciones del Comité en la materia o en la base de las recomendaciones que éste elaborará sobre el particular. Lo anterior sin perjuicio de que, si así lo decide el Comité, pueda recoger en sus recomendaciones ideas que se presentan en este texto.

Para la elaboración de este documento, la Secretaría tuvo en cuenta información, sobre desarrollos dados en la materia en Estados y en otras organizaciones internacionales, proveniente de diversas fuentes y de una consultoría. No obstante, el documento no ha buscado

---

<sup>1</sup> El documento fue también considerado en el marco de la cuarta reunión del Comité de Expertos, la cual se realizó entre los días 14 y 18 de Julio de 2003, en la sede de la OEA, en Washington D.C., Estados Unidos de América.

<sup>2</sup> La metodología adoptada por el Comité se encuentra publicada en la página del Mecanismo en *Internet*.

ser exhaustivo ni agotar el tema. Apenas, como se ha expresado, aspiraba a presentar algunas ideas iniciales o preliminares sobre el particular.

Dado lo anterior, las ideas incorporadas en este texto tampoco han tenido la pretensión de ser originales o de expresar una suerte de “verdad revelada” –la cual, por cierto, parece no existir- en un campo tan complejo de las políticas públicas. De hecho, los conceptos aquí presentados no solamente son controvertibles sino que es altamente probable que todos o algunos de ellos puedan ser controvertidos o dar lugar a opiniones contrapuestas.

Con las anteriores precisiones sobre su alcance, conviene finalmente decir que, en cuanto a su contenido, el documento se divide en dos partes. En la primera se formulan algunas consideraciones sobre la contratación estatal como instrumento de la inversión pública y como fuente de prácticas corruptas y sobre un posible “mapa de riesgos” de corrupción en las diferentes etapas de la actividad contractual. En la segunda se incluyen ideas sobre elementos normativos que se sugieren como básicos para prevenir la corrupción en los procesos de contratación pública.

## **1. EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN**

### **1.1. La contratación estatal como instrumento de la inversión pública y como fuente de prácticas corruptas.**

Existe pleno consenso en los países sobre la importancia de la actividad contractual como instrumento que tienen las instituciones públicas para la realización de los fines que les son inherentes. Esta realidad ha venido adquiriendo mayor relevancia con los procesos de cambio que se iniciaron desde hace algunos años en todas las latitudes y que tienen que ver fundamentalmente con los procesos de globalización y de integración de las economías, así como con la transformación del papel del Estado y de sus modalidades de intervención.

La magnitud de los intereses económicos involucrados en los procesos de contratación pública y su trascendencia para el crecimiento y el desarrollo de los países, han puesto de manifiesto la creciente importancia nacional e internacional del tema. A nivel universal bastaría con citar que, según la Organización Mundial de Comercio, la contratación pública representa entre el 10 y el 15 por ciento del PIB, sin incluir los bienes relativos al área de defensa.

La importancia de este tema en los países del Hemisferio Americano es similar o aún mayor. Según estimaciones del Banco Interamericano de Desarrollo en apenas un año (1996), los gobiernos de América Latina y el Caribe gastaron entre 131.000 y 197.000 millones de dólares de ese año. Muy seguramente en la actualidad esa cifra también se ha incrementado significativamente.

En consecuencia, el régimen normativo de los contratos estatales constituye un elemento de inmensa importancia para el desarrollo económico y social de los países dada su estrecha relación con la inversión pública pero, paralelamente y en razón de esa misma circunstancia, ha

sido infortunadamente un campo propicio como el que más para la proliferación de prácticas corruptas.

En este sentido se afirma con acierto que la corrupción adopta múltiples formas, pero probablemente ninguna está más extendida ni tiene un costo tan elevado como la relativa a los contratos que la administración pública celebra para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras. La explicación reside sencillamente en que, como se ha resaltado, la contratación representa normalmente una significativa proporción del gasto público en todos los niveles del Estado.

El volumen de recursos que los países invierten mediante el instrumento de la contratación es supremamente elevado como inequívocamente se deduce de las cifras de la OMC y del BID, atrás mencionadas. Por consiguiente, el potencial de recompensa o de retribución económica como contraprestación ilícita de las decisiones administrativas que de una u otra forma benefician a un proponente en una licitación o a un contratista particular, es prácticamente incalculable.

Esta realidad se evidencia en los grandes proyectos de infraestructura (v.gr. construcción de aeropuertos, represas, vías) y de servicios públicos que, con frecuencia, son los que dan lugar a los más sonados casos de corrupción. Sin embargo, no es menos cierto que las prácticas corruptas también se evidencian en aquellos contratos de menor magnitud relativos a la adquisición de bienes y equipos de elevado precio (maquinaria, repuestos, vehículos, etc), como también en aquellos de uso cotidiano como material de oficina, uniformes y otros insumos que se adquieren o contratan en volúmenes o cantidades significativas todos los años.

Es igualmente evidente que las prácticas corruptas en este sector de la gestión pública evolucionan y se extienden, en general, a toda la actividad contractual del Estado (v.gr. contratos de consultoría y prestación de servicios), de modo que casi ninguna modalidad contractual puede decirse que está exenta de propiciar oportunidades de corrupción, siendo en la actualidad una de las más destacadas por su complejidad y valor la concerniente a la tecnología de la información.

Ahora bien, las posibilidades reales de controlar la corrupción en este importante sector de la gestión pública exigen, como uno de sus presupuestos mínimos esenciales, la adopción de un sistema normativo integrado por una serie de elementos y principios que, en su conjunto, reduzcan las oportunidades y los espacios que propician las prácticas corruptas. Sin embargo, oportuno es subrayarlo, buenas normas no son suficientes pero son ciertamente necesarias puesto que el marco o sistema normativo constituye uno de los ejes centrales de una estrategia anticorrupción.

## **1.2. Mapa de riesgos de corrupción en las diferentes etapas de la actividad contractual.**

El análisis de la inversión de los recursos públicos a través del mecanismo de la contratación permite identificar un mapa de vulnerabilidad asociado a las diferentes etapas que generalmente integran el respectivo proceso o trámite administrativo contractual. Este mapa de

riesgos de corrupción en la contratación pública abarca, por lo tanto, desde la propia decisión política hasta la celebración y ejecución de los contratos. Resulta relevante identificar la vulnerabilidad del proceso en cada etapa en orden a precisar los elementos normativos básicos que permitan contribuir a la reducción de los espacios y de las oportunidades que propician las prácticas de corrupción en ese sector de la gestión pública.

### **1.2.1. En la adopción de la decisión política.**

Las condiciones en las cuales se toman las decisiones políticas para la inversión de los recursos públicos son fundamentales para generar confianza sobre la manera como se adelantará el proceso de contratación más adelante. Los potenciales riesgos de corrupción se presentan precisamente en aquellos procesos en los que la decisión de ejecutar el proyecto está asociada a compromisos adquiridos con sectores políticos, con un grupo económico en particular, o con grupos de interés con suficiente capacidad de presión para que se adopten decisiones que los favorezca. No puede desconocerse que en muchos casos la importancia, impacto o magnitud de un proyecto y la influencia de intereses particulares alrededor del mismo, pueden propiciar este tipo de compromisos políticos para la inversión de los recursos públicos. Los procesos de “negociación” que se pueden dar en el curso de campañas electorales o en el desarrollo y manejo de las relaciones entre el ejecutivo y los demás poderes, pueden llevar a que se “defina por anticipado” los destinatarios y/o ejecutores de los recursos públicos en detrimento del interés general.

Aunque ciertamente contrarrestar esta práctica exige mucho más que estrategias normativas, es importante resaltar la necesidad de ciertos mecanismos que permitan, por ejemplo, garantizar la independencia del gobernante y de su equipo al momento de tomar las decisiones sobre la inversión de los recursos públicos, complementados con la posibilidad eficaz de intervención ciudadana en la vigilancia, seguimiento y control de dichas decisiones. En este sentido pueden tener significativa importancia los esfuerzos dirigidos a institucionalizar la planeación participativa que permita la discusión sobre decisiones cuya magnitud o impacto requieran de ese espacio comunitario de evaluación y análisis.

### **1.2.2. En la contratación directa o sin licitación.**

En aquellos eventos en los que la legislación permite adjudicar contratos sin mediar el trámite de la licitación pública, existe un mayor riesgo de corrupción cuando domina la convicción equivocada según la cual contratación directa, simplificada o sin licitación pública equivale a contratación discrecional o arbitraria. Es claro que determinadas situaciones definidas en la ley ameritan excluir ciertas contrataciones del procedimiento ordinario de la licitación en orden a imprimir eficiencia y agilidad a la gestión pública, por ejemplo, en circunstancias de urgencia o en contrataciones de reducida cuantía. En este sentido, es importante que, de una parte, la ley defina con carácter estrictamente excepcional los casos en que procede la contratación sin licitación y que establezca de manera perentoria que dicha contratación debe estar claramente sustentada en la excepción legal correspondiente, presidida por el principio de selección objetiva (que implica la prohibición de criterios subjetivos, arbitrarios o caprichosos), y sometida al cumplimiento de requisitos mínimos que excluyan la discrecionalidad y contribuyan a la transparencia.

Cabe agregar que la presencia frecuente de reglamentaciones y procedimientos diferentes y dispersos, bien por la naturaleza de la entidad pública o bien, por ejemplo, por el origen de los recursos, suelen configurar otras modalidades de excepción al procedimiento licitatorio o a determinadas reglas de selección que pueden afectar la transparencia y propiciar prácticas corruptas. En este aspecto concreto, el sistema normativo debe apuntar a cubrir un ámbito de aplicación lo más general posible, eliminando todas aquellas excepciones a los procedimientos previstos en la norma general y que carezcan de una justificación clara y evidente.

### **1.2.3. En la estructuración del proyecto.**

Un proyecto adecuadamente definido en sus características técnicas, financieras sociales y jurídicas es una garantía para la adecuada definición de las reglas del juego de una licitación pública. Los procesos que suelen presentar mayores dificultades en términos de objetividad, claridad y transparencia de las reglas de juego y en el desarrollo posterior del proceso, son precisamente aquellos que han estado antecedidos de una capacidad institucional muy débil para formular el proyecto. Cuando las entidades públicas del nivel central o descentralizado carecen de la infraestructura técnica y de personal para preparar y estructurar adecuadamente un proyecto, es conveniente que acudan a consultores o expertos independientes que con el mayor rigor técnico lleven a cabo esta delicada tarea que no sólo es determinante de la transparencia del proceso sino que igualmente se proyecta sobre el desarrollo adecuado del futuro contrato y, por lo tanto, sobre los riesgos de sobrecostos por diferentes conceptos originados en deficiencias en la estructuración o en el diseño y que también generan espacios para las prácticas corruptas.

Adicionalmente, es importante que las normas obliguen a la administración a realizar todos los estudios, diseños y evaluaciones que se requieran con suficiente anterioridad al inicio del proceso de selección con el fin de evitar determinaciones apresuradas o adoptadas al impulso de intereses particulares o, en fin, afectada por improvisaciones que a la postre pueden resultar mucho más costosas para la entidad pública y para la transparencia del proceso.

