

SINDÉRESIS 14

Balance y perspectivas de la contratación estatal: Normatividad y control

Balance y perspectivas de la contratación estatal: Normatividad y control. Análisis de la normatividad en la contratación estatal en Colombia, fortalezas, debilidades y mecanismos de control para una contratación efectiva, transparente y visible.

INFORME ESPECIAL DEL FORO REALIZADO EL 3 DE NOVIEMBRE DE 2010
POR LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA REVISTA SEMANA



AUDITORÍA

GENERAL DE LA REPÚBLICA

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

NORMATIVIDAD Y CONTROL

Informe especial del foro realizado el 3 de noviembre de 2010
por la Auditoría General de la República y la Revista Semana

Revista de la Auditoría General de la República No. 14

Mayo de 2011 — Bogotá - Colombia — ISSN 0124 - 471X

SINDÉRISIS

Esta publicación ha sido editada en Bogotá D.C., Colombia. Cra. 10 17-18 P-9
E-mail: sinderesis@auditoria.gov.co — ISSN 0124 - 471X — Derechos Reservados

SINDERESIS

AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

Iván Darío Gómez Lee

DIRECTORA

Isabel Martínez Gaitán

COMITÉ EDITORIAL

**Ana María Echeverry Álvarez
Rossana Payares Altamiranda
Isabel Martínez Gaitán
Fredy Céspedes Villa**

COLABORACIÓN ESPECIAL

Sandra Yaneth camargo Acosta

EDICIÓN, DISEÑO Y COMPOSICIÓN

**Juan de Dios Cano Londoño
David Garzón Rodríguez**

COMUNICACIONES Y LOGÍSTICA

**María Ximena O'Byrne Agredo
Jhon Alexander Agudelo Córdoba**

TRANSCRIPCIÓN DE TEXTOS

América Moreno Guzmán

IMPRESIÓN

Imprenta Nacional de Colombia

CONTENIDO

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: NORMATIVIDAD Y CONTROL

I. REFLEXIONES INICIALES	9
INSEGURIDAD JURÍDICA, OTROS PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES	11
EL ESTADO PERDEDOR Y ACTORES	20
QUE DESVÍAN SUS FINES	20
COOPTACIÓN, NECESIDAD DE REFORMA Y COMPROMISO	26
CAUTERIZACIÓN DE LA SENSIBILIDAD ANTE LA CORRUPCIÓN	29
II. PANEL SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.	33
INCIDENCIA DEL PRECIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.	35
SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE OBRA PÚBLICA.	41
INSEGURIDAD JURÍDICA NORMATIVA.	48
COMENTARIOS AL PANEL DE SEGURIDAD JURÍDICA	51
EL PERFIL DE LA NUEVA FUNCIÓN PREVENTIVA	53
EL TRASLADO DE LAS REGULACIONES Y OTROS TEMAS	58
UNA VISIÓN TÉCNICA	61
EL RUP CON LA FRENTE EN ALTO	65
GLOBALIZACIÓN Y REVOLUCIÓN ÉTICA	68
EL PROBLEMA ES EL OPERADOR NO LA LEY	71
LA INSEGURIDAD JURÍDICA TAMBIÉN EN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	75
III. PANEL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN	77
MARCO NORMATIVO Y LA NUEVA PROPUESTA DE CONTROL DE LA AUDITORÍA	79
ANÁLISIS DE FONDO Y PROPUESTAS	82
COMENTARIOS PANEL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN	85
EL CONTROL INTERNO A REVISIÓN	87
CONTROL EN TIEMPO REAL Y MENOS RITUAL. PRIORITARIO EL CONTROL INTERNO.	88
EL CONTROL UN ACOMPAÑAMIENTO ESENCIAL A LOS FUNCIONARIOS ÉTICOS	91
EL COMPROMISO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	94
LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES Y LA CREDIBILIDAD	96



IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE. Auditor General de la República
ANA MARÍA ECHEVERRY ÁLVAREZ. Auditora Auxiliar
FREDY CÉSPEDES VILLA. Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal
CECILIA VILLALBA MOSQUERA. Secretaria General
ISABEL MARTÍNEZ GAITÁN. Directora Oficina Estudios Especiales y Apoyo Técnico
MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS. Director de Planeación
ROSA VIVIANA CASTAÑEDA AYA. Directora Oficina Jurídica
SANTIAGO MUÑOZ MEDINA. Director Oficina de Control Interno
CARLOS A. CABRERA SAAVEDRA. Director de Control Fiscal
LUCENITH MUÑOZ ARENAS. Directora de Responsabilidad Fiscal
LUZ STELLA VARGAS LÓPEZ. Directora de Recursos Financieros
MARGARITA MARÍA MÁRQUEZ FIGUEROA. Directora de Recursos Físicos
BEATRIZ AMALIA SÁNCHEZ LUQUE. Directora de Talento Humano
NORA ELENA CORREA LONDOÑO. Gerente Seccional I [Medellín]
JOSÉ LUIS FRANCO LAVERDE. Gerente Seccional II [Bogotá]
JUAN CARLOS RENDÓN LÓPEZ. Gerente Seccional III [Cali]
JAIRO ALFONSO PLATA QUINTERO. Gerente Seccional IV [Bucaramanga]
ÁLVARO RAFAEL AGUILAR BOLAÑO. Gerente Seccional V [Barranquilla]
JAIME PARRA SÁNCHEZ. Gerente Seccional VI [Neiva]
ADRIANA STELLA GIRALDO. Gerente Seccional VII [Armenia]

¡Fortaleza del Control Fiscal!

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL: NORMATIVIDAD Y CONTROL

PRESENTACIÓN

El foro que sobre seguridad jurídica y control de la contratación estatal realizado conjuntamente entre la Auditoría General de la república y la Revista Semana, con el liderazgo de Lina Zuluaga desde este medio informativo, fue un evento sui generis y privilegiado en los estudios de la Contratación Estatal y Control Fiscal Colombianos. Pocas veces se han dado cita las autoridades protagonistas y los expertos para plantear los problemas y soluciones con tanta dedicación y rigor. El documento de relatoría que presentamos hoy se convierte en un material de lectura obligada para los especialistas en estas temáticas.

Creo que la gran conclusión de este evento es la necesidad de ir hacia una nueva Política de Estado en materia de contratación, que exige un cambio de concepción en la relación contractual con los

particulares, donde el interés público sea ganador, para lo cual los mecanismos de control deben ser más contundentes. Llama la atención cómo, todos los actores quieren hacerse parte con sus iniciativas de esta nueva coalición que descubra una contratación justa y eficaz.

En ese sentido se dijo que hay que repensar en serio el futuro de la contratación pública, porque ha habido un proceso de deterioro creciente en el manejo de los asuntos del Estado y eso no es solo por falta de normatividad o por confusión o vacíos que se puedan aprovechar. Lo que hay que hacer es cambiar prácticas, cambiar creencias, cambiar costumbres, que lo que hacen hoy es facilitar el enriquecimiento fácil en detrimento del bienestar social que debe generar el Estado.

La primera parte del foro estuvo enmarcada por

unas reflexiones iniciales; quien escribe esta presentación mostró un panorama de la inseguridad jurídica y otros problemas que enfrenta la contratación con sus respectivas soluciones. Luego, la señora Contralora General de la República hace ver como el Estado es cada día perdedor en sus relaciones con los contratistas lo cual implicará un rediseño en el control; aplicando la “teoría de juegos” el Estado sale muy mal librado. El señor Procurador llamó la atención sobre un régimen de contratación que se entregó a los particulares desde la creación de sus normas hasta sus decisiones más cotidianas, en un fenómeno que llama la “cooptación”. Por último en esta primera parte el agudo investigador de la revista semana Carlos Huertas, expresa sus preocupaciones por una sociedad que tiene cauterizada su sensibilidad frente a la corrupción.

La segunda parte es un panel sobre la seguridad jurídica en la contratación, la cual sale mal librada. En las intervenciones de los Consejeros Ruth Estella Correa y Jaime Orlando Santofimio Gamboa y del experto Felipe De Viveros Arciniegas, el lector podrá apreciar un severo cuestionamiento a la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos, que ofrecen un panorama desolador en el tema de la seguridad jurídica producida por la improvisación. Se manifestó la necesidad de un esfuerzo compilador y unificador de interpretaciones, alguien que de un norte. Una interesante tesis expuesta es la de los sobrecostos que debe generar como consecuencia la nulidad absoluta del contrato. Se analizó que recurso público no es el recurso presupuestado exclusivamente, lo cual abre un tremendo boquete de discusión en relación con

las normas aplicables en materia de contratación pública. Otro tema que genera inseguridad jurídica es el relacionado con la prórroga de concesiones.

Otros comentaristas en ese panel de seguridad jurídica fueron el Ministro de Transporte Germán Cardona y los doctores María Eugenia Carreño, Manuel Restrepo, Juan Camilo Ramírez, Antonio Gómez Merlano, Juan Pablo Estrada y Jhon Jairo Camargo. Dijo con determinación el Ministro que no debe existir en Colombia un proyecto más sin que se haya agotado la etapa de diseño con rigor. En el trámite de los acompañamientos preventivos realizados por la Procuraduría, se han encontrado vacíos que son cubiertos con la interpretación, a veces amañada, de los ordenadores del gasto o de los oferentes, pero ni todos los procesos de contratación son irregulares, ni todos los servidores públicos son corruptos, ni todos los proponentes son desleales, ni todos los organismos de control, coadministran o son inoportunos en su gestión. En Colombia hay que hacer una gran revolución en materia ética del funcionario del Estado y en materia administrativa, sin temor a denunciar la corrupción. Inseguridad jurídica también es que el Estado no tenga mecanismos alternos para solucionar los conflictos.

En el panel de Control Fiscal a la Contratación, Iván Darío Gómez Lee, Auditor General de la República y Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Presidente de la Sección Primera Consejo de Estado, recordamos y explicamos cómo la contratación pública es una de las formas de gestión administrativa que pretende, con la colaboración de los particulares, lograr el cumplimiento de los fines

estatales. El Artículo 61 de la Ley 610 de 2000 se ha referido expresamente a las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad fiscal para un contratista. Está faltando para tener un control fiscal mucho más efectivo y oportuno repensar el control interno.

Para finalizar, Ángel Custodio Cabrera, Presidente de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes; Carlos Ossa Escobar, Ex Contralor General de la República; Martha Yaneth Veleño, Ex Directora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá; Nelson Izáciga León, Delegado para la Infraestructura de la Contraloría General de la República, plantearon que es hora de revisar el control interno y si es necesario, hacer un cambio sustancial legal para que estas oficinas sean las primeras que conozcan y realicen un previo control al proceso de contratación. El control fiscal no es ni previo, ni posterior, el control fiscal tiene que ser en tiempo real y esa es la gran conclusión de estos últimos años porque pone la discusión en otros términos, se hace evidente la necesidad de que las contralorías estén absoluta y totalmente automatizadas con una presencia agresiva de las TICS en el manejo del control, con auditores que no necesariamente estén en las oficinas de las entidades controladas.

En síntesis, concluyeron que el tema normativo podría simplificarse mucho mas, para dar lugar

a procesos fiscales abreviados. Frente a ello la Contraloría en trabajo conjunto con la Auditoría General de la República, está acompañando el Proyecto de Ley Anticorrupción que contiene un nuevo y mejor proceso de responsabilidad fiscal con normas más simplificadas. Es necesario que los organismos de control gocen de credibilidad ante sus ciudadanos, consideramos que en Colombia se ha perdido la confianza tanto en el poder ejecutivo, legislativo, judicial y de los organismos de control. Hay que partir de la base de generar confianza y la confianza se va generando con el buen ejemplo, con las buenas actuaciones y asumiendo las responsabilidades

Nos complace presentar el registro de este foro de discusión que hemos preparado con Isabel Martínez Gaitán, Directora de Estudios Especiales, y Sandra Jeannette Camargo Acosta, Asesora del Auditor General de la República, en el que se recogen las ponencias, a manera de relatoría y advertimos, sin previa revisión de cada conferencista, pero soportados en las grabaciones, sobre las cuales realizamos un gran esfuerzo para producir este documento.

IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE

Auditor General de la República

Bogotá D.C., mayo de 2011

I. REFLEXIONES INICIALES

INSEGURIDAD JURÍDICA, OTROS PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES

Iván Darío Gómez Lee, Auditor General de la República

EL ESTADO PERDEDOR Y ACTORES QUE DESVÍAN SUS FINES

Sandra Morelli Rico. Contralora General de la República

COOPTACIÓN, NECESIDAD DE REFORMA Y COMPROMISO

Alejandro Ordóñez Maldonado. Procurador General de la Nación

CAUTERIZACIÓN DE LA SENSIBILIDAD ANTE LA CORRUPCIÓN

Carlos Huertas. Director de Investigaciones de la Revista Semana

INSEGURIDAD JURÍDICA, OTROS PROBLEMAS Y POSIBLES SOLUCIONES

Iván Darío Gómez Lee, Auditor General de la República

En torno a la temática central, uno de los temas que hemos venido trabajando con mucho rigor y técnica ha sido el del Control Fiscal a la Contratación. Cuando sustenté mi postulación ante el Consejo de Estado, planteé que me centraría en tres ejes fundamentales como Auditor General de la República: el primero, trabajar por la consolidación de un sistema de control fiscal eficiente; el segundo, contribuir para que se llenara un vacío que existe en el país en materia de control fiscal a la contratación pública y el tercero, combatir con efectividad la corrupción.

Es lamentable que este panel haya coincidido con una situación crítica en la contratación pública, con escándalos de corrupción muy preocupantes para los ciudadanos del país, especialmente para la ciudadanía de Bogotá. Coincide el evento con esta coyuntura y es un hecho significativo que tengamos hoy la oportunidad de tratar y discutir de manera general cuáles son los modelos de control que tenemos y cuáles los problemas más graves que tiene la contratación del Estado Colombiano, entre ellos, el de la inseguridad jurídica.

Muchos temas requieren atención inmediata. Las disfuncionalidades y propuestas que analizaré comienzan por el talento humano que administra y

decide la contratación y se reflejan en la ausencia de idoneidad de quienes tienen a su cargo la facultad de ejecutar presupuestos supremamente abultados en regiones sitiadas por la delincuencia; comprenden aspectos tan complejos como los tecnológicos, los del control fiscal o los de una verdadera política de Estado. Al realizar este breve balance a la política pública de la contratación, el punto de partida y el más importante tiene que ver con que la contratación del Estado dejó de ser un tema de rango estatal e intergubernamental.

1. INSEGURIDAD JURÍDICA Y PRIVILEGIOS

La dispersión y la proliferación normativa son un alto riesgo para los operadores de la contratación y para la desviación de los fines del Estado en tantos decretos reglamentarios, profusos y confusos. Cambiar la Ley y los reglamentos es necesario en determinado momento; sin embargo, ello no es suficiente, paralelamente, se debe continuar la formación de contratistas y funcionarios, en lo práctico y en lo ético, sin que por ello se deba declinar en el control, en la rendición de cuentas y en la imposición de sanciones justas y ejemplarizantes.

Después de una reforma el balance que se tiene

es que se han producido 74 Decretos, 26 suspensiones y 3590 reglas jurídicas. Precisamente un aspecto importante de resaltar es el que tiene que ver con esa reglamentación, regulación y normatividad legal que genera inseguridad jurídica en los últimos años, que hace casi imposible construir eficiencia y transparencia, como lo quería el legislador en 2007 con la Ley 1150.

El 16 de julio de 2007 fue expedida la Ley 1150 que introdujo 33 disposiciones modificatorias o complementarias a la Ley 80 de 1993 y dictó unas pocas disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. El proceso de expedición de la Ley no fue nada fácil, en varias oportunidades los diversos intereses económicos que rondan la contratación lo frenaron en el Congreso de la República.

Al finalizar su trámite de nuevo en la Cámara, en la plenaria hubo una feria de privilegios para algunos sectores, como las prórrogas a las concesiones y el régimen privado para las sociedades de economía mixta y para las empresas estatales en general. Las nuevas reglas de contratación pública colombiana son muy flexibles y le dan a la legislación en esta materia un carácter de marco; con este rasgo se abrió un amplio margen de regulación en los asuntos contractuales por la vía de los decretos.

La práctica cada vez más frecuente de prórroga de concesiones no sólo supone, en la gran mayoría de los casos, vulneración de los principios de publicidad y libre concurrencia, sino que también afecta la igualdad y la racionalidad económica descartando la oportunidad de nuevos conce-

sionarios con mejores condiciones, práctica que puede traer como consecuencia la corrupción “de cuello blanco”.

2. CONFLICTO DE INTERESES, PUERTA GIRATORIA

En el Estado Colombiano, en la contratación, tenemos un tema de conflicto de intereses que aún está por profundizarse y revelarse. No se puede perder de vista que a la contratación estatal le son aplicables todas las causales de impedimentos y recusaciones de los jueces administrativos por remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993. Es decir el ordenador del gasto, la entidad en sus relaciones con los particulares, con los abogados que tienen demandadas a las entidades, están sometidos a conflictos de intereses como están sometidos los jueces de la República.

Hoy por hoy, los asesores de las entidades estatales son los mismos que están participando en la regulación y en la reglamentación de la ley de contratación. Encontramos que los abogados que representan a las empresas en los procesos judiciales son los mismos abogados que asesoran a las entidades en la estructuración de pliegos.

3. FALTA DE PLANEACIÓN

Un tema fundamental es la falta de planeación de los procesos contractuales. Los Alcaldes comprometen las vigencias futuras y dejan los anuncios de las futuras contrataciones, procesos contractuales que no tienen estructuración de pliegos, que no tienen estudios, que no están debidamente documentados y soportados. Es uno de los princi-

pales problemas, eje de la situación que enfrenta hoy la ciudad de Bogotá y otras ciudades; se habla además que los procesos contractuales se estructuran en oficinas en donde se hacen asignaciones previas a los empresarios y contratistas que ganarán esos procesos

4. ADICIONES A LOS CONTRATOS

Se han formulado grandes críticas en el tema de las concesiones y sus prórrogas, que no aplican principios de publicidad, de libre concurrencia y de oportunidad para tener nuevos y mejores concesionarios al permitir las adiciones de los contratos de concesión en un 60%. Adicionalmente, La Ley 1150 de 2007 prácticamente cerró en su artículo 28 la posibilidad de hacerlo, este es un balance económico que está todavía por realizarse.

5. NÓMINAS PARALELAS

Un gran riesgo en la contratación estatal está relacionado con el fenómeno de las nóminas paralelas; en el año 2009 se contrataron 58.522 personas según la información que reposa en las contralorías de todo el país; en lo que se ha llamado el riesgo de nóminas paralelas que son formas de subempleo, de explotación laboral y también formas de clientelismo para pagar favores políticos, contratos que se celebran a dedo sin previo concurso.

6. CERTIFICACIÓN DE COMPETENCIAS

En relación con el capital humano, con el talento humano, es imperativo limitar en todos los nive-

les del Estado la posibilidad que funcionarios sin formación certificada en contratación realicen este proceso o asesoren en esta materia. Es una prioridad que necesita ser abordada para garantizar procesos de contratación confiables. Hoy una persona que no tiene bachillerato puede ser ordenador de gasto.

7. SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS

Una medida para evitar que continúen los detrimentos patrimoniales al erario, es suspender los proyectos de obra pública improvisados e inconvenientes; esa facultad la tiene la Procuraduría General de la Nación, y con el aporte de las Contralorías presentando los elementos de juicio a esta Entidad, se adoptarán medidas drásticas como las que reclama el país actualmente.

8. REGULAR Y CONTROLAR PRECIOS

Es importante el tema de la regulación de precios; hay elementos recurrentes pero desafortunadamente el Sistema de Contratación Estatal –SICE-, no está cumpliendo el papel de orientar a una sana economía de contratación. Es probable que el SICE sea pesado, obsoleto y costoso. Por tal razón, estamos haciendo una auditoría para que la Contralora General de la República evalúe las medidas que ella estime pertinentes con este sistema de información y se integre con el SECOP.

Se debe acelerar la puesta en funcionamiento del Sistema Electrónico de Contratación, SECOP y su link de normatividad, instrumentos democráticos de publicidad y eficiencia. Es necesario replantear

el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, para hacerlo ágil, eficiente, gratuito, y que sirva para regular precios en determinados casos.

9. DEFENSA JUDICIAL

Es urgente poner en cintura una defensa judicial del Estado especializada. Hay un proyecto de Ley, que radicó el señor Procurador, que pone freno a las actuaciones prejudiciales o extrajudiciales corruptas. Ya me refería a este fenómeno cuando mencionaba el tema de los abogados especializados que son juez y parte. Es necesario que se haga una verdadera defensoría pública del Estado, toda vez que el pasivo contable por demandas ante la jurisdicción contenciosa es superior a los 180 billones.

10. SELECCIÓN OBJETIVA

Las causales de contratación fueron aumentadas por la Ley 1150 de 2007, pero de los decretos reglamentarios ni hablar en materia de compras directas. El RUP tampoco cumple su papel de informar de manera oportuna la capacidad real de contratación de un proponente. En la selección se margina la corrupción cuando se acude al sorteo para la adjudicación, una vez se evalúe que los proponentes cumplen los requisitos. Vale poner un ejemplo, en la Procuraduría General de la Nación se lleva muchos años adjudicando el contrato de vigilancia por sorteo previa selección de los más calificados, así en uno de los contratos más grandes del país, que se adjudica por ese transparente mecanismo, siempre hay entre 9 y

11 proponentes calificados.

11. CONTROL INTERNO

Es necesario recordar que la Constitución Política de 1991 partió de la premisa del autocontrol de recursos en las entidades públicas, por tanto en aras de cumplir este querer del constituyente primario, es evidente la necesidad de fortalecer el control a la contratación pública con el control interno de cada entidad y de las contralorías, dotándolas de herramientas tecnológicas y de recurso humano especializado y así eliminar la burocracia del control interno. Son más de 5.700 dependencias de Control Interno del Estado, ¿Qué papel están cumpliendo?

Están dejando de aplicar el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 que les impone perentorios deberes de control previo a la contratación, pero muchas oficinas sostienen con desconocimiento de la norma que ellos no se pueden pronunciar ni en los procesos precontractuales ni en la ejecución de los contratos, que tienen que esperar a la liquidación del contrato para poder emitir una opinión.

Las Oficinas de Control Interno están llamadas a cumplir funciones de acompañamiento y asesoría en los procesos de contratación de las respectivas entidades para garantizar la correcta celebración, ejecución y liquidación de los contratos. La única restricción en la Ley 87 de 1993 es refrendar o visar cuentas.

12. ANTICIPOS

Los recursos entregados en calidad de anticipo

deben tener un estricto control. Se derogó la disposición del Decreto 2170 de 2002, que imponía el manejo en cuentas conjuntas pero ahora lo preocupante es que en el proyecto de Ley Anticorrupción se plantea que todos los anticipos sean manejados en fiducias o en encargos fiduciarios, que también sería un exceso, porque estamos generando un negocio para las fiducias y los encargos fiduciarios.

Para el manejo del anticipo el contratista debe constituir una cuenta bancaria en una entidad financiera, que tiene como propósito el exclusivo uso de estos recursos originados en la ejecución del contrato y generar rendimientos como mínimo del IPC anual; los titulares de la cuenta, serán el contratista y un representante de la entidad pública, la entidad financiera escogida deberá encontrarse bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera. El contratista no podrá solicitar sobregiros de esta cuenta y solamente podrá realizar transacciones bancarias derivadas del anticipo.

Así mismo la cuenta bancaria debe tener manejo exclusivo por parte del contratista. La responsabilidad del buen uso de la cuenta y de los recursos recaerá exclusivamente en el contratista; el interventor o supervisor del contrato debe cumplir con una función de supervisión respecto de los recursos entregados en calidad de anticipo y de los rendimientos que éste genere.

13. REGLAMENTO ÚNICO

Actualmente, las normas reglamentarias de las le-

yes de contratación ascienden a la cantidad de 74 decretos, que contienen 3.195 artículos relativos a temas contractuales, 26 normas suspendidas y 12 ya anuladas por el Consejo de Estado, ante su evidente contradicción con las mismas leyes. Es apremiante, evaluar los errores cometidos y lo que aún está pendiente y a partir de allí tomar medidas como la de preparar un decreto reglamentario único, estudiado por diversos expertos y los organismos de control, marginados éstos de los intereses que rondan la contratación.