### **1.2.4. En la definición de las reglas de juego.**

Es durante esta etapa en la que con mayor frecuencia se incluyen elementos que sesgan el proceso o la licitación a favor de un determinado proponente en la medida en que se definen en el pliego de condiciones o bases del proceso reglas, exigencias o requisitos que de antemano se sabe que únicamente está en posibilidad de cumplir dicho proponente. Para evitar esta práctica de favorecimiento mediante un pliego dirigido, es necesario que las normas establezcan de manera imperativa la obligación de incluir en los pliegos reglas objetivas, justas, claras y completas que reduzcan las posibilidades de decisiones contrarias a la imparcialidad y a la transparencia. Con el mismo fin se impone la divulgación amplia de los pliegos de condiciones para permitir a todos los interesados expresar comentarios, críticas y observaciones al contenido y alcance de las reglas allí incorporadas, de tal manera que la discusión pública y abierta de las mismas, con suficiente anterioridad al inicio del proceso, contribuya a la identificación y supresión de posibles exigencias, factores o requisitos subjetivos y, adicionalmente, imprima tranquilidad y confianza a los participantes en lo que se refiere a este aspecto crucial del proceso.

### **1.2.5. En la evaluación de las propuestas y en la adjudicación del contrato.**

Generalmente se afirma que la corrupción en la actividad contractual pública se da durante el proceso de evaluación y calificación de las propuestas pero en realidad lo que suele ocurrir es que si bien en esta etapa se consolida el favorecimiento a un proponente en particular, ello sólo puede tener lugar si en las etapas previas se incluyeron reglas, bases o elementos para direccionar arbitrariamente el proceso y para despejar el camino hacia ese resultado. En esta etapa el mayor riesgo reside en la intervención de uno o más evaluadores que actúan con discrecionalidad, aplican criterios o interpretaciones de naturaleza subjetiva, imponen la prevalencia de requisitos de forma intrascendentes sobre los sustanciales o de fondo para manipular el proceso.

Cuando no se ha estructurado adecuadamente el proyecto o no se ha elaborado el pliego con reglas claras, objetivas y completas, por omisión de la administración o por falta de divulgación y discusión pública de su contenido y alcance, el proceso está mucho más expuesto a las prácticas corruptas en la etapa de evaluación por cuanto los funcionarios tienen mayor espacio de maniobra para actuar discrecional y subjetivamente, imponer decisiones que favorecen a determinado proponente y para efectuar, en consecuencia, una adjudicación irregular en detrimento de los principios de moralidad, transparencia y selección objetiva.

### **1.2.6. En la celebración y ejecución del contrato.**

En la etapa subsiguiente a la adjudicación del contrato que corresponde al trámite de revisión y suscripción del texto o instrumento que lo contiene, puede haber lugar a riesgos de corrupción asociados a la negociación de cláusulas a favor del proponente favorecido que implican una alteración sustancial de las condiciones originales en detrimento del interés general por cuanto en la mayoría de los casos pueden implicar un impacto financiero negativo para la entidad pública y, correlativamente, un mayor beneficio para el contratista. La incorporación de estipulaciones de esta naturaleza rompe adicionalmente el principio de igualdad frente a los demás proponentes que participaron en el proceso de selección puesto que evidentemente implica una alteración de las reglas del juego en la medida en que de haber conocido en su oportunidad que una modificación tal se produciría, probablemente habrían estructurado sus propuestas en otras condiciones.

También pueden presentarse en esta etapa adiciones de obras, bienes o servicios que implican incrementos en los recursos vinculados al contrato, o reconocimientos y compensaciones injustificadas que hacen más oneroso el contrato para la entidad pública y mayores las oportunidades de corrupción que pueden involucrar, inclusive, a los interventores o funcionarios que ejercen las labores de vigilancia, seguimiento y control de la ejecución del contrato.

Frente a estas situaciones es importante que los participantes vencidos cuenten con mecanismos ágiles para develar y denunciar este tipo de irregularidades, asegurar una adecuada selección de interventores idóneos y establecer mecanismos de rendición de cuentas por parte de los contratistas y funcionarios responsables. Adicionalmente, puede resultar de gran utilidad y

eficacia la organización de sistemas de información y precios de referencia e igualmente abrir espacios de participación de la comunidad a través de la organización de veedurías calificadas. También es fundamental la existencia de organismos de control fortalecidos e independientes.

### **1.3. Los costos de la corrupción en los contratos públicos.**

Si se comparan los precios reales de bienes y servicios contratados, independientemente de la modalidad del proceso de selección (licitación o contratación directa), se pueden encontrar diferencias significativas del precio que pueden alcanzar incluso elevados porcentajes sobre el precio real o de mercado, diferencias que igualmente pueden advertirse cuando se comparan los precios de contratos resultantes de procesos de licitación frente a los pactados en aquellos que se celebran por contratación directa.

Según Donald Strombom, “cuando la corrupción es endémica se puede decir sin temor a equivocarse, que añade probablemente un mínimo del 20% al 25% al costo de las compras del Estado”. Según un documento del FMI titulado “Corruption, Public Investment and Growth” (Corrupción, Inversión Pública y Crecimiento), un análisis más detenido de las prácticas de contratación pública en proyectos de cierta importancia y magnitud, el sobre costo puede alcanzar incluso el 50%.<sup>3</sup>

Teniendo en cuenta las cifras de la OMC y del BID sobre el volumen de recursos que anualmente destinan los países a la inversión pública a través de la contratación de bienes, obras y servicios, resulta evidente la magnitud del problema y su formidable costo. De allí la importancia de crear cada vez mayor conciencia pública sobre este fenómeno en orden a impulsar una estrategia eficaz orientada a reducir las oportunidades y los espacios que ha venido ganando la corrupción en este campo. Como se indicó anteriormente, uno de los ejes centrales de esa estrategia tiene que ver con un sistema normativo adecuado a ese propósito, integrado por un conjunto de elementos y principios básicos de general aplicación, de modo que en ese complejo contexto dicho sistema contribuya a propiciar la vigencia de la ética, la transparencia y la rectitud en los procesos de contratación pública.

## **II. ELEMENTOS NORMATIVOS BÁSICOS DE UN SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN.**

El sistema normativo que rige la contratación de las entidades públicas constituye un factor determinante para reducir las prácticas corruptas en la medida en que su estructura responda a determinados imperativos esenciales sin los cuales resulta imposible propiciar, junto con otros mecanismos complementarios, la transparencia en los procesos de contratación estatal. Se trata de ciertos elementos normativos que pueden universalmente identificarse como imprescindibles para limitar las posibilidades u oportunidades de corrupción en ese campo y que fundamentalmente tienen que ver con exigencias de planeación de la actividad contractual, divulgación y discusión pública de los pliegos de condiciones o reglas de juego de la licitación o concurso, publicidad del proceso, evaluación motivada de las ofertas, posibilidad de discutir o controvertir sus resultados con anterioridad a la decisión, adjudicación motivada y en audiencia

---

<sup>3</sup> Donald Stromb. La Corrupción en los Contratos de Compras. Perspectivas Económicas. USIS. Vol. 3 No. 5. Noviembre de 1998.

pública, régimen de conflictos de interés, adecuados sistemas de información y de precios de referencia, control oficial y ciudadano, entre otros.

## **2.1. Buenas normas no son suficientes pero son necesarias.**

No debe perderse de vista que un sistema normativo integrado por el conjunto de elementos adecuados para cerrar espacios a las prácticas corruptas, es tan sólo uno de los ejes de una estrategia más amplia que debe involucrar otros instrumentos complementarios. La posibilidad efectiva de la aplicación de las normas es un problema presente en diversas áreas de la actividad pública y privada. En el campo de la contratación estatal sucede con frecuencia que los funcionarios y posibles oferentes conocen la ley y sus exigencias, pero mantienen una disposición a eludirla apelando incluso a sofisticados artificios que pueden hacer completamente ilusorios sus mandatos. No todos los problemas se resuelven en el plano legal y de allí la importancia de reconocer que con la expedición de un adecuado sistema normativo no está culminada la tarea pero sin duda alguna constituye una base sólida y un avance significativo que debe ir acompañado de un conjunto adicional de mecanismos e instrumentos que permitan la construcción de transparencia y, por lo tanto, de confianza, eficiencia y efectividad en los procesos de contratación.

### **2.1.1. Adecuada planeación de la actividad contractual.**

En la gestión pública la planeación resulta vital para garantizar una adecuada utilización de los recursos, una precisa identificación de las metas y un efectivo cumplimiento de los resultados esperados. En el campo de la contratación estatal la planeación debe ser una regla imperativa orientada a evitar la improvisación, asegurar el desarrollo normal de los procesos de selección y garantizar la ejecución normal de los contratos, así como su oportunidad y conveniencia. Cuando los contratos públicos se celebran por fuera de unas mínimas reglas de planeación previa, se producirán graves deficiencias en la estructuración adecuada del proceso que inevitablemente se levantarán como la principal amenaza para la transparencia del mismo. Adicionalmente, van a comprometer seriamente el posterior desarrollo del contrato, con todas sus consecuencias negativas en los aspectos técnicos, materiales, financieros y de calidad propias de la ejecución de su objeto en esas condiciones de ausencia de planeación.

De acuerdo con lo anterior, la ley debe ser perentoria en exigir que con la suficiente antelación al inicio del proceso de selección del contratista se deben elaborar todos los estudios, diseños y evaluaciones de carácter técnico, económico, presupuestal y de conveniencia y oportunidad que aseguren tanto el desarrollo normal del proceso, su transparencia y adecuación efectiva a los fines de interés general que deben guiar toda la gestión pública, como la ejecución posterior de los contratos dentro de criterios de economía, calidad y eficiencia.

Una norma de esta índole está orientada entonces tanto a imprimir transparencia al proceso, reduciendo los riesgos de corrupción en la etapa de estructuración del proyecto, como a evitar que debido a estudios, datos o documentos equivocados, preparados de manera deficiente o apresurada, se produzca posteriormente un desarrollo accidentado del contrato. Para complementar lo anterior la ley también debe establecer una responsabilidad específica de la

administración y de los servidores públicos por la inobservancia de ese deber esencial de planeación previa.

De esta manera, los espacios para posibles manipulaciones de los procesos de contratación que buscan satisfacer intereses políticos, coyunturales o personales del funcionario de turno, se reducen sustancialmente por las exigencias de planeación que imponen el cumplimiento ineludible de requisitos previos vinculados fundamentalmente a la realización de los estudios, diseños, proyecciones y evaluaciones que en cada caso se requieran y que, sin duda, constituyen serias limitaciones a la actuación discrecional o arbitraria del servidor público y, por ende, a las prácticas corruptas en esta etapa del proceso.

### **2.1.2. Elaboración de pliegos de condiciones con reglas objetivas.**

El pliego de condiciones es el documento en el que la entidad pública define el objeto de la contratación pretendida y establece los diferentes elementos, condiciones y requisitos de tiempo, modo y lugar que deberán tener presente las personas que se encuentren interesadas en presentar ofertas. Debe ser, después de la ley, la norma básica del procedimiento de selección y, como tal, debe contener, entre otros aspectos, la definición clara del objeto, la definición precisa de las condiciones o requisitos para participar, los criterios para evaluar las ofertas y los derechos y obligaciones de las partes.

Estas reglas del pliego deben obligar tanto a la entidad pública como a los proponentes y al contratista seleccionado. Lo anterior en virtud del principio de sumisión integral al pliego de condiciones que constituye una garantía de la transparencia, la igualdad e imparcialidad.