14. UNIDADES DESCENTRALIZADAS DE PLANEACIÓN

Aunque hablar de la creación de una unidad puede resultar anacrónico, es decir, los problemas no se resuelven creando entidades, pero lo cierto es que no hay un ente articulador, no hay un comité, una instancia estatal en donde puedan participar desde el Consejo de Estado como cuerpo consultivo hasta los organismos de control del gobierno; una entidad que oriente y articule.

Adicionalmente, la mayoría de los procesos contractuales que sean uniformes se pueden centralizar y ello producir economías de escala; si hoy tenemos un departamento administrativo para la función pública, por qué no conformar una Unidad de transparencia, planeación y seguimiento a la contratación que fijará políticas y prácticas de transparencia en la contratación estatal, que establezca lineamientos para la planeación y seguimiento de la contratación, que propenda por la estandarización de las reglas de los procesos contractuales, que busque reducir costos y con-

diciones económicas más favorables, que aporte especificaciones técnicas estandarizadas, que propenda por el cumplimiento de estrictos programas de aseguramiento de la calidad por parte de los contratistas y que brinde capacitación a los operadores de los procesos contractuales. Estas unidades podrán agregar o acumular procesos contractuales de diversas entidades que generen condiciones más favorables para la entidad.

Para que se logre la conformación de las mencionadas Unidades, se requiere del compromiso de Alcaldes, Gobernadores, Ministros, y Directores, como representantes de la respectiva entidad territorial y de su sector. Es importante que estas unidades puedan conformar grupos interdisciplinarios, que atiendan mínimo los aspectos relativos a las acciones de planeación, programación, revisión y elaboración de componentes técnicos y legales, con el fin de lograr una contratación exitosa bajo los principios y procedimientos establecidos en las normas sobre contratación pública.

15. LAVADO DE ACTIVOS

En la contratación estatal existe un riesgo previsible y es el de utilizar la contratación como medio para lavar activos por parte de grupos al margen de la Ley. En consecuencia, las entidades tienen el deber funcional al igual que los bancos, de verificar el origen de los recursos de los contratistas, en cumplimiento del artículo 37 de la Ley 1121. Las entidades del Estado no son conscientes de esa posibilidad en algunas regiones; en fin, considero, fundamental y urgente para el logro de las

políticas de este gobierno que la Presidencia de la República plantee una política de Estado con organismos de control, con la justicia, con los académicos, algo así como un pacto nacional de control y buenas prácticas en la contratación estatal, que promuevan su efectividad, economía, transparencia, control público y social.

16. GENERALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA

En el país se generalizó la contratación directa como medio de selección de contratistas, tal como se evidencia en la información que la Auditoría General de la República ha recibido en el marco del proyecto de control al control de la contratación, donde se estableció que el 52% de los procesos contractuales de los sujetos vigilados por las contralorías se realizan a través de contratación directa. Por el contrario la selección, previa convocatoria, concurso y publicidad es excepcional.

De conformidad con las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y el principio de transparencia, los procedimientos de selección por excelencia, deben ser la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos. Lamentablemente, el uso indebido de la contratación directa para privilegiar personas naturales o jurídicas va en contra de la selección objetiva, que constituye garantía para el Estado de que se contrata en las mejores condiciones de precio, calidad e imparcialidad de la contratación directa.

17. EFECTIVIDAD DEL CONTROL

La Ley 80 de 1993 en el principio de economía consagrado en el Artículo 25, prohibió la intervención de las contralorías en la etapa precontractual. Es decir, este rezago de la Constitución anterior a 1991, donde las contralorías coadministraban la contratación, donde muchas veces eran los contralores a quienes se les debía adjudicar una licitación; la Constitución de 1991 elimina el control previo, estableciendo que este debe ser posterior, pero a ello le agrega la Ley 80 de 1993 la prohibición expresa de que los contralores intervengan en la etapa precontractual. En esto hay que tener cuidado, porque hay varias contralorías que, no obstante esa prohibición, a través de mecanismos como las funciones de advertencia que son eficaces para la prevención del daño, están coadministrando los procesos de adjudicación y de selección.

Una cosa es el cuestionamiento a la solidez de los estudios de factibilidad, por ejemplo y otra, que la contraloría entre a hacer un juicio de valor de si en la etapa precontractual de los pliegos se preserva o no se preserva el principio de igualdad, o si se establece algún tipo de discriminación. Se debe tener cuidado porque la finalidad de la ley es precisamente que la contralorías no deben emitir conceptos para la adjudicación de los contratos.

Otro hito fundamental, es el Artículo 65 de la Ley 80, que establece tres momentos de intervención de las contralorías, en consonancia con el artículo 25 de la misma Ley. El primero, una vez legalizado el contrato, y es a partir de ese momento que se hace la evaluación de la etapa precontractual. El segundo, la intervención de las contralorías en

los pagos, a medida que éstos se van realizando. Y el tercer momento es la liquidación del contrato.

Esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional y la sentencia 623 de 1999 establece que la intervención es constitucional, sin ninguna reserva, ni duda. No está aún resuelto claramente para el caso de los contratos de concesión la intervención oportuna por tratarse de contratos de larga duración, 20 o 30 años en los que el Estado no paga como tal. Entonces ¿Cuál sería el momento y cuál sería la oportunidad del contrato de concesión?, ¿Habría que esperar a que se acabe la concesión para poder hacer control fiscal? Se llegaría a la tesis absurda de que siempre que llegue la contraloría va a encontrar caducada la intervención porque la posibilidad de hacer vigilancia caduca a los cinco años.

Si vemos ahora el tema no en la perspectiva dogmática, sino en la perspectiva de la cotidianidad, el control fiscal a la contratación es un control eminentemente numérico-legal. No obstante, la Constitución Política abre todo un horizonte para realizar control a la gestión y a los resultados y la Ley 42 de 1993 en los artículos 12 y 13 ofrece grandes posibilidades, observamos poco control a la gestión, a los resultados y muy pocas veces a los hallazgos principales. En el control a la contratación, por ejemplo, detectar que la póliza está mal constituida porque tiene mal las fechas (ese tema es importante no se trata de minimizarlo), ha sido uno de los emblemas del control, así como el control numérico-legal a los pagos, siendo que hay muchos temas tanto o más significativos.

El control fiscal a la contratación debería ir mas

allá, debería orientarse más a la gestión y a los resultados. Dentro de ese lineamiento hemos venido trabajando con muchas contralorías del país.

18. ALIANZA PARA EL CONTROL AL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN

Con la finalidad de consolidar una alianza entre las Contralorías General, Territoriales y la Auditoría General de la República, para desarrollar estrategias conjuntas dirigidas a vigilar los recursos de la contratación, la Auditoría General de la República tomó la determinación de hacer obligatoria la rendición de cuentas por parte de todas las contralorías, cada dos meses, sobre sus acciones de control de la contratación; constituye un esfuerzo de transformación colectiva que cuenta con la voluntad política y el concurso de la mayoría de las contralorías territoriales del país.

Estamos trabajando en un nuevo modelo orientado al control de la contratación, evaluando la gestión contractual y los resultados. Para ello estamos formulando metodologías para identificar situaciones de riesgo o graves de contratación en el país. Lo interesante es que a este proceso de cambio del control fiscal colombiano se ha sumado la Contraloría General de la República

Es claro que la Auditoría General de la República en el marco de sus competencias no puede dar instrucciones de control a los contralores, pero si evalúa las competencias administrativas y las competencias misionales de las contralorías.

El desafío del control fiscal en Colombia es priorizar el control a la contratación desde el punto

de vista fiscal. Pese a que el tema más relevante, desde el punto de vista presupuestal, es el pago de nómina, el problema no está allí. Desde el punto de vista de la dinámica pública, el tema más importante es la contratación, según lo demuestran las cifras.

Desde el punto de vista fiscal por vía de la contratación se están ejecutando 60 billones de pesos al año, dentro de los cuales 19 son manejados por particulares y el resto son los recursos que están ejecutando las entidades del orden nacional y del orden territorial, lo que constituye el tema fiscal de mayor impacto. Estas nuevas prácticas y nuevas tareas de control se han ido priorizando. El balance que presentamos hoy sobre cómo está el control a la contratación ha sido nutrido con la información de la gran mayoría de las contralorías del país.

Lo anterior, nos ha permitido atender los casos más relevantes y será base para hacer un trabajo transversal en ciertos temas, salud, regalías y planes departamentales, entre otros, temas que ya estaban en la agenda de la Contraloría General y que están comprometiendo parte significativa de las vigencias futuras y de los presupuestos hasta el año 2020.

Nuestra estrategia de control y nuestra prioridad, dado su impacto fiscal es fortalecer el control fiscal a la contratación, tarea que estamos llevando a cabo con seguridad.

Según los estudios que hemos realizado, en la Auditoría General de la República, y en el marco del proyecto de control al control de la contrata-

ción, del cúmulo de hallazgos de 2.9 billones de pesos, el 42% está relacionado con la contratación pública. En Bogotá, actualmente están en riesgo 532 mil millones de pesos según las auditorías que hemos realizado a la Contraloría Distrital y puntualmente en lo que tiene que ver con el grupo Nule, la suma asciende a los 216 mil millones de pesos en Bogotá. El consolidado de los contratos que se han identificado hasta el momento en las acciones que ha emprendido la Contraloría General de la República y que estamos apoyando, del grupo Nule son 781 mil millones de pesos.

Respecto de las carreteras regionales, 16 de ellas se han adjudicado por 2.3 billones de pesos, la semana pasada revelaba el INVÍAS que se van a requerir 5 billones adicionales, probablemente por falta de planeación de los procesos como ya se ha señalado.

19. POLÍTICA DE ESTADO

Es importante que la reglamentación a la contratación pública sea un asunto de Estado en la que participen todos los involucrados (órganos de control, altas cortes, academia, gremios), pues si no se adoptan medidas inmediatas, si no se recupera el rumbo de una verdadera política de

Estado, el tema de las inversiones públicas no tiene futuro en el país. No es sostenible.

Es fundamental que la reglamentación y regulación o instrucción de prácticas de la contratación pública sea valorada y asumida en el marco de una política de Estado. Resulta que la reforma que culminó con la expedición de la Ley 1150 de 2007 perdió ese norte. En sus inicios, en el año 2004, se le dio ese carácter cuando vinculó a los órganos de control de primer nivel. Hasta el 2006 tuvo esa altura en el Senado, pero al final, en la Cámara, se redujo a una reforma menor y confusa que terminó con la creación de una comisión intergubernamental sin alto rango estatal.

Sería muy positivo que el Señor Presidente lidere una política pública transversal con los organismos de control, la justicia y los especialistas para que se proponga un Acuerdo Estatal de Control, Reforma y Buenas Prácticas en la Contratación Estatal, que se puede promover con el compromiso de la Auditoría General de la República y de esta manera lograr efectividad, economía, transparencia, eficiencia, control público y social. Medidas que deberán tener los aportes esenciales de la Contraloría General de la República, que también ha iniciado un nuevo cuatrienio.

EL ESTADO PERDEDOR Y ACTORES QUE DESVÍAN SUS FINES

Sandra Morelli Rico. Contralora General de la República

La introducción a este foro ha puesto el punto, el dedo en la llaga; quienes estamos a cargo de los organismos de control en este momento del país, venimos obteniendo elementos para llegar a un balance que no es para nada alentador de la situación de debilidad institucional para hacerle frente a estos fenómenos de corrupción que encuentran en varias entidades y en varios espacios, un terreno próspero para anidar y crecer ese flagelo.

El tema de la contratación lamentablemente no es una excepción. Tenemos por un lado lo que podemos identificar como fenómenos de corrupción y por otro lado el fenómeno de disfuncionalidad, que aunque no responde a conductas delictivas, dolosas o nutridas meramente por el interés particular en detrimento de lo público, no resultan funcionales a los intereses del Estado. En este sentido, retomo las palabras del Auditor General de la República, cuando dice que esta situación no es sostenible.

Para los matemáticos, hay un presupuesto esencial en la teoría de juegos y es que los juegos se hacen en la medida que todos ganen, que sea una ecuación que suma cero para los actores de la contratación pública. Particularmente al sector

privado se le olvidó que en la contratación pública todos tienen que ganar. Sin lugar a dudas el contratista tiene derecho al lucro razonable pero de la misma manera la entidad pública está buscando un beneficio y hemos ido corriendo las fronteras por situaciones institucionales de contexto socioeconómico, jurídico y también de corrupción y de actitud, a tal punto que hoy en día estamos avocados a una situación donde siempre pierde el Estado, cada vez va perdiendo más y más, hasta el punto que creo, estamos al borde de la no sostenibilidad.

Esto tiene sus raíces en el actual esquema contractual del país y en consecuencia, enfrentamos no solamente una crisis de la infraestructura, que más o menos estamos acostumbrándonos a administrar, sino también la crisis de la prestación de los servicios públicos. De tal manera que esto puede llegar a ser muy grave si no le ponemos de manera inmediata un punto final.

Vale la pena hacer un análisis del contexto de por qué llegamos a la situación en la que estamos, cuáles son los incentivos perversos en términos normativos e institucionales de esta situación y dónde están los puntos neurálgicos que hasta ahora hemos identificado para saber dónde tenemos

que adoptar correctivos.

Empecemos por el contexto en el que se desarrolla y crece esta situación donde el juego con suma cero, donde todos ganan, se desdibujó hasta el punto que creo que la exageración ha llevado a que se esté matando la gallina de los huevos de oro que obviamente tendría que haber sido el Estado.

Todos sabemos que el país vivió un problema de desinstitucionalización donde los poderes nefastos, donde los grupos al margen de la Ley, guerrilla, narcotráfico y paramilitarismo se apoderaron del poder local y hemos concentrado nuestra atención siempre en ver que efectivamente no había posibilidad de que el Estado, el único que puede tener el monopolio legítimo del uso de la fuerza, ejerciera soberanía a lo largo y ancho del territorio nacional.

Sin embargo, la soberanía no es solamente un tema de recuperación del orden público y del ejercicio de la autoridad política, porque hoy en día, mucho más que antes, el ejercicio de la soberanía también tiene que ver con la adecuada prestación de los servicios públicos y con la posibilidad de crear riqueza en términos de infraestructura y desarrollo que permitan un mejoramiento de las condiciones de vida ciudadana. En fin, de la realización del Estado Social de Derecho.

En esta situación de debilidad institucional, donde además gracias a la Constitución de 1991 habíamos dotado a las entidades territoriales de un amplio margen de autonomía y se habían iniciado importantes procesos de privatización de los servicios públicos y de la infraestructura de las

entidades territoriales, nos encontramos en la adjudicación a los particulares de la concesión de la infraestructura, de la operación de los servicios públicos bajo muchas modalidades; a manera de ejemplo podemos hablar del tema de acueductos, basuras, contratos de obras públicas, concesiones de redes viales, puertos, entre otros.

Un proceso importante de privatización que tuvo un desarrollo muy acentuado a nivel local, se da en un contexto donde lo público es débil, donde todavía los grupos al margen de la Ley tienen capacidad de captación o de intimidación de las autoridades locales. Encontramos que hay alianzas ilegítimas o contextos que favorecen esas alianzas, donde la publicidad y la libre competencia no son precisamente las que prevalecen al momento de la adjudicación del contrato, o bien porque los poderes locales son los que tienden a prevalecer y a ser preferidos por autoridades debilitadas, o bien porque la situación de orden público hace que otros concurrentes, que otros inversionistas, no quieran asumir ese riesgo de presentarse a estos concursos, a estas licitaciones.

En ese estado de cosas pienso que tenemos, en términos generalizados, en el país un régimen de relación entre lo público y lo privado donde el privado tiene efectivamente una capacidad prevalente de negociación. A nivel nacional la situación no es particularmente distinta, el resultado que tenemos hoy es un número muy limitado de contratistas que podemos identificar con nombre y apellido y sin hacer mayores esfuerzos. Sabemos cuáles son las sociedades y las empresas que se han

especializado en la contratación pública y en esa medida tenemos un mercado cerrado donde no opera la libre competencia.

Es cierto como dice Iván Darío Gómez Lee, el SICE no cumplió la función para el cual fue creado pero tampoco tenemos unas condiciones de mercado que garanticen la competencia de multiplicidad de actores, que determinen una racionalidad de precios, de tiempos y de calidad en la ejecución de las obras públicas y en la prestación de los servicios y eso ha permitido que se prorrogue y se perpetúe la situación monopólica que acabo de describir.

El contexto institucional favorece cada vez más esta situación, pero además se ha ido modificando, sofisticando y adaptando para que el statu quo se perpetúe. Por un lado, el país dentro de una normal y sana evolución jurídica ha producido una jurisprudencia garantista, que entiende cuáles son las vicisitudes de la contratación pública y en esa medida está abierta a que, teóricamente, el Estado, el fuerte en la relación contractual pública, deba reconocer al contratista privado los imprevistos, los mayores costos, asumir la responsabilidad de su imprevisión, cuando los diseños no estaban adecuadamente hechos o finiquitados.

Entonces tenemos una tendencia jurisprudencial inicial con una interpretación de las normas tendiente a lograr una equidad que parte de la premisa según la cual la parte débil era el particular contratista y la parte fuerte era el Estado contratante. La Ley 80 de 1993, que pretendía estimular la inversión privada y garantizarle al particular un comportamiento estatal no arbitrario, que no lo sometiera a lo que denominábamos el principio

de la capacidad unilateral del Estado, era ya una Ley bien amplia para efectos de garantía de los derechos de particulares.

Involucionamos hacia la Ley 1150 de 2007, que realmente da cuenta de ese resultado, de la prevalencia de lo privado sobre lo público, motivo por el cual se invierte esta ecuación económica hasta llegar al punto donde el Estado tendencialmente, es el que pierde y el particular, tendencialmente, es el que gana.

En ese contexto, desde esa normatividad también se desarrolla el arbitraje donde por un lado tenemos normas tendientes a favorecer y a proteger al contratista, incluso abusivo y oportunista y por otro lado, tenemos una jurisprudencia que fue concebida para equilibrar y para estimular la inversión privada en el entendido de que el particular iba a estar en desventaja siempre, respecto de la entidad pública.

Ese es el resultado que tenemos hoy en día. Un número finito, limitado e identificable de contratistas del Estado que tienen en su poder la contratación estatal, gracias a que el Estado ha ido declinando su ruta en las instancias de control, como previamente se ha reconocido en las instancias de contratación, tienen en sus manos grandes intereses del Estado en términos de administración portuaria, de administración de las vías, de prestación de servicios y tenemos un Estado realmente manco, débil, para afrontar las situaciones de crisis que se están presentando.

La situación tiene unas dimensiones muy grandes porque recientemente el Estado Colombiano por razones macroeconómicas y de crisis mundial,

optó por incentivar la inversión, optó por endeudarse, para que hubiera posibilidad de adoptar medidas antisísmicas en la economía y evitar la recesión. Todo esto se destinó a inversión en infraestructura y esto permitió que se dieran en concesión grandísimos tramos de nuestra infraestructura, que se contrataran nuevas vías, que todo esto se hiciera a la luz de planes cuya concepción implicaba una ejecución plurianual, estamos hablando de planes hasta el año 2019 e incluso estamos hablando del compromiso de recursos de presupuestos futuros que, como el Auditor ya lo indicó, llegan incluso hasta el año 2026.

La situación tiene dimensiones graves en términos financieros, de compromisos futuros de las finanzas del Estado y de endeudamiento, por cuanto además existe la disposición normativa de la Ley 1150 de 2007, que permite la prórroga sin mayores requisitos a la contratación existente y estimula a que se cuelguen anillos y varios aretes al eje central de la contratación original. Adicionalmente, porque al ajustar supuestas medidas correctivas se pueden generar situaciones apocalípticas y de futura responsabilidad del Estado.

El análisis que hemos hecho y la identificación de los puntos que a continuación voy a enumerar, deben llevarnos también a identificar claramente, cuál es el estado en que el particular entra a contratar con lo público, cuáles son los móviles y si realmente los presupuestos de la jurisprudencia son certeros, en términos de que hay una parte débil que es el particular y una parte fuerte que es el Estado, entre otros titular de facultades exorbitantes. Si es así, esta asimetría debe ser eliminada para garantizar equidad.

Lo cierto es que esta relación ha cambiado totalmente y lo que hoy tenemos es un Estado débil, capturado y cooptado por intereses particulares; un Estado que no ha utilizado adecuadamente toda la información, todo aquello que tiene a su disposición para estructurar y diseñar la forma como va a contratar y un particular que es conector de esa situación y que en cierta medida y seguramente en no pocos casos, se aprovecha de esta problemática, sabiendo que de allí puede sacar ventaja. Por lo tanto, los presupuestos que llevaron a la estructuración de esa legislación y de esa jurisprudencia cambiaron sustancialmente y en esa medida, las consecuencias y las conclusiones en términos de futuras indemnizaciones también tienen que ser totalmente distintas.

Obviamente esto tiene que ser mirado caso por caso pero lo que desde ya podemos plantear, como imperativo, es devolverle al país una razonabilidad en términos de relación entre lo público y lo privado, una razonabilidad en términos de verdadera transparencia en la contratación y apertura para que haya realmente competencia y pueda haber un control natural del mercado en términos de precios, tiempos y costos.

Hay unos puntos que desde ya tenemos que avocar, que requieren una intervención inmediata:

1. Se debe adoptar una política de Estado en materia de contratación, como también ya lo dijo el Auditor General de la República, que no puede delegarse en manos exclusivamente de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República, sino que exige desde la Administración misma un

cambio de concepción de lo que es la relación contractual con el particular, una capacidad de asumir el control de la situación y adoptar medidas contundentes.

2. Se deben prever y evitar futuros perjuicios que pueden llegar a ser mayores. Eso debe obligar a hacer un análisis descarnado de cuáles son los estímulos positivos del juego en donde solo ganan los particulares y la situación que se ha creado, para desarticularlos y desmontarlos sin vacilación.
3. Frente a la formulación y planeación de los proyectos al interior del Estado, hay una responsabilidad política muy importante no solamente de las entidades territoriales, sino también a nivel nacional.

El Congreso de la República se apresta a aprobar el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 que formulará el gobierno; me parece que debe tener el cuidado de prever que hay una captura de lo público por lo privado por estos tiempos. Los espacios fiscales que tenemos y el margen de maniobra para cambiar los proyectos, que ya están prediseñados, teóricamente prefinanciados y comprometidos con particulares, obliga al Congreso Colombiano a tener una evaluación muy objetiva de cuál es el espacio que tiene y qué es lo que realmente puede hacer y si se siente conforme con los compromisos asumidos y predeterminados o prefijados casi hacia dos décadas futuras, lo cual también, es además antidemocrático.

4. El caso concreto de la contratación y los diseños constituye un problema que es inconcebi-

ble y neurálgico. Desde ya se puede anunciar que los organismos de control van a poner bajo la lupa los diseños y toda la fase precontractual de planeación, porque lo que hemos encontrado es que a pesar de que hay una experiencia importante en términos de ingeniería, de calidad de suelos, de tiempos contractuales, de capacidad de cálculo de hora-hombre, maquinaria y tecnología, cada vez tenemos diseños más improvisados, no definidos, no consolidados y lo que realmente viene sucediendo es que al funcionario no le tiembla la mano para abrir la licitación, la entidad la abre y lo que es más increíble, los contratistas se presentan a contratar. Adicional a esto, se adjudica la obra y se programa una fase previa en la que el mismo contratista tiene que ver cómo se finiquitan los diseños y es allí donde queda el interés público.

Trasladamos así, por acuerdo entre las partes, la responsabilidad de mejorar o seguramente desmejorar esos diseños antes incluso de empezar a ejecutar las obras. Cuántas veces en esa etapa de redefinición de diseños lo que realmente sucede es que se agregan mayores obras, se cambian los diseños originales y se incrementan los costos, de tal manera que los señores que resultaron excluidos de ese contrato seguramente tendrán mucho que decir de los términos de igualdad y transparencia. Entonces el tema de los diseños, es un tema neurálgico. Bogotá es un ejemplo claro de ese punto.

5. En el control de los anticipos, lo que hemos encontrado es una involución en este asunto,

pues es un dinero público y existe todo tipo de normas en materia penal, fiscal y contable para su manejo. Sin embargo, estos anticipos se están evaporando. Es indispensable adoptar medidas inmediatas y sobre todo recordarles a los particulares y a los funcionarios públicos que la apropiación de los dineros del Estado se llama peculado, y se castiga con cárcel.