El pliego de condiciones debe prepararlo la entidad pública con la debida anticipación dentro de la etapa de planeación de la actividad contractual. Siendo la igualdad de los participantes uno de los principios básicos de la licitación o concurso, los pliegos deben establecer reglas generales e impersonales, que mantengan fielmente dicha igualdad, aseguren la imparcialidad y la objetividad del proceso de selección. De allí la importancia de establecer legalmente la exigencia para la entidad pública de incluir en los pliegos de condiciones reglas claras, precisas, objetivas, detalladas y completas orientadas fundamentalmente a evitar las decisiones subjetivas o discrecionales. En este sentido, el sistema normativo de contratación debe imponer expresamente que en el pliego la entidad pública incluya reglas de juego de esas características, particularmente en lo que se refiere a los criterios o factores de selección con base en los cuales calificará y evaluará las propuestas.

Se debe prohibir expresamente la incorporación de criterios subjetivos de evaluación o de criterios que no van asociados a unos parámetros claros de calificación que permitan a los proponentes establecer en forma inequívoca como van a aplicarse y de qué manera se van a diferenciar o comparar sus propuestas. Complementariamente, se debe prohibir expresamente la incorporación en el pliego de reglas orientadas a dirigir el proceso en favor de determinado proponente, estableciendo, por ejemplo, como lo prevé el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública de la OMC (Art. VI, num.3°), que no se pueden requerir determinadas marcas de fábrica o de comercio o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, ni

determinados orígenes, fabricantes o proveedores. Una regla similar se encuentra en el artículo 16 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre contratación pública.

Considerando lo expuesto, la ley debe establecer de manera imperativa que al elaborar los pliegos de condiciones las entidades y servidores públicos deben regular, como mínimo, lo siguiente: a) Los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección para evitar exclusiones indebidas, discriminaciones o favorecimientos. Se debe señalar claramente cuáles requisitos de participación descalifican al proponente, cuáles requisitos son subsanables y cuáles no b) Las reglas del juego de todo el proceso cuyos contenidos deben ser objetivos, justos, claros y completos y que, correlativamente, permitan la elaboración y presentación de ofertas de la misma índole y aseguren una selección transparente c) Las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios cuya contratación se pretende, definiéndolas de manera clara, detallada y precisa con base en los estudios y evaluaciones efectuados previamente para el efecto, y d) Los factores o criterios objetivos de selección o calificación así como la metodología de su aplicación.

Es posible que la ley exija un procedimiento previo de precalificación para determinados contratos que requieran de ciertos niveles de capacidad técnica, capacidad económica o experiencia, caso en el cual las reglas de este trámite previo también deben ser de naturaleza estrictamente objetiva para evitar restricciones indebidas a la libre concurrencia o efectos discriminatorios. Este trámite previo de precalificación puede suplirse por un adecuado sistema de registro de proveedores, como se prevé, por ejemplo, en el artículo VIII , letra d), y en el artículo X, num. 2º, del Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la OMC bajo el nombre de “listas permanentes de proveedores calificados”.

Adicionalmente, la ley debe prohibir expresamente que se incluyan en los pliegos de condiciones reglas que induzcan a error a los proponentes y contratistas, de tal manera que se imponga a la entidad pública un deber de extrema diligencia y esmero en la elaboración clara, precisa y objetiva de las bases de la licitación o concurso dentro de parámetros de objetividad, igualdad e imparcialidad.

La ley también debe prohibir que se incluya en los pliegos exigencias de imposible cumplimiento o exenciones de responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que suministre la entidad pública puesto que, de una parte, es ella la responsable de su elaboración en la etapa de planeación, y de otra, este tipo de exigencias y exenciones generan incertidumbres en los proponentes que generalmente se traducen en un mayor costo del contrato proyectado desde la misma estructuración del precio en las propuestas dada la necesidad que tienen de cubrir esos riesgos o contingencias frente a la eventualidad de tener que asumir sus consecuencias.

Otro aspecto sustancial del pliego de condiciones tiene que ver con la determinación del objeto de la licitación o concurso. La ley debe exigir que la entidad pública identifique en el pliego de manera clara y precisa el objeto cuya contratación se pretende, pues sólo a partir de esa identificación precisa son posibles ofertas que respondan a lo que la administración efectivamente requiere.

Adicionalmente, sin la precisión clara del objeto no les sería posible a los interesados determinar exactamente qué proponer y, paralelamente, a la entidad pública efectuar la comparación de las diferentes ofertas con un mínimo de objetividad que garantice un tratamiento igualitario a los participantes. La indicación confusa o imprecisa del objeto de la licitación o concurso tendría como consecuencia la presentación de ofertas heterogéneas y, por consiguiente, inequívocas entre sí, lo que aumentaría considerablemente el grado de subjetivismo en la evaluación y las posibilidades de incurrir en prácticas corruptas. Por ello la ley debe exigir que en los pliegos se establezcan las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios cuya contratación se pretende, definiéndolas de manera clara, detallada y precisa con base en los estudios y evaluaciones efectuados previamente para el efecto.

Teniendo en cuenta que los procedimientos de selección están integrados por una secuencia de actos realizados por la administración pública y por los particulares, tendientes a la celebración de un contrato, su trámite debe ajustarse a la ley y al pliego de condiciones. Para que esta subordinación al pliego y a la ley efectivamente se cumpla resulta necesario que el sistema legal establezca consecuencias a su inobservancia tales como la posibilidad de demandar o impugnar la nulidad del proceso, del acto administrativo de adjudicación y del contrato que en tales circunstancias de infracción se celebre, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad contra los servidores públicos comprometidos.

### **2.1.3. Divulgación y discusión pública de los pliegos de condiciones.**

Con el fin de reducir o limitar las posibilidades que permiten a las entidades y servidores públicos adoptar decisiones contrarias a la imparcialidad y a la transparencia y, particularmente, para evitar la incorporación de reglas subjetivas, discriminatorias o dirigidas a favorecer a un determinado oferente, es decir, para garantizar que las reglas del juego sean objetivas, claras y equitativas, es necesario que la ley imponga la obligación de divulgación amplia de los pliegos de condiciones o bases de la licitación o concurso para permitir a todos los interesados expresar comentarios, críticas y observaciones, de tal manera que su discusión pública y abierta, con suficiente anterioridad al inicio del proceso, contribuya a la identificación y supresión de posibles exigencias, factores o requisitos subjetivos y, adicionalmente, imprima confianza a los participantes sobre la imparcialidad del proceso y sobre la objetividad de las reglas de juego.

Igualmente la ley debe exigir que simultáneamente se divulgue el proyecto de texto o minuta del contrato que se firmará con el oferente que resulte seleccionado en orden a impedir que posteriormente se negocien con él cláusulas que impliquen cambios sustanciales en detrimento del principio de igualdad de los proponentes y del propio interés general por alteraciones del equilibrio original entre derechos y obligaciones de las partes que pueden terminar favoreciendo al particular contratista y, por lo tanto, abriendo oportunidades para la corrupción.

Las observaciones, comentarios y críticas de expertos, de voceros de la comunidad e interesados en participar respecto del contenido y alcance de los pliegos de condiciones, son la mayor garantía para la imparcialidad, igualdad, rectitud, claridad, eficiencia y transparencia del proceso de selección que pretende adelantar una entidad pública para la celebración de un contrato, pues la posibilidad de debate y de crítica en torno a las reglas de juego permite

construir confianza, corregir errores, suprimir espacios de subjetividad o discrecionalidad y alcanzar un adecuado punto de equilibrio entre los diferentes intereses legítimos que en un proceso de esa naturaleza necesariamente se encuentran en tensión o conflicto.

Para el efecto la ley debe prever que se utilicen las audiencias públicas, los medios electrónicos, el *Internet* y los foros o reuniones convocadas con sectores o agremiaciones de profesionales del área específica, como medios de divulgación y como espacios para la discusión y para la formulación de comentarios, críticas y observaciones. La ley debe igualmente prever la obligación a cargo de la entidad pública de contestar de manera clara y precisa todas las observaciones que se formulen y de efectuar los ajustes necesarios al pliego. Lo anterior por cuanto la confianza de los participantes en el proceso depende tanto de la apertura a un mayor número de observaciones, sugerencias, críticas y comentarios como de la obligatoriedad de respuestas efectivas y sustentadas por parte de la entidad pública responsable del proceso de selección. Por ello debe exigirse que las observaciones se revisen, se analicen y se contesten adecuadamente.

La publicación previa del pliego en la página de *Internet* de la respectiva entidad pública es el medio ideal para la divulgación de las bases del proceso en cuanto permite dar a conocer su contenido de manera pública, recibir observaciones y contestarlas por el mismo medio, manteniendo actualizados a todos los interesados en los temas de discusión. Una de las ventajas de contar con un período suficiente para el análisis de las reglas del juego, en forma previa a la apertura de la licitación o concurso, consiste precisamente en la posibilidad de agotar la discusión sobre las mismas, de tal manera que los proponentes puedan luego dedicarse efectivamente a la preparación de sus propuestas por cuanto confían en las reglas del pliego, en su objetividad e imparcialidad, debido precisamente a la oportunidad que han tenido para analizarlas, controvertirlas discutir las, han recibido respuestas sustentadas a sus observaciones e, incluso, han obtenido de esta manera que la entidad pública introduzca ajustes y modificaciones al pliego para adecuarlo a esos criterios de imparcialidad, viabilidad y objetividad.

#### **2.1.4. Publicidad del proceso, igualdad y libre acceso.**

Dentro del propósito de asegurar que la actividad contractual pública se cumpla en forma imparcial y honesta y, por consiguiente, que en desarrollo de la misma la selección de contratistas particulares se produzca de una manera verdaderamente objetiva, preservando el interés general, la igualdad de oportunidades, la competencia y la libertad de concurrencia, debe resaltarse la importancia de exigir legalmente el estricto cumplimiento de claras y precisas reglas de publicidad que deben operar en las diversas etapas del procedimiento de selección y que deben abarcar a todos los actos, informes y conceptos que en el curso del mismo se produzcan.

Una amplia y adecuada información pública sobre la decisión de iniciar un proceso de selección para la celebración de los contratos del Estado, garantiza la vigencia de los principios de libre acceso, competencia, concurrencia e igualdad de oportunidades, reduciendo las posibilidades de conductas discriminatorias, manipulaciones del proceso y prácticas ilícitas de favorecimiento que fácilmente pueden llegar a configurar actos de corrupción.

Por ello, se estima necesario que la ley exija, por ejemplo, la publicación de avisos o anuncios en medios idóneos, incluyendo el *Internet*, para informar sobre la apertura del proceso, el objeto del mismo, las condiciones para participar, la oportunidad para conocer el pliego y formular observaciones a su contenido y, en general, todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan a los interesados y a la ciudadanía intervenir activa y eficazmente, bien sea en el proceso de selección propiamente dicho, o en el seguimiento y control de sus avances y resultados.

Estos avisos o anuncios deben dar información sobre aspectos tales como la identificación de la licitación o concurso, entidad pública licitadora, objeto, términos para consultar los pliegos, medios o instancias para su análisis y discusión pública, plazos y condiciones para participar, presupuesto y, en general, cualquier otra información relevante que permita acceder al conocimiento de aspectos básicos del proceso cuya iniciación se pretende.