6. Otro aspecto preocupante es que una vez adjudicado el contrato, como lo ha mencionado el Auditor General de la República, existen todo tipo de razones y motivaciones jurídicamente argumentadas y legalmente conectadas, para que la obra inicial no tenga nada que ver en términos de costo y duración con la que realmente se termina pagando y ejecutando. No nos debe sorprender que lo que inicialmente se adjudica por 300 mil millones de pesos termina costando 700 mil u 800 mil millones de pesos; esta es una situación que es tan atípica, tan anormal, tan onerosa que no se puede tolerar de ninguna manera, pues también

puede hacerse acreedora a importantísimas sanciones.

7. Hay una serie de elementos adicionales que han encarecido tremendamente la contratación como los esquemas fiduciarios, las interventorías paralelas a la función de los organismos de control, las prácticas de los convenios y contratos interadministrativos, que son otras maneras de eludir el control y la libre concurrencia.
8. Podríamos seguir enumerando muchos aspectos funcionales y estructurales, como el de establecer la relación que hay entre vigencias futuras y los intereses contractuales particulares ya identificados.

Quiero dejar un mensaje final y es que en esta cruzada contra la contratación irresponsable o contra la contratación corrupta, lo que no le puede suceder al Estado es continuar dejándose amedrentar por el interés particular, por el juego que dejó de ser a suma cero que nos llevó a un mundo donde lo público lleva todo que perder.

COOPTACIÓN, NECESIDAD DE REFORMA Y COMPROMISO

Alejandro Ordóñez Maldonado. Procurador General de la Nación

El Doctor Iván Darío Gómez Lee, al instalar este evento, manifestaba su preocupación por la dolorosa coincidencia de este foro con los hechos dramáticos que estamos sufriendo en esta materia de contratación pública. Yo creo que eso no es una dolorosa coincidencia, es una feliz coincidencia porque la opinión pública está sensibilizada. Si, dolorosamente, pero está sensibilizada con los inconvenientes y con todo el escenario de la contratación pública.

A partir de esa sensibilización, en estos escenarios académicos, se pueden vislumbrar y analizar los problemas estructurales de la contratación pública que es visible y nos exige más en el cumplimiento de nuestras funciones, de nuestras competencias como organismos de control. No tendríamos pretexto alguno para sustraernos en el cumplimiento ya sea en materia fiscal, como en materia disciplinaria y en eso la sociedad puede estar absolutamente segura que llegaremos hasta el final, que si una de las circunstancias que más golpea la credibilidad de las instituciones es la impunidad, esa impunidad no va a permear el ejercicio de nuestras funciones.

Hay algo que quiero utilizar como objeto de reflexión y vale la pena advertir que yo no soy

experto en materia de contratación estatal, pero institucionalmente la Procuraduría si tiene muchas competencias, mucho que decir en estos escenarios, en estas actividades.

Me detendré en algunas reflexiones puntuales. Se ha dicho con insistencia y se ha denunciado la que es una de las más graves amenazas contra nuestra institucionalidad, la cooptación. La Contralora lo reiteró hace unos instantes, la cooptación de las entidades públicas por parte de la delincuencia organizada para que a partir de esa toma, de ese secuestro de los entes públicos se diseñen las políticas públicas. Y nos veníamos acostumbrando la institucionalidad, la opinión y la sociedad civil a no exaltar la cooptación que realizan los delincuentes, el narcotráfico, el paramilitarismo y los grupos armados al margen de la Ley. Pero olvidamos que hay otra cooptación tan peligrosa y tan riesgosa para la credibilidad institucional que es la que se hace en el marco de la actividad contractual y frente a ello, la capacidad de escándalo en la sociedad civil, es cada vez más reducida. Se tiene casi como un hecho, que debe soportar la democracia de nuestro sistema jurídico, que los contratistas financien a los alcaldes, a los gobernadores y a los congresistas y que como consecuencia de ello, el elegido le entregue el ma-

nejo de la contratación y el manejo de la nómina.

Ante esa amenaza, la institucionalidad tiene que reaccionar porque las entidades territoriales, no estoy hablando de unos cuantos perdidos municipios de los territorios nacionales, sino de las capitales de municipios y entidades regionales, de las más importantes en nuestro escenario jurídico y político, están cooptadas. Frente a ello la institucionalidad tiene importantes retos uno, el análisis urgente de las vulnerabilidades de nuestro régimen de contratación pública, esto es la consecuencia de haberle entregado a los particulares el diseño de esa normatividad; como cualquier sastre que diseña a la medida del cliente, terminó la Ley de Contratación diseñada a la medida de los contratistas, es por eso que hoy estamos sufriendo las consecuencias de ese drama, que ya está sobre diagnosticado. ¿Por qué doctora Sandra no hacemos algo?, presentemos un Proyecto de Ley ejerciendo nuestras competencias institucionales, que modifique el estatuto de contratación, en especial la Ley 1150 de 2007.

Nosotros conocemos de sobra cuales son las rendijas, los huecos que tiene el marco legal. Presentemos un proyecto de Ley con el Consejo de Estado, que es el juez natural de la contratación estatal, para llevar la propuesta al Congreso ya que eso es una urgencia nacional. En esa instancia nos toca blindarlo para que no sacrifiquen en el altar de los intereses particulares, el bien común y el patrimonio público.

Propongámoslo y en la próxima legislatura, a partir de marzo, presentamos un proyecto en el Congreso como los mosqueteros, para contrarrestar

la presencia de los sastres de siempre.

Quiero transmitirles la voluntad política que tengo como Procurador General para ejercer las funciones que tengo tanto en materia preventiva como en materia disciplinaria, lo dije cuando me posesioné y no me creyeron, sobre todo algunos sectores con prejuicios políticos frente a lo que piensa el Procurador. También dije que absolveré a quien tenga que absolver y condenaré a quien tenga que condenar. Lo he hecho, lo estoy haciendo y lo seguiré haciendo.

Me criticaban porque absolvía, me criticaban porque condenaba, me tendrán que seguir criticando porque seguiré absolviendo y seguiré condenando; quiero enviar un mensaje pedagógico a los corruptos, que sepan que están corriendo riesgos y que la Procuraduría General de la Nación, escogerá casos paradigmáticos en esa materia para lograr proferir decisiones en tiempos reales, esto es, durante los períodos de los funcionarios desde luego defendiendo el debido proceso y el derecho a la defensa, porque tampoco se trata de perseguir a nadie, ni de avasallarlos en sus garantías, pero si se trata de sancionar cuando se deba sancionar.

Termino con una anécdota pedagógica, no tanto para este escenario porque es un escenario especializado pero si para algunos sectores que están medrando en la corrupción en la actividad contractual. Hace veinte años cuando se estaba discutiendo si se modificaba o no la Constitución de 1986, se generaban muchos debates académicos y otros no tan académicos. Yo vivía en mi ciudad natal, Bucaramanga y ejercía

mis competencias como Magistrado del Tribunal Administrativo de Santander. En esas ciudades pequeñas hay cafés donde se va a tertuliar y uno antes de llegar a la oficina pasaba por el café tomaba un tinto, diez minutos, y ahí uno se enteraba de quién estaba peculando, de quién iba a pecular, de quién iba a ser gobernador, a quién le estaban poniendo los cachos, a quién no. Se enteraba uno de todo, pues en esos días la tertulia era sobre la nueva Constitución y asistía a esa tertulia un personaje autodidacta, un sabio llamado Don Pedro Elías Ardila, quien ya murió, por eso lo nombro. Él decía: “yo tengo mi propia Constitución se las traigo mañana”; al otro día fuimos a tomar el tinto en el café que se llama La Ibaguereña y nos

dijo: “El domingo aparece en El Espectador en una columna que se llama, “Alas de Huir”. No sé si todavía aparezca esa columna, porque yo no leo ese periódico por razones obvias, y ese domingo apareció la columna con la Constitución de Pedro Elías Ardila que decía: Mi Constitución tiene tres artículos. Artículo Primero: el que manda manda. Artículo Segundo: el que la hace la paga. Artículo Tercero: y lo demás, lo demás es jurisprudencia.

Quien ejerce la autoridad la debe ejercer respetando el debido proceso, el derecho a la defensa y las restantes garantías y la institucionalidad de ahora debe saber que debe actuar para sancionar a los corruptos.

CAUTERIZACIÓN DE LA SENSIBILIDAD ANTE LA CORRUPCIÓN

Carlos Huertas. Director de Investigaciones de la Revista Semana

Desde los medios de comunicación quiero hacer dos reflexiones muy concretas, una que tiene que ver con el tema de la conciencia y otra que tiene que ver con el tema de la transparencia.

Con el tema de conciencia, quisiera hacer más bien la reflexión sobre la cauterización de la conciencia. Esta mañana recordaba, cómo todos los días nos tienen a cuenta gotas los implicados en los hechos de corrupción, con un escándalo nuevo. Cada mañana el país es testigo de uno de los procesos de extorsión mas graves de los que yo tenga conocimiento y los medios de comunicación somos parte de eso, pues obviamente es un tema relevante de interés público, cuando escuchamos una grabación en donde se mencionan unos personajes de la vida pública, pero sin duda quien está entregando estas filtraciones está buscando un propósito mas allá de la verdad. Esto debe tener a mucha gente quitándole el sueño. Recuerdo cómo en los años ochenta, cuando el país tuvo que sufrir todo el agobio del narcoterrorismo, las primeras bombas eran noticia y ya después simplemente uno las escuchaba y no tenían mayor impacto, ni siquiera nos conmocionaba. Sucedió algo similar con la violencia paramilitar, las primeras masacres sucedieron, eran noticia de primera

página y después, si al caso se registraban en las breves de los periódicos.

Me da temor que con el tema de la corrupción esté sucediendo algo similar, que de tanto escuchar todas las mañanas, un nuevo escándalo, termine cauterizándose la conciencia y en eso creo que la diferencia la pueden marcar los organismos de control y que mejor que un auditorio tan calificado como este para que se tomen acciones. Celebro entonces la decisión y el pronunciamiento, por lo menos en principio, del Procurador General de la Nación de querer coger el toro por los cachos y hacer algo. Pero hay que hacer cosas mas allá de una respuesta a la presión que generan los medios de comunicación y es atender los temas estructurales de lo que realmente está sucediendo.

Esta mañana en el diario que no lee el Procurador, el Espectador, se registró una noticia que me llama la atención y creo que ejemplifica el cómo se cauteriza la conciencia. La noticia de un jefe paramilitar que fue extraditado, un señor Alias “Tolemaida”, un comandante paramilitar del Cesar, que dentro de las muchas declaraciones que hizo, dijo que ellos tenían un acuerdo con el Alcalde de La Jagua de Ibirico, una de las poblaciones del Cesar que mas recursos recibe de regalías. El

acuerdo era que les daban el 30% del total de las regalías y fuera de eso le entregaban la lista completa de los contratistas del municipio y a todos ellos les cobraban el 10% por ciento de la contratación. Es fácil entender entonces por qué ese pueblo no ha prosperado a pesar de haber recibido las toneladas de dinero, -porque no han sido fajos sino toneladas de dinero-, y ya sabemos hacia dónde se han ido estos recursos.

Mi reflexión frente a los organismos de control, que finalmente son los que tienen esa responsabilidad, es hacerles un llamado a la actuación más allá de los pronunciamientos. Quiero ser un poco atrevido con una tesis provocadora: Cuando los organismos de control no actúan de una manera eficiente terminan siendo cómplices del mismo sistema, porque la impunidad es el mayor refugio de la corrupción, la impunidad es el mayor refugio de la criminalidad.

La segunda reflexión que quiero compartirles es sobre el tema de la transparencia y allí quiero recoger un poco la figura que utiliza el Presidente Santos, la de la urna de cristal, figura que me parece muy conveniente y adecuada para estos casos. Con algunos colegas periodistas, con quienes trabajamos en temas de investigación, acuñamos el término de “la corrupción transparente”. Es todo aquello que en apariencia y en forma es legal, pero que en esencia es ilegítimo.

Nuestra legislación en términos de contratación, acaba el Auditor General de la República de dar una cifra que es espantosa, tres mil quinientas y pico de normas que regulan la contratación, pero sigue sucediendo lo que está pasando en nuestra

contratación, es que está llena de normas, pero no está la esencia de los principios de la selección objetiva, de la transparencia. Estos principios están siendo carcomidos por una serie de excepciones que se han vuelto la regla, en su momento, las excepciones de la contratación con organismos de cooperación internacional, fundaciones, ONGs y las cooperativas de municipios, que se prestaron para toda suerte de atajos por parte de los corruptos.