Es importante resaltar que uno de los mecanismos que de mejor manera contribuyen al conocimiento y divulgación pública sobre las iniciativas de las entidades públicas en materia de licitaciones, concursos o, en general procesos de selección de contratistas, es el *Internet*. Se puede afirmar que actualmente en los diferentes países no existe entidad oficial del nivel central o descentralizado de cierta categoría que no disponga de su propio sitio en la Web el cual, conforme a lo que ordene la ley, puede aprovecharse para permitir a los interesados y, en general, a toda la ciudadanía la posibilidad de consultar la información relacionada con su actividad, servicios, trámites y demás actuaciones inherentes a su o función, incluyendo todo lo relativo a su gestión pública contractual.

Para el logro de los aludidos objetivos de publicidad y transparencia, la ley también debe establecer de manera imperativa que en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se produzcan en el curso de los mismos, dentro de los términos que para el efecto se señalen. Igualmente es de vital importancia que la ley disponga expresa y perentoriamente que las actuaciones de las autoridades en este campo son públicas y que están obligadas a permitir el libre acceso a los expedientes relativos a dichas actuaciones. En el proceso de selección nada debe ser secreto. Como corolario de lo anterior, debe exigirse legalmente que las entidades públicas están obligadas a expedir copias de las actuaciones adelantadas y de las propuestas recibidas, exceptuando exclusivamente aquello que se encuentre amparado por reserva en virtud de normas legales e internacionales sobre propiedad industrial, derechos de autor o, en algunos casos específicos, por normas legales sobre defensa y seguridad nacional.

Complementariamente, es importante que la ley exija a las entidades públicas que todos los actos administrativos esenciales que expidan o, en general, las decisiones de fondo que adopten en la actividad contractual (evaluación de ofertas, acto de adjudicación, etc), deben estar motivados o sustentados en forma detallada y precisa de modo que los interesados puedan conocer claramente sus fundamentos y, por consiguiente, puedan controvertirlos o impugnarlos eficazmente en la oportunidad que se señale en la ley para el efecto.

Uno de los objetivos claves de los mecanismos legales de publicidad del proceso de selección de contratistas tiene que ver con la necesidad de garantizar la igualdad de

oportunidades y la libre concurrencia. Los expertos afirman que en dichos procesos y, particularmente, en el de licitación pública, el principio de la *perfecta igualdad de los proponentes* es uno de los más relevantes por cuanto contribuye a eliminar conductas de favorecimiento, subjetividad y, por consiguiente, prácticas de corrupción. En efecto, por razón de dicho principio todos los proponentes deben gozar exactamente de las mismas posibilidades y oportunidades frente al proceso de selección, de tal manera que tienen derecho a participar en idénticas condiciones y, por lo tanto, sin la interferencia de ningún tipo de ventaja, privilegio o discriminación que afecte ese imperativo de perfecta igualdad.

Ahora bien, la igualdad de todos los oferentes en el procedimiento de selección debe regir desde el llamado o invitación a participar y hasta la adjudicación o formalización del contrato. En aplicación de este principio, la ley debe exigir que la entidad pública no puede establecer reglas discriminatorias, ni beneficiar con su comportamiento a uno de los participantes en perjuicio de los demás, de manera que debe considerarse violatorio de la ley todo comportamiento discriminatorio que beneficie a un participante y que no haya sido simultáneamente efectuado o dispuesto en beneficio de los demás. No debe olvidarse que las restricciones a la competencia afectan de manera significativa la capacidad del Estado para contratar bienes y servicios en condiciones adecuadas de economía y eficiencia.

En este contexto, la ley debe establecer las consecuencias de la inobservancia de las reglas legales sobre publicidad e igualdad y así, por ejemplo, la omisión de las instancias o medios de divulgación o publicidad o toda ventaja concedida por la entidad a favor de un oferente, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás, lesiona y restringe derechos esenciales de los participantes y, por lo tanto, debe existir la posibilidad legal de impugnar en sede administrativa y/o contenciosa los actos viciados del procedimiento y aún el contrato que luego se formalice.

De esta manera, las exigencias legales de publicidad del proceso y de vigencia efectiva del principio de igualdad, permiten asegurar la libre concurrencia, la transparencia y la selección objetiva, limitando así el ámbito de las posibilidades de acción de las prácticas de corrupción en ese campo.

Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio de aquellas exigencias de habilitación previa estructuradas sobre la base de sistemas de información y registro de proponentes o de proveedores que buscan asegurar la aptitud o capacidad técnica necesaria para la ejecución de determinados contratos, tema sobre el cual es preciso efectuar algunos comentarios más adelante.

#### **2.1.5. Adecuación estricta del proceso a reglas de economía y eficiencia.**

Uno de los fenómenos que tienen alta incidencia en la proliferación de prácticas corruptas en la actividad contractual pública tiene que ver con la existencia de procedimientos de selección caracterizados por multiplicidad de requisitos, aprobaciones, etapas y exigencias formales innecesarias que casi invariablemente terminan convirtiéndose en oportunidades para la corrupción. Ese esquema reglamentarista de múltiples etapas y requisitos innecesarios facilita que se presenten numerosos casos en los que el proceso resulta intachable desde el punto de

vista del cumplimiento de todo ese conjunto de exigencias y formas rituales pero en los que brillan por su ausencia los imperativos sustanciales de oportunidad y conveniencia de la contratación, así como los de selección objetiva, imparcialidad y transparencia.

En el texto sobre el Panorama General del Informe sobre el Desarrollo Mundial 2002 del Banco Mundial, se afirma contundentemente que el mayor número de trámites está asociado a una mayor corrupción. Esta conclusión es igualmente aplicable a la gestión contractual del Estado. De allí que la ley debe imponer como principio básico que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni formalidades o requisitos que no sean precisamente indispensables de acuerdo con lo que expresamente establezcan las normas legales. Se debe procurar reducir los costos de la contratación pública, adoptando mecanismos de administración, que supriman trámites, los impulsen oficiosamente, los unifiquen y extiendan el contenido del deber de eficiencia, diligencia y agilidad a todo el proceso. Estos mandatos de economía y eficiencia tienen una proyección fundamentalmente en el campo del procedimiento pero, al propio tiempo, imponen al Estado una garantía de seriedad al contratar y de buena fe en la etapa de formación del contrato.

Manifestaciones concretas de estos mandatos pueden ser, por ejemplo, la exigencia legal de establecer claramente en los pliegos de condiciones los procedimientos y etapas estrictamente indispensables para asegurar la selección objetiva, en el marco del trámite que regule la ley para el efecto; la obligación de señalar términos preclusivos y perentorios; el deber de dar impulso oficioso a las actuaciones, la prevalencia de lo sustancial sobre el formalismo, y la simplificación o reducción de requisitos y trámites innecesarios, entre otros aspectos dirigidos al mismo propósito. Lo anterior, además, contribuye a evitar desfases económicos, técnicos y presupuestales que pueden igualmente generar espacios para las prácticas corruptas.

Un aspecto importante que amerita un comentario especial tiene que ver con la necesidad de imponer perentoriamente el deber de abstenerse de exigir el cumplimiento de formalidades o requisitos no sustanciales a menos que en forma expresa lo dispongan las leyes. No se deben incluir requisitos de forma que no agreguen información valiosa y pertinente para la evaluación, pero si se incluyen no deben tener un alcance determinante. Este aspecto es de crucial importancia en la medida en que los servidores públicos responsables del proceso no podrían aducir la ausencia de tales requisitos para desestimar o rechazar una propuesta en la medida en que, por su carácter accesorio o formal, no es determinante para efectos de la evaluación y comparación objetiva de las ofertas. Por lo tanto, los proponentes deben tener la oportunidad de subsanar esos defectos formales en la oportunidad que se determine para el efecto. Esta regla de prevalencia de lo sustancial limita las oportunidades de prácticas corruptas al eliminar la posibilidad de invocar pretextos formales para excluir a una o más ofertas buenas para favorecer ilícitamente a otra.

Las normas de la UNCITRAL (Sección III) y de la OMC (Art. XIII, num. 4º, letra b), prevén la posibilidad a favor de los oferentes de subsanar los errores accesorios o intrascendentes de las propuestas, pero la entidad pública queda en todo caso facultada para rechazarlas, lo cual eventualmente puede permitir la exclusión arbitraria de una buena oferta por simples razones de forma subsanables. La entidad debe tener la posibilidad legal de solicitar la

corrección si advierte el error intrascendente o el oferente debe tener la oportunidad de subsanarlo dentro del término que para ello se establezca.

#### **2.1.6. Motivación clara y detallada de la evaluación de las ofertas.**

Partiendo de la base de que en la etapa de elaboración o definición de las reglas del juego se haya cumplido el mandato legal de incorporar de manera clara, detallada y precisa los factores objetivos de selección y la metodología precisa para su aplicación, excluyendo criterios subjetivos o que no van asociados a parámetros claros de calificación, es necesario que la ley exija perentoriamente que la evaluación única y exclusivamente puede adelantarse con base en esos factores previamente definidos en el pliego sin que sea lícito a la entidad pública apartarse de dichos factores y de su metodología de aplicación y, mucho menos, aplicar otros factores o criterios que no fueron regulados expresamente en el pliego. Esto le imprime confianza, seriedad y seguridad al proceso, evitando decisiones arbitrarias, caprichosas o subjetivas a través de las cuales se expresan diversas prácticas de corrupción en este campo.

Adicionalmente y dentro del mismo objetivo, la ley debe imponer la obligatoriedad de motivar o sustentar en forma clara, detallada y precisa la evaluación de las ofertas en aplicación exclusiva de los factores objetivos de selección y de su metodología, exactamente como fueron previstos en el pliego. Esta exigencia evita la evaluación discrecional o subjetiva que propicia las prácticas corruptas, habida cuenta que la ley le impone a la administración pública una obligación ineludible de sustentar, fundamentar o motivar detalladamente los resultados de la evaluación en aplicación exclusiva y excluyente de los factores previstos para el efecto en el pliego. Si en la evaluación se aplican uno o más factores o criterios, diferentes de los previstos en el pliego, o una metodología distinta, o no se motiva o sustenta suficientemente sus resultados, la ley debe prever las consecuencias de tal conducta facilitando a los proponentes impugnar la evaluación antes de la adjudicación, por escrito y en audiencias públicas, como se verá adelante.

En relación con la evaluación de las ofertas, es pertinente agregar que lo ideal es que la ley exija que en el pliego se separen adecuadamente los aspectos técnicos y económicos de las propuestas, de manera que, una vez asegurada la idoneidad técnica, jurídica y financiera de las mismas, en aplicación de los factores y de la metodología que prevé el pliego, se proceda a la competencia económica entre aquellas que alcancen el nivel mínimo requerido. Esto evita, además, las situaciones en las que los puntos de calificación que se asignan de manera supuestamente objetiva, al final termina la licitación adjudicándose por un punto o una fracción de punto, generando inconformidad y duda sobre la justicia e imparcialidad de la decisión.