Hoy día la excepción de la modificación y ampliación de los pliegos de concesión, se ha vuelto la norma y no la excepción. Encontramos cómo, la modificación de la Ley 80 en el año 2007, tuvo una situación bastante particular de conciliación en el Congreso y finalmente salió una Ley que permitió que un contrato de concesión pueda ser ampliado en un 60% de su tiempo, independientemente de su monto. Eso es una cosa tan desproporcionada. Algo como que yo gano hoy un contrato por 16 pesos me lo pueden ampliar al día siguiente por un millón de pesos, por mil millones de pesos y no importa. Aquí no hay ningún tipo de control y como decía la Contralora General de la República, a esos contratos les están colgando de todo y ahí están las firmas, las conocemos y eso es legal desafortunadamente. Creo que eso es ilegítimo y va en contravía de cualquier proceso de selección objetiva, en cualquier proceso con sentido de transparencia en la contratación pública.

Otras figuras que son legales pero que son ilegítimas, son las de los estructuradores de los proyectos. Cada vez más nos encontramos con la figura de unas personas que no aparecen en

ningún lado, no aparecen firmando nada, son los que juntan empresas de grandes tradiciones como constructoras muchas en Italia, muchas en España; las reúnen con empresas casi recién conformadas acá en Colombia o con muy poca trayectoria, logran convencer a estas empresas internacionales que sirvan de presta-nombres, de presta-experiencias para ganar las licitaciones. Pero a la hora de responder por los trabajos, son estas empresas recién constituidas las que

terminan respondiendo. Estas empresas no tienen ni el músculo financiero, ni la capacidad, ni la experiencia. Esa es una figura legal pero claramente está socavando el sentido para que las cosas funcionen.

Estas reflexiones las dejo para el análisis de ustedes, los expertos, que sea esta una jornada muy productiva que al final arroje hechos concretos y acciones específicas para acometer.

II. PANEL SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

INCIDENCIA DEL PRECIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Ruth Estella Correa. Presidenta de la Sección Tercera del Consejo de Estado

SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE OBRA PÚBLICA.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejero de Estado

INSEGURIDAD JURÍDICA NORMATIVA

Felipe De Viveros Arciniegas. Director Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

INCIDENCIA DEL PRECIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Ruth Estella Correa. Presidenta de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En este primer panel en relación con la seguridad jurídica y la contratación estatal, cabe recordar que la seguridad jurídica es un principio del derecho fundamentado en la certeza de sus fuentes y de las normas, no solo desde el punto de vista de su establecimiento, claridad y precisión de aplicación sino por las garantías de su conocimiento, congruencia, uniformidad y estabilidad predicados, que ofrecen la tranquilidad y confianza a los operadores jurídicos y destinatarios de las mismas; de la coherencia del ordenamiento jurídico que ordena y encausa su conducta y rige sus relaciones.

En relación con el tema de la contratación estatal en la que los asociados conocen tanto los derechos y obligaciones que emanan de las normas que rigen la contratación, como las consecuencias y efectos derivados de su aplicación, con lo cual se preservan las libertades de los mismos, el orden y la convivencia pacífica en la sociedad.

Esa seguridad jurídica en las normas de contratación, se ha visto afectada por varias situaciones. Una de ellas es aquella proveniente de las reformas que el legislador ha introducido en el estatuto de contratación de la administración pública, que en muchas oportunidades no ofrece una explicación

clara en relación con la necesidad de la modificación sino que a veces su lectura se ofrece como caprichosa e inentendible.

No se sabe realmente cuál fue el propósito buscado por el legislador, unido al hecho de que de las 33 normas que integran la Ley 1150 de 2007, 21 de ellas fueron dejadas a la reglamentación por parte del ejecutivo, reglamentación que excedió muchas veces los términos de la Ley, lo cual dio lugar a que se presentaran 13 demandas, que han originado 26 suspensiones provisionales, o nulidades de las normas que integran la reglamentación, las cuales ofrecen un panorama desolador en el tema de la seguridad jurídica que debe existir en materia de la contratación estatal.

1. LA IMPORTANCIA DEL PRECIO

Los operadores jurídicos, los contratistas del Estado, los jueces, no tienen claridad en relación a qué deben atender en términos de las normas que regulan la contratación estatal; son muchas las incongruencias y los vacíos que se presentan de cuenta de las decisiones que se están produciendo por parte de lo contencioso administrativo, que en su papel de controlador de la actividad administrativa, simplemente se limita a eliminar del

ordenamiento jurídico o a suspender provisionalmente los efectos de aquellas normas que so pretexto de regular la Ley 1150 de 2007, se han dado a la tarea de establecer unos mecanismos. Por ejemplo, los mecanismos de selección no establecidos en la Ley 1150 de 2007 o la regulación de algunos procedimientos que son de reserva del legislador, fueron asumidos por parte del ejecutivo a pesar de esa reglamentación.

Dentro de la Seguridad Jurídica que se debe ofrecer a todos los actores involucrados en el proceso de contratación de la administración estatal, quiero referirme a la importancia del precio, porque la doctrina y la jurisprudencia, con fundamento en lo establecido en la Ley 80 de 1993, habían llegado a decantar la tesis de que el precio no era determinante en el tema de la selección del contratista, porque no se hacía la equivalencia entre la oferta más favorable o la mejor oferta con la de menor precio. Ya eran muchos los pronunciamientos que se habían emitido por parte del Consejo de Estado en relación a que el precio era apenas un elemento más a ser ponderado en la noción de oferta más favorable, para entonces realizar una selección que obedeciera al cumplimiento del principio de selección objetiva, propio de la contratación Estatal. Por ello la importancia del precio no revestía la naturaleza de ser determinante en la selección del contratista, normativa que cambia y ahora ofrece un giro radical con la consagración que se hace en la Ley 1150 de 2007.

Es sabido que las necesidades individuales o colectivas de toda índole se satisfacen por medio de los bienes y servicios que se obtienen en

el escenario económico del mercado mediante operaciones de intercambio de los mismos y el contrato, sirve de instrumento por excelencia para la provisión de bienes y servicios que poseen un valor, es a la vez el vínculo por medio del cual se adquieren tales bienes y servicios y por el cual se adquieren para las partes los derechos y obligaciones para satisfacer las necesidades.

Cuando se está hablando del contrato de derecho privado, el pacto de ese valor es eminentemente subjetivo, son las partes involucradas en el contrato por la libre autonomía y la voluntad propia del contrato, las que establecen subjetivamente cuál es el precio justo. No podemos aplicar la misma tesis cuando se trata de establecer el precio dentro del contrato estatal; es decir, el establecimiento de ese precio no puede partir de un criterio de carácter subjetivo, de la libre autonomía y voluntad, porque cuando el Estado contrata, lo hace con la finalidad de satisfacer las necesidades e intereses de la colectividad, por ende el precio que debe pagar por el bien debe corresponder al precio justo, aquel que involucre los costos de producción, de suministro del bien o servicio contratado y que además, reconozca una utilidad razonable en favor del contratista.

Así mismo, la Ley 80 de 1993 tiene muchas normas de las cuales emerge de manera clara la protección del derecho a la utilidad que tiene el contratista, pero tiene que ser una utilidad razonable, no excesiva y que realmente proteja el patrimonio público, inmerso dentro de la contratación estatal como un derecho colectivo que debe ser protegido por el administrador de turno.

En el momento de la celebración del contrato el precio justo debe ser un propósito cardinal que busque convivencia con el interés público pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales. La remuneración moderada del contratista debe estar cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio público e igualdad de la Ley.

Todos estos conceptos, no juegan un papel preponderante en la fijación del precio en un contrato de derecho privado donde la conmutatividad de los derechos y obligaciones es de carácter subjetivo, mientras que en el contrato de derecho público es de carácter objetivo. Se debe pagar entonces, objetivamente el bien o servicio que recibe el Estado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad con una determinación de ese precio justo en cumplimiento del principio de planeación, que también permea toda la contratación estatal.

Es en la etapa de planeación del contrato, donde la administración establece el presupuesto con que cuenta, para no incurrir en el mecanismo de los sobrecostos o de pago de un precio irrisorio por el contrato. Es allí también donde se deben hacer todos los análisis y estudios a que haya lugar, con el fin de determinar cuál es el precio justo por el bien o servicio que se va a contratar, justicia, que insisto, parte del supuesto de tener en cuenta los costos que le acarrearán al contratista la ejecución de la obra, el suministro del bien o el servicio contratado, pero además el reconocimiento de una utilidad razonable.

Esa planeación debe evitar que dentro del contrato se presenten precios artificialmente bajos o so-

brecestos. Una y otra práctica, sin duda alguna, envilecen la contratación, la afectan, porque finalmente redundan en el pago de costos adicionales por parte de la administración. Y si esto sucede en relación con el precio del contrato, ello sin duda genera un detrimento al patrimonio público en el pago que finalmente termina haciéndose al contratista y que es el gran flagelo que los organismos de control han identificado en la contratación.

De otra parte, si se trata de precios artificialmente bajos, ello conlleva a la vulneración de los principios propios de la contratación estatal. Uno de ellos, el de selección objetiva, al paso que vulnera el principio de igualdad, porque a través del precio artificialmente bajo, entendido éste como el precio más bajo que los otros del mercado, lo es porque artificialmente el proponente lo ha determinado de tal manera. Conlleva esto, al juego de la competencia que se da para finalmente adjudicar el contrato y así eliminar del camino a aquellos otros proponentes que podrían de manera idónea, obtener la adjudicación del contrato.

Estos precios artificialmente bajos, siempre persiguen lo que se está buscando por parte de quien los oferta, simplemente obtener la adjudicación del contrato, para luego, so pretexto de la revisión de precios, por situaciones que se presenten de manera imprevista, obtener la revisión de los mismos dentro de su ejecución.

Lamentablemente aquellos criterios que ha establecido la jurisprudencia sobre la revisión de precios, para mantener la ecuación económica del contrato, solo deben obedecer a situaciones imprevistas que se presenten después de su ce-

lebración, no han sido acogidos en su integridad por la administración; y lo que se encuentra, es que después de celebrado el contrato con precios artificialmente bajos, administración y contratista, seguramente en conveniencia, se sientan a realizar una revisión de precios, con el fin de “mantener” la ecuación económica del contrato, para “mantener” al contratista en el punto de no pérdida. Contratista que artificialmente bajó los precios, quien sacó de la competencia a otros que habían podido realizar de manera idónea el contrato.

Valga señalar que en la Ley 1150 de 2007 son varias las normas que se dedican a hablar del precio como un elemento estructural al momento de hacer la selección del contratista.

En la selección abreviada se establece la enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos de la propiedad accionaria a la que se refiere la Ley 226 de 1995, y al hablar de la enajenación de los bienes del Estado, expresamente se establece en la norma que se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general, todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando, por el desarrollo del proceso de enajenación, se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva, cuando se permite acudir a estos mecanismos de subasta o todos aquellos que se autoricen en el derecho privado. La finalidad no es sino una y es la obtención del mejor precio por el bien del Estado. Señala también la norma, como un elemento del precio, que se debe tener en cuenta el valor del avalúo comercial del bien, que debe estar ajustado con los gastos asociados al tiempo de comercialización

esperado, estos son, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

En la planeación, fijación y estudio de precios de los procesos de selección de los contratistas, el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 estableció, a propósito de la selección objetiva, que la entidad efectuara las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado, los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores; en otras palabras, el establecimiento del precio adecuado no solamente hace parte de su confrontación con el pliego de condiciones sino que se le impone a la administración la obligación del cotejo de esos ofrecimientos con los precios o condiciones del mercado y los estudios o deducciones de la entidad o de los organismos asesores o consultores designados para el efecto.

Establece la norma la obligación de seleccionar la oferta más favorable y califica o define qué se entiende por oferta más favorable, como aquella que surge de la ponderación de los criterios técnicos o económicos. Aquí surge una gran variación entre lo que se venía manejando en la Ley 80 de 1993 en tanto lo determinante que resultaba el precio de la oferta dentro del proceso de selección.

La Jurisprudencia había entendido que resultaba determinante establecer el precio más bajo, pues era considerada la oferta más favorable, pero hoy con el giro que trae el Artículo 5 de la Ley 1150

de 2007, se establece que es la ponderación de los criterios técnicos y económicos, lo que determina la escogencia del contratista. Es decir, se puede extraer de la Ley 1150 de 2007 que los criterios para determinar la oferta más favorable son tres: **Primero**, el que resulta de la ponderación precisa y detallada de los factores técnicos y económicos contenidos en los pliegos de condiciones; **Segunda**, en los contratos cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes en las cuales el único factor de evaluación será el menor precio ofrecido, por ejemplo, compra de papelería, equipos de oficina, entre otros, debe entenderse que la norma, cuando en este último aspecto expresa que el único factor de evaluación se equipara a la ponderación, es claro, que dicha evaluación también comprende la verificación de los requisitos habilitantes, esto es, la experiencia, capacidad financiera y capacidad jurídica. **Tercero**, en los contratos de consultores, esto es en los concursos de méritos, el precio no es determinante para la selección del contratista.

2. CONSECUENCIAS DE LOS SOBRECOSTOS

Veamos entonces las consecuencias de los sobrepagos en la contratación: ¿Qué consecuencia puede traer frente al contrato en el que se han pactado sobrecostos claramente establecidos, dentro del proceso judicial en relación con la validez del contrato?

Tengo entendido que esos sobrecostos deben generar la anulación total del contrato teniendo en cuenta que cuando se establecen, sin duda alguna

se está incurriendo en una desviación de poder, causal autónoma que está establecida en la Ley 80 de 1993, como de nulidad absoluta del contrato; porque lo que se está persiguiendo con el contrato no es su finalidad de satisfacer los intereses y necesidades de la colectividad, sino que se está privilegiando un fin perverso, el enriquecimiento injustificado del contratista como consecuencia de los sobrecostos del contrato.

Adicionalmente, existirían otras causales en las cuales perfectamente se puede ubicar la nulidad absoluta del contrato como consecuencia del sobrecosto en el mismo. Se puede hablar de que la causa del contrato no es una causa lícita, porque su causa no es la satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad como lo establece la Ley 80 de 1993, sino que lo es en cambio el detrimento del patrimonio público, derecho o interés colectivo protegido desde la Carta Política en el Artículo 88.

Por esa vía también sería posible declarar la nulidad absoluta de ese contrato es decir, si son varias las normas que nos permitirían inclusive hablar de un objeto ilícito, por contravenir las normas de derecho público que prohíbe expresamente el establecimiento de sobrecostos dentro de la contratación. Por ello, es necesario que los jueces asuman las consecuencias claras a que debe dar lugar la contratación con sobrepagos; contratación que los organismos de control han identificado en un exceso exorbitante. Pues han caído en la cuenta que a veces el sobrecosto no es de 10 o 20, sino de 400 veces lo que correspondía al precio del contrato.

Hemos encontrado judicialmente, situaciones en las cuales el tema de la subcontratación da lugar a unos sobrecostos exorbitantes y encontramos dentro del juicio, por ejemplo, el caso de un contrato de una cuantía ínfima, de suministro de bienes por 40 millones de pesos y en el proceso se demostró que a su vez, el contratista había subcontratado el suministro de esos mismos bienes por 18 millones de pesos. La Administración se negó a pagarle esa utilidad que era de 22 millones y el contratista demandó con el fin de que se le pagara la utilidad. Es decir, demandó y confesó que había sobrecosto de más del 100 por ciento, del precio de los bienes y servicios.

Otra preocupación es relacionada con el tema de los hechos cumplidos que corresponde a la ejecución de las prestaciones que debieron ser objeto de un contrato celebrado con todo el rigor y las formalidades que trae la Ley 80 de 1993 y no se celebró; la Jurisprudencia viene reconociendo el derecho de esa persona en veces, bajo la teoría del enriquecimiento sin causa, en acción de reparación directa, y allí surge una mayor preocupación en torno al tema de los precios, que efectivamente terminan siendo pagados dentro del proceso, sin un análisis de precios del mercado, en pro de la tesis de la de la teoría del enriqueci-

miento sin causa.

Por tanto, si tan sólo tiene derecho a que se le compense el detrimento de su patrimonio, lo cierto es que se termina pagando el valor del bien o el valor del objeto ejecutado, como si se hubiera celebrado el contrato y los precios que se habían previamente convenido u ofertado, pero que jamás terminaron con la culminación de un contrato. En ese tema considero también que la jurisprudencia debe establecer unos límites claros para que el contratista o aquel que ejecuta obras del Estado, sepa con certeza a que atenerse. Y no terminemos indemnizando a esa persona, reconociéndole todos los derechos como si hubiera actuado correctamente.

Finalmente creo que hace falta rigorizar las sanciones a que haya lugar como consecuencia de todas estas prácticas que no conllevan si no al detrimento del patrimonio público y por supuesto la vulneración de derechos colectivos, como la moralidad administrativa, que el constituyente trató de privilegiar dentro de la protección y la seguridad que debe darse en la aplicación de los mismos en toda la actividad de la administración cuya vigilancia corre por cuenta del juez administrativo o como una manifestación mas de este Estado de Derecho.

SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE OBRA PÚBLICA.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejero de Estado

Me ha correspondido un tema interesante, de mucha controversia, que se refiere a la seguridad jurídica en materia de contratación pública, específicamente en contratos de obra y contratos de concesión. Voy a tratar de identificar lo que en mi opinión son los temas neurálgicos en el régimen jurídico de la contratación pública colombiana, que podrían ser objeto de discusión frente a la seguridad jurídica, no solamente para los actores privados sino también para los actores públicos de la contratación, porque el tema de la seguridad jurídica no cobija exclusivamente a aquellos que están interesados en contratar con las entidades públicas sino también a las entidades públicas en sí mismas, que son los grandes actores en la contratación y los grandes inversores públicos.

En este sentido y en relación con los cambios que se le dieron a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007 y al Decreto 2474 de 2008, puedo identificar los siguientes puntos que deberían ser objeto de análisis, de profundización y que, por la importancia que tienen en el manejo de los recursos públicos en Colombia, no han sido considerados de manera adecuada.

Ámbito de la Ley 1150 de 2007: Un tema que

no ha sido desarrollado en los decretos reglamentarios pero que sí está causando algún tipo de controversia sobre todo en relación con los procedimientos de selección de contratistas y del régimen jurídico aplicable a la contratación, específicamente en materia de obra pública y concesiones, es el del alcance que puede tener el Artículo primero de la Ley 1150 de 2007, cuando habla de que la misma tiene por objeto introducir modificaciones a la Ley 80 de 1993 así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos. Se retoma para el tema de la contratación pública colombiana, el concepto de recurso público, se abandona en cierto sentido el concepto orgánico del Artículo 32 de la Ley, para identificar los contratos estatales en el sentido que todos se celebran entre entidades y en los cuales por lo menos participa una entidad pública estatal, de aquellas definidas en el artículo segundo de la Ley, nos introduce en un elemento interesantísimo que es el del recurso público al contrato estatal.

El problema es que a nivel de la Ley de contratación y de las normas presupuestales entender qué es recurso público, qué es lo que hace que un recurso sea público o privado, en qué momento el recurso público sale de la órbita de lo público y

se convierte en recurso privado, todas estas inquietudes tienen incidencia directa según lo dice el Artículo primero de la Ley en la aplicación de las normas de la contratación pública estatal. La reglamentación que siempre hemos criticado, la reglamentación del orden nacional en este tema es igualmente insuficiente pues no da los parámetros para efecto de entender cuál es el alcance del concepto de recurso público en materia de contrato. Este es el primer punto que me parece genera inseguridad jurídica y la genera en la medida en que los operadores mismos de los procesos de contratación, en un determinado momento, no van a tener claridad de cuáles son los procedimientos que deben aplicar, sobre todo en aquellas entidades, que sin ser entidades públicas, sí manejan de alguna manera recursos provenientes del erario público o recursos que de alguna manera a nivel doctrinal puedan ser considerados como recursos públicos.

En las aproximaciones que hacemos hemos encontrado que recurso público no es el recurso presupuestado exclusivamente, lo cual ya abre un tremendo boquete de discusión en relación con las normas aplicables en materia de contratación pública. Los decretos reglamentarios no abordan el problema, no dan solución.

LA PLANEACIÓN

Un tema absolutamente clave para entender la seguridad jurídica, ya ha sido referido aquí por anteriores expositores, es el tema de la planeación en la contratación pública estatal. Una de las columnas vertebrales de la contratación pública

colombiana se deriva de la expresión del interés general que engendra cualquier proceso de contratación pública y es el de la planeación del contrato, el de planeación de las necesidades que deben ser llevadas a los procesos contractuales. La identificación de aquellas prioridades que realmente ameriten involucrarse en un proceso contractual para satisfacer una necesidad pública de acuerdo con la reglamentación actual, Decreto 2474, que por lo demás no es reglamentación de la Ley 1150 de 2007 sino una reglamentación directa de la Ley 80 de 1993.

Tenemos entonces, la necesidad de que las autoridades responsables de los contratos hagan una planeación integral y material de las necesidades que tienen que satisfacer para dar respuesta a la comunidad. Es más, podríamos calificarlo como un gran deber funcional en materia de contratación pública. Estamos frente a normas de carácter imperativo vinculantes, obligatorias, que no pueden ser modificadas ni negociadas en materia de contratación estatal.

El Decreto 2474 de 2008 hace una amplia regulación de lo que se refiere a la necesidad de esa planeación, retomando, insisto, los parámetros establecidos desde el año 1993 en la Ley 80. No es cosa nueva, no es de ahora, que la contratación pública no puede ser objeto de improvisación sino todo lo contrario, debe ser objeto del más cuidadoso proceso de decantación previa en todos los aspectos que puedan ser neurálgicos para estructurar un proyecto adecuado a las necesidades públicas. Luego, no podemos estar hablando como se ha hecho aquí, de que uno de los graves

problemas de la contratación pública sea el de la ausencia de planeación, porque estamos frente a un gran imperativo en materia de contratación pública. Lo que falta es la debida aplicación de estos parámetros normativos que de alguna manera y de manera general, están en el Artículo tercero del Decreto 2474 de 2008 que ya habían sido recogidos en el famoso Decreto 066 de 2008 que también los teníamos reglamentados en el Decreto 2170 del año 2002.

Desde el punto de vista normativo, ha habido suficiencia en materia de disposiciones para aplicar todo lo que se refiere a la estructuración de los negocios bajo senderos materiales, bajo senderos realmente sustanciales, que den seguridad a la administración que los proyectos que van a ser desarrollados corresponden a las necesidades e igualmente le den seguridad a cualquier contratista, de qué es realmente lo que la administración espera de su gestión y de su operación del contrato correspondiente. El Decreto 2474 de 2008 profundiza de manera magnífica y establece unos parámetros interesantes, no solamente desde el punto de vista de la planeación y la descripción e identificación de las necesidades, sino también establece la obligación de la administración de repensar y analizar dentro del ámbito de sus competencias lo que le corresponde en respuesta a las necesidades públicas y da unos elementos interesantes desde el punto de vista jurídico en la necesidad de fundamentación, en lo técnico, financiero, jurídico y de análisis de los riesgos que puedan ocurrir.

Cuando uno analiza este Artículo tercero, se da

cuenta que es un artículo material, vuelvo e insisto y utilizo esa expresión para significar la importancia que tiene para la administración que no es un proceso formal, que no es una exigencia adicional que haya que cumplir porque si, sino que tiene su lógica en cuanto es el gran instrumento orientador de todos los procesos contractuales.

Si estamos discutiendo la falta de planeación y es el gran planteamiento que nos hace el Auditor General de la República, el día de hoy y lo plantea la Señora Contralora, sencillamente, estamos frente a situaciones de violación flagrante de normas imperativas. Así de fácil. O estamos frente a situaciones donde la mediocridad en la estructuración de los negocios es lo que ha reinado en el derecho de la administración pública nacional, departamental y municipal y si eso es así, interpreto las quejas de los órganos de control en el día de hoy, es una situación inaceptable porque tenemos todos los instrumentos jurídicos y precisamente por eso se hace énfasis en estas disposiciones del decreto 2474 de 2008 y en algunas otras de carácter especial.