Sobre este aspecto, no cabe duda que pueden desarrollarse software especiales para evaluar ofertas, particularmente en lo que se refiere a los factores de precio y calidad o, en general, aplicar cualquier innovación o desarrollo tecnológico que actualmente o en el futuro permita llevar a cabo de manera más eficiente y eficaz la evaluación o calificación de ofertas en el marco de los principios de transparencia, imparcialidad y selección objetiva definidos en las disposiciones legales, los cuales, por su naturaleza, siempre serán compatibles con los avances de la tecnología y de la informática. En este sentido, las novedades que se produzcan en la utilización de la tecnología de la información deben fundamentalmente promover esos

principios, es decir, que dichas innovaciones, como lo establece el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública de la OMC, deben garantizar y “promover el objetivo de que la contratación pública sea abierta, no discriminatoria y eficiente, mediante la utilización de procedimientos transparentes”. ( Art. XXIV, num. 8°).

Por último, es conveniente garantizar un número plural de evaluadores para que no quede a criterio de una o dos personas la asignación de la calificación. En este sentido, la ley debe prever, por ejemplo, la integración de comités plurales y multidisciplinarios de evaluación de las propuestas de una licitación o concurso.

De esta manera se trata de impedir, en síntesis, que los evaluadores actúen con discrecionalidad o subjetividad y de evitar, por lo tanto, favorecimientos, colusiones y manipulaciones del proceso que van en detrimento de la transparencia del mismo.

#### **2.1.7. Oportunidad de conocer, controvertir y discutir la evaluación de las ofertas.**

Es fundamental para la transparencia del proceso que la ley imponga, de un lado, la obligación a cargo de la administración pública de poner en conocimiento de los interesados los resultados de la evaluación y, de otro, establecer el derecho a favor de éstos últimos de formular observaciones, críticas o comentarios a dicha evaluación dentro de un término prudencial que para el efecto se establezca. De esta manera, los proponentes tienen la posibilidad de examinar con detenimiento los resultados de la evaluación y sus fundamentos en orden a verificar si los factores de calificación previstos en el pliego y la metodología para su aplicación regulada en el mismo, fueron acertadamente utilizados por los evaluadores y, en caso contrario, formular a la entidad observaciones sustentadas para poner en evidencia los defectos o errores en que hayan podido incurrir y solicitar su revisión o corrección antes de la adjudicación del contrato.

En todo caso, se debe prever que esta oportunidad no puede ser aprovechada por los proponentes para completar, modificar o adicionar las propuestas pues se trata simplemente de ejercer el derecho a conocer, analizar y, en su caso, controvertir el resultado de la evaluación, pero en manera alguna de subsanar errores de los proponentes en la elaboración o estructuración de las propuestas.

La ley debe garantizar a los proponentes el pleno ejercicio de este derecho de conocer, discutir y controvertir el resultado de la evaluación y, en tal sentido, es preciso que señale términos suficientemente amplios que permitan una actuación eficaz y que, además, incluyan la posibilidad de conocer en esta etapa las demás ofertas con el fin de que puedan contar con todos los elementos de juicio para el análisis y discusión adecuada de la evaluación.

Adicional a lo anterior, la ley debe igualmente imponer a la entidad pública la obligación de estudiar todas y cada una de las observaciones formuladas y de responder en forma precisa cada una de ellas invocando los soportes legales, técnicos, económicos y documentales pertinentes. Para que el debate en torno al resultado de la evaluación sea más provechoso, conviene que la ley exija llevarlo a cabo en reuniones o audiencias públicas en las cuales la entidad debe responder a las observaciones y permitir la participación e intervención activa de

los proponentes. Como resultado de este debate, la entidad debe sustentar de manera clara y precisa las razones o motivos por los cuales acoge o no cada una de las observaciones presentadas por los proponentes, explicar los ajustes que como consecuencia de dichas observaciones ha introducido al resultado de la evaluación y, en general, resolver todas las cuestiones que verbalmente o por escrito hayan planteado los proponentes.

Este mecanismo de conocimiento, crítica y discusión del resultado de la evaluación de un proceso de licitación o de concurso, previo a la adjudicación del contrato, se orienta principalmente a elevar el nivel de compromiso de la administración pública y de los servidores públicos frente a la adopción de decisiones objetivas, transparentes, exentas de posibles errores u omisiones y, fundamentalmente, ajenas a cualquier tipo de motivación subjetiva o discrecional que pueda consolidar, en detrimento del interés público, actos de corrupción. Adicionalmente, constituye un factor que le imprime seriedad y confianza al resultado del proceso.

### **2.1.8. Adjudicación motivada y en reuniones o audiencias públicas.**

Concluida la etapa de evaluación de las ofertas y presentadas las observaciones al resultado de dicha evaluación por parte de los interesados, es conveniente, como se anotó, que la ley disponga la realización de reuniones o audiencias públicas en las que la entidad debe responder a cada una de las observaciones de los proponentes respecto de la evaluación. Este es el escenario idóneo para adelantar el debate entre la entidad y los interesados sobre el proceso y, particularmente, sobre la evaluación de las respectivas ofertas. En virtud de los términos o plazos que establezca la ley para formular observaciones, la entidad pública debe llegar a la audiencia después de haber estudiado y analizado cada una de las observaciones presentadas por los interesados de tal manera que en el curso de la reunión o audiencia pública pueda dar respuestas precisas y concretas a las mismas. Conviene que la ley disponga que si como consecuencia del análisis de las observaciones la entidad advierte que debe ajustar o modificar el resultado preliminar de la evaluación, está en la obligación de efectuar los cambios pertinentes y de informar sobre los mismos en el curso de la audiencia en forma clara, sustentada y precisa.

También en el curso de la reunión o audiencia pública debe permitirse la participación amplia y activa de los interesados para que puedan discutir y deliberar en torno a las observaciones formuladas oportunamente y a las respuestas rendidas por la entidad, al igual que sobre las modificaciones o ajustes que como consecuencia de ellas se hayan producido en la evaluación de las propuestas. Igualmente se les debe reconocer el derecho a dejar las constancias que estimen procedentes, todo lo cual la ley debe exigir que se incorpore a un acta o resumen escrito de la reunión o audiencia pública.

Una vez concluido el debate, respondidas las observaciones presentadas por los interesados, explicados los cambios que se hayan introducido a la evaluación original, si legalmente hubiere lugar a ellos, la entidad debe informar en dicha audiencia la decisión administrativa que determina, como resultado final del proceso, cuál es la propuesta ganadora o seleccionada. De esta manera se obliga a los servidores públicos responsables del proceso a sustentar públicamente los fundamentos de tal decisión con base en la ley, en las reglas del pliego y en las observaciones de los proponentes. Es importante que la ley exija que a dicha reunión o audiencia pública asista el representante legal de la entidad estatal o un delegado con amplias

facultades para decidir y en quien legalmente debe recaer la plena responsabilidad por la decisión administrativa de selección.

Es precisamente esta decisión la que en varias legislaciones se conoce como la adjudicación del contrato que se debe materializar en un acto escrito de la administración, el cual, una vez notificado, obliga a la entidad pública y al proponente seleccionado a suscribir el respectivo contrato dentro del término previsto en el pliego o en la ley.

Es vital que la ley exija que este acto de adjudicación se expida con la suficiente sustentación o motivación, incluyendo un pronunciamiento claro sobre las observaciones y la forma en que fueron resueltas por la entidad, de modo que el contenido de este acto, junto con el resumen escrito o acta de la reunión o audiencia pública, permita conocer todos los fundamentos esenciales que sirvieron de base para la selección de una oferta, lo cual contribuye a imprimir transparencia y publicidad al proceso, así como a reducir el riesgo de decisiones discrecionales, subjetivas o arbitrarias que generalmente encierran actos de corrupción. Además, reviste una importante utilidad probatoria cuando se trata de desentrañar los verdaderos móviles o motivos determinantes de esa decisión, particularmente desde la perspectiva de la desviación de poder (decisiones formalmente ajustadas a la ley pero dirigidas a satisfacer intereses particulares) que en muchas legislaciones es causal de nulidad de los actos administrativos.

Sobre este mismo aspecto y en orden a evitar manipulaciones del proceso, es conveniente que la ley imponga a la administración pública la obligación de adjudicar el contrato al oferente que haya presentado la propuesta más favorable, una vez surtido el procedimiento respectivo y de acuerdo con los factores de calificación y la metodología que se haya regulado en el pliego de condiciones. Si se permite actuar discrecionalmente a la entidad pública frente a esta decisión, como si, por ejemplo, se le faculta para decidir autónoma y libremente si adjudica el contrato o no, según su criterio, se abriría una puerta muy amplia por la que fácilmente se filtrarían múltiples posibilidades de corrupción. La ley, entonces, debe obligar a la entidad a adjudicar el contrato al proponente que resulte vencedor en el proceso de acuerdo con las reglas del pliego, salvo que se configure una circunstancia excepcional clara y taxativamente prevista en la ley como causal para abstenerse de adjudicar el contrato (por ejemplo, evidencia de falsedad en documentos, evidencia de colusión de los proponentes, etc). Precisamente sobre este aspecto, el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública de la OMC, prevé la obligatoriedad de adjudicar el contrato a la propuesta que según los criterios de selección previstos en el pliego resulte vencedora, salvo que existan motivos de interés público. (Art. XIII, num. 4º., letra b).

Finalmente, la ley debe prever los efectos de la adjudicación irregular, esto es, la que se hace a favor del proponente que no presentó la mejor propuesta, particularmente en lo que respecta a la posibilidad de impugnar en sede administrativa y/o contenciosa el acto de adjudicación con la consiguiente responsabilidad patrimonial que tal conducta comporta para la administración pública frente al proponente al que se privó del derecho a la adjudicación, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, penal y disciplinaria del funcionario o funcionarios responsables.

### **2.1.9. Mecanismos de impugnación.**

Tanto en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre contratación pública ( arts. 52 a 56) como en el Acuerdo Plurilateral de la OMC sobre la misma materia (Art. XX, num. 2º), se prevén mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas en el curso de un proceso de selección por presuntas infracciones de las normas, lo cual puede dar lugar a medidas provisionales, a corregir las respectivas infracciones, incluyendo la posibilidad de suspensión del proceso de contratación.

Desde el punto de vista de la necesidad de evitar que un hecho de corrupción se consolide por una adjudicación subjetiva o arbitraria, se estima conveniente regular la posibilidad de que cualquiera de los participantes en un proceso de selección pueda ejercer la facultad de impugnar esa decisión en sede administrativa mediante recursos con un trámite ágil y causales precisas, sin perjuicio de la eventual acción contenciosa o jurisdiccional posterior, teniendo en cuenta para el efecto algunos de los parámetros normativos previstos en las citadas normas. En este sentido, se podría establecer un recurso de reposición o de reconsideración de trámite breve o sumario que la entidad esté obligada a resolver en un término improrrogable, incluyendo la posibilidad de impugnar la decisión mediante el recurso administrativo jerárquico o de apelación con un trámite igualmente breve y sumario, con base en causales específicas como, por ejemplo, evidencias de fraude, corrupción, soborno o violaciones ostensibles de la ley, del procedimiento o del pliego.

Este mecanismo de impugnación debe regularse contra ciertas decisiones cruciales del proceso de selección, particularmente contra el acto de adjudicación o contra algunos actos previos como el de adopción del pliego o el de evaluación de las ofertas en orden a evitar decisiones subjetivas, arbitrarias, discrecionales o discriminatorias.

### **2.1.10. Régimen excepcional de la contratación sin licitación pública.**

Los expertos mencionan generalmente dos sistemas de selección del contratista por parte de la administración pública: el de libre elección y el de escogencia reglada del contratante particular mediante procedimientos establecidos en la ley, con los cuales se restringe la libertad o autonomía de la entidad pública en este campo.

Ha existido un gran debate sobre cuál de los dos sistemas mencionados es o debe ser la regla general y cuál la excepción. Puede afirmarse, en términos generales, que el segundo de dichos sistemas, esto es, la selección del contratista previo cumplimiento de procedimientos reglados más o menos complejos, salvo en aquellos eventos expresamente exceptuados por la ley, es el que mejor consulta los propósitos de transparencia, imparcialidad, objetividad y moralidad en esa área de la gestión pública. En la mayoría de las legislaciones y de las normas internacionales se denomina licitación pública a ese procedimiento reglado de selección.

Con la adopción de este sistema como regla general de selección de contratistas se buscan fundamentalmente dos objetivos: en primer lugar, proporcionar a los organismos estatales la posibilidad de realizar la contratación más favorable para los intereses públicos, y en segundo

término, asegurar a los particulares la posibilidad de competir entre sí por la participación en los negocios que la administración pretende celebrar con su concurso o colaboración.

Como se anotó anteriormente, el riesgo de corrupción es mayor cuando el servidor público tiene más libertad para escoger al contratista mediante actuaciones administrativas que en algunas legislaciones y normas internacionales se denominan contratación directa, simplificada, licitación restringida o, en general, contratación sin licitación pública, por cuanto al poder moverse con un margen de autonomía y discrecionalidad más o menos amplio, propio de dichas actuaciones, las oportunidades para la corrupción se incrementan. Sin embargo, en determinados casos concretos es preciso aceptar la necesidad de un régimen excepcional de contratación directa, simplificada o sin licitación pública bajo las siguientes condiciones mínimas:

- a) Que la ley defina con claridad y precisión los casos excepcionales en los que es admisible dicho mecanismo extraordinario, por ejemplo contratos de menor cuantía, hechos extraordinarios de calamidad o desastre, ausencia de pluralidad de oferentes, actividad comercial o industrial de ciertas empresas del sector público en régimen de competencia con particulares, en todos los cuales se evidencia la necesidad de actuaciones mucho más ágiles, oportunas y eficaces.
- b) Que su aplicación e interpretación sea de carácter restrictivo, es decir, que no pueda extenderse por analogía a otros eventos similares.
- c) Que la ley expresamente ordene el cumplimiento de unos requisitos mínimos, como la solicitud de por lo menos dos o tres ofertas cuando sea procedente. En algunos casos pueden exigirse invitaciones públicas o selectivas dentro de un trámite o procedimiento abreviado (en algunas normas se llama licitación restringida, licitación limitada o licitación selectiva), en fin, sistemas de selección por computador entre quienes se encuentren inscritos en un registro público de proponentes, consultando precios de referencia y ofertas a través sistemas electrónicos de información que para el efecto se establezcan.
- d) Que la ley expresamente señale la obligatoriedad de actuar con transparencia y de efectuar, en todos los eventos de contratación simplificada sin licitación pública, una selección objetiva presidida exclusivamente por el propósito de responder a las exigencias del interés público.

En síntesis, la ley debe disponer expresamente que la licitación pública constituye la regla general para la selección objetiva del contratista, de acuerdo con el procedimiento que para el efecto fije la propia ley o las normas reglamentarias de la misma, y que la contratación directa o sin licitación pública es de interpretación restrictiva y excepcional, aplicable dentro de las precisas condiciones y requisitos establecidos en la ley.

En las Normas sobre Adquisiciones con Préstamos del Banco Mundial se regulan algunos eventos en que se justifica utilizar procedimientos abreviados y se los identifica con precisión (“Otros Métodos de Adquisición”. Numerales 3.1. a 3.13). Similar regulación se encuentra en la Ley Modelo de UNCITRAL (Capítulo II) , y en el Acuerdo Plurilateral de la OMC (Art. XV). Sin embargo, es pertinente insistir en la necesidad de complementar esa regulación de los

eventos que justifican prescindir del procedimiento general de licitación pública con exigencias adicionales como las indicadas en los literales b), c) y d) anteriores, con el fin de imprimir mayor transparencia, objetividad e imparcialidad en estos procedimientos excepcionales de contratación simplificada.

Complementariamente, es conveniente que la ley imponga expresamente la prohibición perentoria de eludir el procedimiento o los requisitos previstos en las normas, cualquiera que sea el sistema de selección aplicable en cada caso, pues deben entenderse como formalidades determinantes de la transparencia de la función pública contractual, cuya inobservancia debe generar la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación, así como del contrato celebrado en tales condiciones, en sede administrativa y/o contenciosa o jurisdiccional.

La señal que la norma legal enviaría inequívocadamente en este marco de condiciones es que contratación simplificada o sin licitación pública no equivale a contratación discrecional, subjetiva o arbitraria, es decir, que en la contratación sin licitación pública no opera la libre elección por parte de la administración porque si bien puede escoger al contratista con mayor libertad debe actuar con estricta sujeción a principios de transparencia, rectitud, selección objetiva y defensa del interés general.

#### **2.1.11. Régimen de Inhabilidades y de Conflictos de Interés.**

En orden a preservar los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia e igualdad de oportunidades en la gestión pública contractual, resulta absolutamente indispensable que la ley regule una serie de causales vinculadas a la persona del posible contratista como restricciones o limitaciones que le impidan participar en procesos de selección y en la celebración de contratos con entidades públicas. En algunas legislaciones estos impedimentos se denominan requisitos negativos de contratación o inhabilidades en cuanto constituyen limitaciones a la capacidad general de contratar y, por lo tanto, prohibiciones para celebrar contratos con determinadas personas que se encuentran vinculadas a situaciones definidas claramente por la ley, como por ejemplo, registrar sanciones graves por incumplimiento de contratos anteriores, existencia de sentencias penales u otro tipo de decisiones judiciales o administrativas definitivas, de carácter sancionatorio o de responsabilidad, entre otros eventos o circunstancias.

Igualmente la ley debe restringir la posibilidad de celebrar contratos con personas que tienen vinculaciones con determinados servidores públicos con capacidad de decisión o que pertenecen a ciertos niveles jerárquicos de la administración pública, como por ejemplo quienes tienen vínculos de parentesco con directivos de una determinada entidad pública. Igualmente debe restringirse la posibilidad de contratar con el Estado a cualquier servidor público dadas sus responsabilidades en el ejercicio de la función pública y en orden a evitar posibles presiones o influencias que pueden llegar a configurar actos de corrupción.

De la misma manera la ley debe restringir la posibilidad de contratar con sociedades, empresas, asociaciones, fundaciones o corporaciones privadas en las cuales tengan participación directivos de la respectiva entidad pública, salvo determinadas excepciones justificadas que excluyan esta prohibición, como puede ser el caso, por ejemplo, de sociedades cuyas acciones se negocien en bolsa. Esta restricción para contratar se justificaría también, por ejemplo,

respecto de aquellas personas que habiendo ocupado cargos directivos en entidades públicas se han desvinculado de las mismas, razón por la cual estarían impedidas para contratar con ellas al menos por un período de tiempo razonable.

Es claro que en estos casos y otros semejantes que la ley defina, existen evidentes conflictos de interés que aconsejan, en aras de la moralidad, imparcialidad e igualdad de oportunidades, restringir el derecho a contratar con una determinada entidad pública respecto de la cual se configuren dichas vinculaciones. Con ello, en definitiva, se busca evitar que el poder del funcionario, otorgado transitoriamente por el Estado, no le sirva para su propio beneficio o el de terceros, sino para responder a las exigencias del interés general en un contexto ético y de transparencia.

Para evitar arbitrariedades, es preciso que las circunstancias que originan inhabilidades, impedimentos, conflictos de interés o, en general requisitos negativos que impiden contratar con el Estado, sean taxativas y, por lo tanto, de interpretación restrictiva de manera que no admitan aplicaciones analógicas o extensivas de los hechos o circunstancias que las configuran.

Finalmente, la ley debe prever las consecuencias de la celebración de contratos en circunstancias de inhabilidad o de conflictos de interés, entre ellas, la posibilidad de impugnar la validez del contrato, incluso mediante decisiones unilaterales de la propia entidad pública que ordene su terminación y liquidación inmediata, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias del contratista y de los funcionarios involucrados.

#### **2.1.12. Control y seguimiento de la ejecución del contrato.**

Un aspecto crucial para asegurar la ejecución idónea, oportuna, honesta y eficiente de los contratos que celebran las entidades públicas tiene que ver con la existencia de adecuados mecanismos de control y seguimiento de la ejecución del objeto del contrato. En principio, la ley debe establecer que la respectiva entidad estatal contratante tiene la responsabilidad de ejercer lo que los expertos denominan la potestad de dirección general y control de la ejecución del contrato con el fin de garantizar que el objeto del mismo se cumpla en las condiciones técnicas, de calidad y de tiempo, modo y lugar pactadas.

En el mapa de riesgos de corrupción de la actividad contractual de la administración pública, se puede advertir que en esta etapa de ejecución se suelen presentar situaciones irregulares como el cambio sustancial de condiciones técnicas, financieras o materiales que se aprueban por las personas encargadas de ejercer la supervisión, vigilancia o control del desarrollo y ejecución del contrato con el fin exclusivo de favorecer al contratista y, por lo tanto, de obtener por esa vía un provecho económico ilícito. Igualmente pueden presentarse reconocimientos extrajudiciales de mayores costos, trabajos u obras no previstas con idénticos propósitos.

No se desconoce que dada la complejidad de cierto tipo de contratos, durante la ejecución de los mismos es necesario efectuar ajustes, cambios o modificaciones por circunstancias imprevistas que no pudieron advertirse en los estudios, diseños o proyectos elaborados durante la etapa de planeación del respectivo trámite contractual, pero tales

actuaciones deben adelantarse dentro del propósito exclusivo de garantizar el cabal cumplimiento del objeto contratado, en lo cual está evidentemente comprometido el interés público, y con la adecuada y precisa verificación de los fundamentos legales, contractuales y fácticos que les sirven de soporte o justificación.

Para asegurar que dicho propósito efectivamente se cumpla frente a modificaciones, ajustes o reconocimientos como los mencionados, es necesario que la ley ordene, para determinados contratos de complejidad o cuantía significativas, un adecuado sistema de rendición periódica de cuentas tanto por parte del contratista como de las personas directamente encargadas de las actividades de supervisión, control y vigilancia de la ejecución del contrato. Este mecanismo puede consistir en la obligación de presentar informes periódicos en los que se explique claramente el estado de la ejecución, su avance, cumplimiento, adecuación al cronograma proyectado y, en general, los problemas, dificultades y situaciones imprevistas que se hayan advertido en el respectivo período.

Adicionalmente, pueden establecerse reuniones permanentes o comités de seguimiento como un espacio para debatir las diferentes situaciones vinculadas al desarrollo, ejecución y administración del contrato en todos sus aspectos, de modo que los eventuales ajustes o modificaciones sólo puedan efectuarse cuando se trate de situaciones imprevistas que hayan sido objeto de explicación, sustentación y análisis en los informes presentados y en los comités de seguimiento.

También es importante que la ley obligue a la entidad pública a seleccionar la persona natural o jurídica que adelantará las labores de interventoría, control y vigilancia de contratos de cierta cuantía o complejidad a través de procedimientos que garanticen la contratación de personas o firmas idóneas y con amplia experiencia en la materia respecto de la cual ejercerán dichas labores. Para ello, resulta imprescindible que este proceso de selección del interventor se adelante con criterios de rigor técnico y transparencia equivalentes a los empleados para la escogencia del contratista principal. En muchos casos ambos procesos de selección deben iniciarse simultáneamente para evitar inconvenientes, desfases o dificultades en la iniciación y desarrollo del respectivo proyecto.

De esta manera se evita que en ese tipo de contratos sean funcionarios de la propia entidad pública quienes ejerzan la actividad de vigilancia y control, reduciendo así las oportunidades de corrupción, puesto que dichas funciones estarían a cargo de uno o más contratistas independientes, debidamente seleccionados, los cuales también estarían plenamente sometidos a los mecanismos de rendición de cuentas. Lo anterior sin perjuicio de la potestad de supervisión o dirección general del contrato que siempre estará a cargo de la entidad pública contratante.

En la etapa de ejecución de los contratos públicos es igualmente importante que la ley permita la organización de veedurías calificadas que adelanten labores de seguimiento de las diversas actividades propias de esta etapa, con plenas facultades para obtener información tanto de la propia entidad pública como del contratista y de quienes ejercen las actividades de interventoría, supervisión o vigilancia. Igualmente, los representantes de estas veedurías deben tener la posibilidad de asistir a los comités de seguimiento e incluso de convocar audiencias

públicas para que determinadas situaciones sean explicadas ampliamente a la comunidad cuando su gravedad o importancia lo ameriten.

Estas veedurías pueden estar integradas por organismos gremiales o profesionales del área o especialidad propia del objeto del contrato, y con la participación de asociaciones, instituciones universitarias y de representantes de la propia comunidad.

De esta manera se contribuye a crear un ambiente de compromiso integral de todos los interesados respecto de la adecuada, eficiente y oportuna ejecución del contrato, una cultura de control social de lo público y, por consiguiente, un ambiente de transparencia y de cero tolerancia con prácticas o decisiones que busquen satisfacer intereses individuales o asegurar la obtención de un provecho ilícito durante esa etapa de la actividad contractual del Estado.

### **2.1.13. Sistemas de información y precios de referencia.**

Un adecuado sistema de información y de precios de referencia constituye una herramienta eficaz para la lucha contra la corrupción derivada de los sobrepuestos que se pactan en determinados contratos públicos de obra, adquisición de bienes y de prestación de servicios. Un instrumento de esta naturaleza debe estar en capacidad de proporcionar toda la información relacionada con los bienes y servicios que requieren las entidades públicas en el cumplimiento de sus funciones, de manera oportuna y a precios reales de mercado con el propósito fundamental de asegurar que las contrataciones que se realicen se encuentren en un nivel de razonabilidad con determinados precios de referencia. Adicionalmente, contribuye a fomentar los valores de la transparencia, publicidad, eficiencia, moralidad, entre otros, incentivando y facilitando el control social.

Un sistema de esta naturaleza debe orientarse al cumplimiento, por lo menos, de los siguientes objetivos concretos: a) Reducir real y significativamente los costos de la contratación del Estado evitando la distorsión de precios. b) Legitimar el proceso de contratación pública integrando y consolidando toda la información para permitir la confrontación de cifras relevantes con datos de referencia actualizados. c) Contribuir a la efectiva realización de los principios de transparencia, publicidad, eficiencia, moralidad y control ciudadano. d) Impulsar y promover un cambio institucional, social y cultural sobre el problema de la corrupción, generando mejores condiciones para el control social sobre el proceso de contratación de las entidades del Estado con nuevos instrumentos que permitan una participación eficaz y mediante la promoción de una pedagogía del control de lo público.

Para el efecto, la ley debe prever la obligación a cargo del proveedor de registrar en un sistema de información centralizado los precios de los bienes y servicios de uso común o de uso frecuente en determinados contratos que están en capacidad de ofrecer a la administración pública, con el deber adicional de actualizar periódicamente el registro. Se crearía de esta manera una base de datos que contenga los precios de referencia de los diferentes bienes y servicios que los proveedores están en capacidad de ofertar al Estado. La ley puede exigir, por ejemplo, como requisito indispensable para participar en procesos de contratación pública, que los interesados presenten un certificado de inscripción en este registro, expedido por el operador del sistema de información.

Esta inscripción sería un requisito de habilitación previa o legitimación subjetiva sin cuyo cumplimiento no podría accederse a la contratación con el Estado, en alguna medida similar a la exigencia de inscripción previa en un registro de proveedores para determinados contratos

Con esta información del registro de precios de referencia se pueden establecer márgenes de distorsión de precios, es decir, intervalos en los que puede variar un precio de oferta de determinado bien o servicio respecto del precio de referencia del mismo. Los límites superior e inferior de los intervalos se calcularían mediante la proyección de los umbrales superior e inferior del precio indicativo dependiendo de factores tales como los siguientes: a) tiempo de pago del bien o servicio . b) demanda del bien o servicio por unidades de compra , y c) sitio de entrega del bien o servicio teniendo en cuenta los costos de fletes y seguros.

Para calcular el margen de distorsión tolerable en aplicación de estos factores se fijaría una línea de base o parámetro que consideraría, por ejemplo, que el pago se realice en un plazo determinado de días, venta por unidad y entrega en el lugar de registro del precio, entre otras variables.

Adicional a lo anterior, el sistema de información podría estar integrado por diversos subsistemas complementarios que permitirían su eficaz funcionamiento como, por ejemplo, los siguientes:

- a) Subsistema de demanda que estaría integrado por el conjunto de bienes y servicios que requiere el Estado, debidamente clasificados mediante códigos, identificaciones y estandarizaciones, de manera que brinde información relacionada con las entidades que compran, los elementos requeridos, los procesos a través de los cuales se adquieren, etc.
- b) Subsistema de oferta que suministre información relacionada con las personas naturales o jurídicas que estén en disposición de venderle al Estado, los elementos ofrecidos, los precios de referencia de cada uno de ellos y los sitios en los cuales se ofertan.
- c) Subsistema de publicidad en el que se publique la información básica de los contratos celebrados por las entidades del Estado y, particularmente, la información relacionada con las entidades públicas que contratan, los códigos de los bienes y servicios contratados, el precio unitario de los mismos y cuándo y dónde se contratan.
- d) Subsistema de control que permita comparar e interpretar de manera automatizada los diferentes registros de cada subsistema, en especial los que tienen que ver con los precios de referencia con el fin de verificar el nivel de distorsión entre el precio indicativo y el precio final de contratación.

Para el cabal cumplimiento de los objetivos de un sistema como el descrito, la ley debe exigir que las entidades públicas están obligadas a consultar el registro de bienes y servicios y el registro de precios de referencia como requisito previo a la adjudicación y celebración de contratos con el fin de conocer los precios indicativos y evitar los sobrecostos en la contratación.

Las adjudicaciones realizadas con fundamento en precios de oferta presentados por los proveedores que superen el margen de distorsión, deben dar lugar a la generación de alarmas del sistema y al envío de los datos pertinentes a los organismos de control para la respectiva investigación.

Igualmente es conveniente que la ley imponga a las entidades públicas la obligación de elaborar un plan de compras anual consultando los códigos del registro de bienes y servicios y el registro de precios de referencia, lo cual, entre otras ventajas, permitiría una adecuada planeación de la contratación y una ordenada programación presupuestal.

Finalmente, la ley debe prever que toda persona tiene derecho a acceder a la información contenida en el sistema con el fin de ejercer un control ciudadano con mayores niveles de eficacia dada la amplitud y el alcance de dicha información. Para el efecto, se podría ordenar que el operador del sistema mantenga en la Web un portal público con toda la información de cada uno de los subsistemas y, eventualmente, con vínculos a la Web de todas las entidades públicas.

La ley puede ordenar la creación de este sistema de información con base en parámetros básicos como los indicados y dejar su regulación integral a normas reglamentarias que lo desarrollen e implementen.

#### **2.1.14. Sistemas de registro o inscripción previa de proveedores u oferentes.**

Desde la perspectiva de las entidades del Estado, los registros constituyen ante todo sistema de información sobre los cuales pueden tomar decisiones en el ámbito de sus competencias y atribuciones. En materia de contratación pública y desde la perspectiva de los particulares, el registro de proveedores o proponentes se concibe, en la legislación de varios países, como un requisito de habilitación previa para poder aspirar a contratar con el Estado, es decir, como una exigencia de legitimación subjetiva que debe cumplir previamente el particular para determinadas modalidades contractuales, como los contratos de obra, consultoría y de suministro. Dentro de este criterio, no todas las personas pueden entenderse habilitadas para aspirar a contratar con el Estado en determinados contratos cuya ejecución requiere de cierto nivel de idoneidad profesional, capacidad técnica, capacidad económica o experiencia.

En este sentido, un registro o inscripción de esta naturaleza tiene el propósito de asegurar, con carácter previo, la aptitud o capacidad técnica necesarias para garantizar una adecuada y oportuna ejecución de contratos de cierta magnitud que, por su propia naturaleza, no es posible adelantar con éxito si se carece de ciertos medios personales, económicos, materiales y técnicos. Los expertos afirman que se trata de un verdadero requisito de capacidad, aunque especial, en cuanto que quien carece de esa aptitud estaría prácticamente tan impedido de llevar a buen término el contrato como lo estaría una persona en la que no concurriesen los requisitos generales de capacidad jurídica.

Por ello es conveniente que la ley regule los aspectos básicos y los fundamentos objetivos de un sistema de registro o inscripción previa de los postulantes o posibles oferentes del Estado, en aspectos tales como tipos o modalidades de contratos a los que se aplica, clasificación, reglas

o fórmulas para inscribir y acreditar la capacidad técnica, financiera, antecedentes de cumplimiento y experiencia, entre otros datos. Podría dejarse a las normas reglamentarias de la ley la regulación detallada e integral de este registro y, en general, de todos los sistemas de información, incluyendo el de precios de referencia mencionado anteriormente.

Este registro de proveedores del Estado o registro de proponentes, además de cumplir una función de legitimación subjetiva para todos aquellos inscritos interesados en participar en determinados procesos de licitación o concurso, sería igualmente una muy valiosa fuente de información y una herramienta útil que también puede aprovecharse en aquellos eventos de contratación simplificada o sin licitación pública que excepcionalmente establezca la ley, de modo que en esos casos, por ejemplo, pueda efectuarse una selección electrónica o automatizados entre los inscritos y mediante programas informáticos especialmente diseñados para el efecto. De esta manera se reducirían las posibilidades de decisiones discrecionales o subjetivas, orientadas a beneficiar a determinado proponente en ese tipo de procesos de selección

El Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública de la OMC prevé la referida posibilidad de utilizar este tipo de registros denominados “listas permanentes de proveedores calificados” (Art. VIII, letra d., y Art. X, num. 2º).

Por otra parte, estos sistemas de registro previo de proveedores si bien encierran para los particulares que desean contratar con el Estado una cierta restricción al principio de libre concurrencia, los expertos anotan que se justifica en la medida en que únicamente aquéllos que puedan considerarse aptos en términos de su capacidad técnica, capacidad económica, idoneidad y experiencia, de acuerdo con las reglas legales y reglamentarias de dicho registro, pueden aspirar a celebrar con el Estado contratos de cierta magnitud o complejidad. Por ello, es importante que un sistema de registro como éste se organice de una manera técnica, completa y objetiva, de modo que ofrezca plena confiabilidad tanto respecto de los datos e informaciones que contiene como en relación con su funcionamiento y con sus mecanismos de operación, certificación y divulgación.

Un registro como el mencionado es ante todo un sistema de información con el que la administración pública debería contar en los procesos de selección de contratistas y de celebración de contratos en virtud de la multiplicidad de datos a los que podría tener acceso respecto de la capacidad, idoneidad y aptitud de sus potenciales contratistas, facilitando así la evaluación objetiva de las ofertas. La obligada utilización de este registro en determinados procesos de selección de contratistas contribuye a lograr que las decisiones en esta materia se ajusten no sólo a la legalidad formal sino a criterios de conveniencia, necesidad, razonabilidad, y oportunidad, elevando así los niveles de transparencia, y legitimidad de la actividad contractual del Estado. Por lo anterior, resulta absolutamente indispensable que dicho registro sea público y que, por lo tanto, cualquier persona pueda consultarlo, especialmente con propósitos de control oficial o ciudadano. En lo posible, debe ser viable acceder al mismo por medios electrónicos y por *internet* para asegurar una divulgación más amplia de la información que contiene.

En este contexto, es indudable que son claves los sistemas de información que tengan a su alcance las entidades del Estado y los ciudadanos. Así mismo, cuanto más desarrollados,

organizados, completos, objetivos y públicos sean dichos sistemas mayores serán las posibilidades de lograr que las entidades del Estado en desarrollo de su gestión contractual produzcan decisiones cada vez más acertadas y cuya legitimidad no pueda cuestionarse.

### **2.1.15. Control ciudadano y de las organizaciones de la sociedad civil.**

El ejercicio participativo del control ciudadano depende de varios factores. En primer lugar, está estrechamente ligado, de una parte, al desarrollo de una mayor conciencia de la sociedad sobre los derechos y deberes ciudadanos, y de otra, al desarrollo de la voluntad del Estado para promover la participación comunitaria con un sentido de democratizar el ejercicio de lo público, de transformar las relaciones entre el Estado y la sociedad civil y de reconocer derechos, prerrogativas e instrumentos idóneos para el ejercicio eficaz del control ciudadano. Particularmente en lo que se refiere a la participación comunitaria en el control de la gestión pública contractual, es importante que las universidades y los gremios o asociaciones de profesionales puedan vincularse a las experiencias e iniciativas de control ciudadano en orden a mejorar y elevar los niveles de entendimiento o comprensión en aspectos técnicos o especializados.

Uno de los principales mecanismos de participación ciudadana en el control de la gestión pública es el de las veedurías cuyo principal objetivo debe ir más allá de asumir un simple papel de instancia de consulta, de opinión y de denuncia para lograr un nivel de intervención en el que sus observaciones, críticas o cuestionamientos tengan efectos prácticos en términos de constituir un sistema de participación ciudadana calificada que permita la rectificación o corrección de procesos y decisiones inherentes a la actividad contractual del Estado y a otras áreas de la gestión administrativa e, incluso, que promueva la reorientación de políticas públicas y de administración.

Evidentemente que para ello resulta absolutamente indispensable que el ordenamiento jurídico incorpore desde la propia Constitución disposiciones que establezcan mecanismos de participación de la sociedad en el control de la gestión pública, regulen los instrumentos para su ejercicio, modalidades de organización, ámbitos de actuación, estímulos, normas de conducta, derechos y deberes y otros aspectos básicos, de tal manera que la sociedad civil cuente con un marco normativo adecuado para el desarrollo de actividades organizadas, calificadas y eficaces de participación en el control de la gestión administrativa y, por lo tanto, de participación en la prevención de la corrupción en áreas tan sensibles y significativas como lo es la actividad contractual del Estado dado el considerable volumen de inversión pública que se canaliza a través de este instrumento.

Los objetivos prioritarios hacia los que debería orientarse la participación de la sociedad civil en el control de la gestión pública, particularmente para fortalecer la lucha contra la corrupción, debe señalarlos claramente la ley y pueden comprender, entre otros, los siguientes:

- a) Verificación de la correcta aplicación de los recursos públicos.
- b) Planeación participativa

- c) Asignación de los recursos públicos conforme a la ley y a los planes, programas y proyectos aprobados por las instancias competentes.
- d) Cumplimiento de los cometidos, fines y cobertura a los que están destinados los recursos públicos.
- e) Sometimiento de los procesos contractuales de la administración pública a los principios de planeación, transparencia, selección objetiva, eficiencia y economía.
- f) Seguimiento y control de la ejecución de los contratos del Estado a través de mecanismos como las veedurías ciudadanas calificadas y las audiencias públicas.

En lo que se refiere específicamente a la actividad contractual del Estado, la ley debe establecer expresamente que todo proceso de selección que inicien las entidades públicas y todo contrato que celebren, estará sujeto a los mecanismos de vigilancia y control ciudadano. Igualmente es preciso imponer expresamente a las autoridades el deber de brindar especial apoyo y colaboración a las personas, organismos y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual, así como el deber de suministrar oportunamente la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

Adicionalmente, la ley puede diseñar estímulos y crear nuevas herramientas e instrumentos para promover la utilización de dichos mecanismos de control ciudadano, como por ejemplo la implementación de sistemas de información y registro, precios de referencia, etc., a los cuales pueda tener libre acceso el ciudadano.

Es preciso anotar que las veedurías ciudadanas y, en general, el ejercicio del control y vigilancia por parte de la sociedad civil son necesarios para fortalecer un sentido de responsabilidad y de lo público. Adicionalmente, resultan de gran utilidad para sumar esfuerzos de movilización de la sociedad en contra de la corrupción en todas las áreas de la gestión administrativa, particularmente en la relativa a los contratos del Estado, sin perder de vista que la mayor responsabilidad está en manos del propio Estado a través de sus agencias gubernamentales y órganos de control oficial de carácter fiscal, penal, político y disciplinario.

#### **2.1.16. Control oficial y régimen de responsabilidad.**

Generalmente las diferentes legislaciones regulan una amplia gama de instituciones del Estado que incluyen, dentro de sus funciones y objetivos, el control de la gestión de los recursos públicos en sus diferentes modalidades, esto es, en sus manifestaciones de control fiscal o financiero, penal y disciplinario.

Lo esencial en este aspecto concreto es que los diferentes órganos de control en todos y cada uno de los citados ámbitos de actuación se fortalezcan y alcancen cada vez mayores niveles de independencia y modernización en orden a garantizar investigaciones imparciales, oportunas y objetivas, adelantadas con estricta sujeción a la ley y sin ningún tipo de presión, influencia o interferencia política o de cualquier otra clase.

Como se anotó, el control ciudadano es indispensable para fortalecer un sentido de lo público y para movilizar a la sociedad en contra de las prácticas de corrupción en los diferentes niveles de la administración, pero es indudable que la principal responsabilidad recae sobre el Estado a través de sus organismos de control.

En consecuencia, las normas constitucionales y legales que regulan la estructura y funciones de los organismos de control oficial deben otorgar el mayor grado posible de autonomía e independencia, tanto respecto del ejecutivo como del legislativo, prever instrumentos y mecanismos de fortalecimiento institucional y asegurar su permanente modernización.

Sólo la existencia de organismos de control público fortalecidos, independientes y modernos puede garantizar el ejercicio de las funciones de investigación y sanción fiscal o patrimonial, penal y disciplinaria rigurosamente ajustadas a ley, con pleno respeto de las garantías y del debido proceso y, por lo tanto, con mayores niveles de eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus objetivos. En este contexto, la lucha contra la corrupción en el campo de la contratación estatal puede encontrar en los órganos oficiales de control a un aliado imprescindible para responder adecuadamente y con mayores posibilidades de éxito a sus múltiples y complejos desafíos.

Como complemento de lo anterior, es necesario que la ley establezca un estricto régimen de responsabilidad y de sanciones que comprenda a todos los sujetos públicos y privados que intervienen en la actividad contractual del Estado. Debe tratarse de un régimen que en el marco de una gestión pública eficiente, eficaz y oportuna, imprima diligencia, rectitud y transparencia a los procesos de contratación estatal

En este sentido, la ley debe incluir normas sobre responsabilidad de los contratistas particulares y de los servidores públicos en materia civil, fiscal o patrimonial, penal, y disciplinaria. Debe regular igualmente sanciones rigurosas por acciones u omisiones de dichos sujetos que intervienen en la actividad contractual, incluyendo a los interventores, consultores y asesores, sin perjuicio, claro está, del debido proceso que deben observar los organismos de control del Estado en la investigación y sanción de las respectivas conductas legalmente tipificadas como faltas.

Concretamente desde el punto de vista de la prevención de prácticas de corrupción en la actividad contractual, conviene que se tipifiquen y sancionen conductas tales como la inobservancia del deber de planeación de la contratación particularmente en lo que se refiere al cumplimiento de requisitos anteriores a la iniciación del proceso, las omisiones en la realización de los estudios que se requieran o en la elaboración del pliego con reglas objetivas, claras y completas, incluyendo su publicación y divulgación por los medios previstos en las normas; igualmente las conductas dirigidas a eludir los procedimientos de selección o las que reflejan evaluaciones subjetivas o arbitrarias para favorecer a determinados proponentes; la presentación de propuestas artificialmente bajas; también las adjudicaciones irregulares efectuadas con violación de la ley, del principio de selección objetiva o de las reglas del juego fijadas en el pliego; la violación del régimen de requisitos negativos, inhabilidades o conflictos de interés; las modificaciones sustanciales a las estipulaciones de los contratos sin justificación o fundamento

alguno para favorecer al contratista, bien durante el trámite de celebración del contrato o durante su ejecución; en fin, el dar, recibir u ofrecer sobornos a funcionarios del Estado para obtener decisiones favorables en el desarrollo de la actividad contractual, o tener de cualquier modo interés ilícito en su adopción o expedición, entre otras conductas.

De esta manera, el régimen de responsabilidad debe comprender a todos los sujetos que intervienen en el proceso contractual y no sólo por incumplimiento de simples requisitos y formalidades, sino fundamentalmente por inobservancia de principios, reglas y normas determinantes para la transparencia de la actividad contractual como son los relativos a la planeación, publicidad, igualdad de oportunidades, imparcialidad, procedimientos, evaluación de ofertas y selección objetiva.

No cabe duda que un estricto y severo régimen de responsabilidad puede cumplir un importante papel disuasivo y preventivo para evitar las prácticas de corrupción en la contratación de las entidades del Estado. Si se complementa lo anterior con la existencia de órganos de control público independientes, fortalecidos, profesionales y modernos, junto con instrumentos adecuados para promover, apoyar e incentivar la participación ciudadana en el control de ese importante sector de la gestión pública, todo ello sobre la base de un sistema normativo que incorpore reglas y mecanismos como los aquí mencionados, es posible construir una base muy sólida para avanzar significativamente en ese propósito de reducir los espacios, los riesgos y las oportunidades de corrupción en los contratos públicos. Esta es una tarea en la que debe estar comprometido todo el mundo oficial y empresarial del Hemisferio Americano y, en general, de todos los continentes en el contexto de una creciente globalización e internacionalización de las economías.