EL RIESGO

El Análisis de riesgos constituye otro factor que impacta de manera directa la contratación de obra y de concesión. El tema desarrollado en el Artículo cuarto de la Ley 1150 de 2007 que tiene relación directa con la planeación del contrato, es otra de las grandes columnas sobre las cuales se sostiene la contratación, sobre las cuales se soporta el principio de planeación en materia contractual, que no nos puede dejar duda de que tenemos todos los instrumentos jurídicos adecuados para actuar

en materia de contratación; de pronto puede haber la necesidad de ajustes normativos, pero no hay ausencia de norma.

El tema de la distribución de riesgos implica un cambio sustancial en el análisis del contrato e implica entender que el contrato no es un fenómeno exclusivamente de los abogados, que no es un fenómeno exclusivamente jurídico, sino que se vincula necesariamente con la ciencia, con la técnica y sobretodo, con la previsibilidad.

El Artículo cuarto es la gran ruptura del principio de la imprevisibilidad en el derecho nacional colombiano y en la aplicación general a todos los procesos de contratación; establece la necesidad de analizar, identificar, tipificar y distribuir los riesgos de manera justificada y aquí también hay problemas de seguridad jurídica y lo digo por conocimiento y por el análisis que nos ha tocado en la vida profesional; los invito a que miren cualquiera de las páginas de publicación de los documentos contractuales para que analicen las distribuciones de riesgos que se hace en Colombia. No se está haciendo la distribución de riesgos, la no distribución de riesgos lo está asumiendo directamente el Estado.

La falencia del análisis sustancial en materia de riesgos es la no visualización de las contingencias a que pueda verse sometido un negocio ante su ejecución, en la necesidad de entender que el contrato no se estructura exclusivamente estableciendo unas obligaciones sino también entendiendo todos aquellos acontecimientos a los cuales puede verse sometido durante su ejecución y la necesidad de establecer los mecanismos

para evitar que esas contingencias puedan afectar la economía, existencia o desarrollo mismo del contrato. Allí hay un tremendo problema que obedece en parte no solamente a la ausencia de aplicación sino también a la falta, en muchas entidades públicas, de instrumentos adecuados para poder hacer análisis de riesgos, porque cada contrato tiene su problemática en riesgos y no hay plantillas periféricas de riesgos. Corresponde a las administraciones públicas en unos procesos absolutamente serios y muy técnicos, la identificación de los riesgos de los contratos.

PRÓRROGA DE CONCESIONES

El tema central de mi exposición, hace relación a una disposición de la Ley 1150 de 2007, el artículo 28 de la reforma a la Ley de contratación, sobre la cual se han producido y publicado algunos documentos críticos, en cuanto consideramos que su redacción puede ser nefasta para el desarrollo de la infraestructura que requiere el país.

Los contratos de obra y los contratos de concesión, están vinculados con el desarrollo de la infraestructura nacional, son contratos vitales para crear la infraestructura que se requiere para el desarrollo, son los instrumentos -diría yo- más importantes para mover el presupuesto público de la economía nacional; pero hay que entender también que estos instrumentos los debemos ubicar en el contexto político y jurídico que rige el Estado Colombiano, son instrumentos vinculados al concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, según los Artículos primero y segundo de la Constitución Política, son instrumentos

para atender el interés público y son los contratos prototipo para ser sometidos a los principios generales de la contratación.

Estos contratos no se pueden despegar del concepto de interés público general, deben estar sometidos a la más estricta planeación, con procesos democráticos de selección de contratistas y en los que la presencia del principio de transparencia es vital para la procedencia de esos negocios. Es decir, que haya suficiente participación porque el esquema económico que rige el Estado Colombiano Artículo 333, así lo llama. Que todo actor privado que pueda ofrecerle sus bienes o servicios en materia de obra pública, en materia de concesión, lo haga dentro de un esquema abierto donde se le den las suficientes garantías.

Este es un planteamiento de esa concepción, podríamos decir, dentro de la concepción economicista que rige la estructura jurídica colombiana. Sería lo lógico que eso funcionase así. Es más, si hacemos una aproximación a la dinámica tradicional que se venía dando durante la vigencia plena de la Ley 80 de 1993, encontramos que precisamente los contratos de concesión y los contratos de obra estaban sometidos en esencia a procesos de selección abierta o licitación pública y posibilidad de amplia participación ciudadana.

Viene la reforma a la Ley de contratación y nos introduce en un artículo un poco confuso de leer, en sus inicios no le encontrábamos sentido por su mismo nombre, el de la prórroga o adición de concesión de obra pública, prórroga de tiempo, adición de materia. El artículo dice: *“En los contratos de concesión de obra pública podrá haber*

prórroga o adición hasta el 60 por ciento del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos, respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. Toda prórroga o adición a contrato de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social- CONPES”. Sin embargo comenzamos a desagregar el artículo y nos vamos dando cuenta de la magnitud que el mismo tiene y de su trascendencia desde el punto de vista no solamente jurídico sino también, económico y político.

Estamos hablando de que todo contrato de concesión que se refiera a obra pública puede ser objeto de prórroga o adición en la medida en que algún elemento externo lo afectó y se imposibilita que el modelo económico de una concesión se logre materializar y por tanto satisfacer la forma como fue estructurado el negocio y por lo tanto hay que prorrogarlo.

Es decir, no se prorroga porque si una concesión; el tiempo es vital y está vinculado de manera directa con los modelos que rigen los contratos de concesión; luego, si voy a modificar el tiempo de la concesión, podré referirme a algún efecto interno que me ha afectado la situación económica de esa concesión y se tenga la imperiosa necesidad de prorrogarla. Las concesiones una vez finalizadas no se pueden prorrogar porque se ocurrió hacerlo, porque son modelos económicos vinculados

al concepto de tiempo pero el artículo no dice eso, el artículo lo que me está diciendo es que puedo prorrogar en un 60% independientemente de la cuantía, para hacer obra pública es decir que el contratista, el concesionario, es un simple instrumento para que la administración que haya contratado la concesión, pueda sentarse y negociar de manera directa toda la obra pública que se le ocurra; porque además, no tiene límite en cuantía, tiene límite de tiempo, un 60% del tiempo.

Eso significa la creación de un nuevo proceso de selección sin participación, porque el contratista ya está predefinido por Ley. Obviamente que no con nombre propio, pero sí es posible determinar en la realidad de la contratación pública colombiana cuántos son los concesionarios de obra pública y con ellos es que se va a contratar toda la inversión de obra pública.

En mi opinión esta actuación desconoce, en primer lugar, de manera profunda el alcance del Artículo Constitucional 333, la libertad de empresa que imposibilita la participación de otros actores que tengan la posibilidad de ofrecerle al Estado la ejecución de esa obra pública, porque seguramente las entidades públicas por el facilismo van a preferir contratar con quien ya tiene el contrato.

En segundo lugar, desconoce todos los principios que rigen la estructuración de los negocios. En la realidad se va hacer un nuevo contrato porque la concesión no se va afectar, o sea hay una ficción en la exposición del legislador. Lo que el legislador está haciendo, es llamando realmente a un señor concesionario para que la administración pública negocie con él, hacer nuevos contratos,

de los cuales no se va a poder afectar el contrato inicial. La disposición no me dice qué hay que hacer, cómo se va a planear ese nuevo negocio, bajo qué presupuestos, cuál es el análisis de riesgos que debe dominar esa nueva obra pública o ese nuevo contrato de obra pública, ¿realmente es una adición? ¿es una prórroga? o ¿es un nuevo contrato? La norma habla de adiciones, es decir, cosas nuevas que han podido ocurrir durante la ejecución del contrato. Esto es absolutamente inseguridad jurídica. Es restricción en el mercado de una norma contraria a los mismos principios del concepto de Estado social democrático de derecho y es sencillamente la institucionalización del subjetivismo en materia de selección de contratistas.

Considero que en estos foros debe propiciarse la inmediata discusión del alcance de esta disposición, porque se nos está colocando como académicos ante un dilema profundo entre democracia e infraestructura. ¿Rompe los esquemas democráticos diseñados en el texto constitucional de 1991 para hacer infraestructura? o ¿Los conservamos y seguimos con unas reglas que permitan una amplia participación de todo proponente en la ejecución de los grandes proyectos de obra pública colombiana? Esto es para mí el grave problema; es el tema neurálgico en este momento en Colombia que no he visto que se haya discutido. Lo hemos abordado a nivel académico o encerrados de pronto en los salones de las universidades pero, ya que se abre este tipo de discusión, me parece importantísimo que se comience a analizar el alcance de esta disposición y cómo se han hecho, cómo se han estructurado

o bajo qué presupuestos y objetivos se han podido desarrollar las llamadas prórrogas o adiciones, que materialmente son nuevos contratos; cómo se han efectuado, bajo qué condiciones, de dónde provienen los recursos, cuáles han sido los modelos económicos que los rigen realmente.

Otro tema de discusión que aquí se debe dejar planteado es la reestructuración de esos negocios, ¿En qué fase de estructuración se le entregaron a los concesionarios? ¿Será que se estructuraron bajo figuras de planeación futura o sencillamente hubo realmente estructuración real de esos nuevos negocios? La norma está vigente y la criticamos desde el punto de vista de su existencia pero al momento de estar vigente, de

ser ordenamiento jurídico positivo, las entidades públicas la pueden aplicar, el problema es cómo van a aplicarla.

Hay otros aspectos de la disposición que pueden ser utilizados. El Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 dice que para la recuperación de la inversión previamente soportada, los desfases económicos, los contratos de concesión recomendable, se puede utilizar el tiempo, no hay que meterse la mano al bolsillo, no hay que utilizar el presupuesto público. Me parece que esa segunda parte de la norma no tiene ninguna crítica. Les dejo este tema de reflexión, pues me parece que es fundamental, que es un tema de fondo de la infraestructura en Colombia.

INSEGURIDAD JURÍDICA NORMATIVA.

Felipe De Viveros Arciniegas. Director Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes

Partiendo de la afirmación hecha por el Procurador General y asentida por la Contralora General, en torno a la iniciativa de presentar una nueva Ley de contratación, creo que vale la pena hacer algunos balances sobre lo que ha sucedido desde el momento en que se presentó la Ley 1150 de 2007.

Lo primero que habría que decir es que cuando se inició el proceso de reforma de la Ley 80 de 1993, a través de lo que fue la Ley 1150 de 2007, se insistió en que la razón para llegar a ello era la necesidad de luchar contra la corrupción y de manera permanente lo que se dijo fue que la Ley no necesariamente es el instrumento que permite luchar contra la corrupción sino es al operador al que hay que educar para efectos de que no se torne en un instrumento para la corrupción.

La gran crítica que hicimos siempre fue la modificación de la Ley de una manera apresurada y advertimos que podría provocar inseguridad jurídica y eso es lo que estamos viviendo hoy por hoy. Cuando hacíamos esas críticas a la reforma se nos decía que no era cierto que se pretendiera establecer un estatuto anticorrupción y hoy cuando ha pasado ya un tiempo importante, un simple examen de la exposición de motivos nos permite

encontrar elementos que nos dan certeza sobre que el objeto que pretendía era introducir medidas para la eficiencia y transparencia. Si hablamos de tres años de vigencia de la Ley, con los escándalos que estamos viviendo día a día, pareciera ser no muy efectivo el resultado.

Otros alcances del proyecto entregado en la exposición de motivos es que permitía hacer una estimación anticipada de las contingencias. Hoy día las contingencias ni siquiera se pueden calcular de una manera completamente ajustada a la realidad que permita un aprovechamiento de economías de escala. Se han aprovechado los elementos tecnológicos para procesos de selección, pero estamos llegando, aunque ya se ha señalado durante esta mañana, a precios eventualmente artificiales respecto a los cuales no existen mecanismos de la misma Ley; cuando se presenta una oferta que se considera artificialmente baja y en mitad de audiencia se le pregunta al proponente que explique porqué su precio es bajo, es algo que no está dando resultado, porque siempre va a poder decir que es el distribuidor exclusivo y por ende, en esa condición quiere entrar al mercado y en consecuencia se da un lapso y no va a tener utilidad. Creo que ese es un tema que no está siendo el reflejo de lo que se pretendía en un

primer momento.

Hay otros elementos en esa exposición de motivos, como la afirmación clara de que no se tiene por objeto dictar un nuevo estatuto general de contratación sino introducir medidas puntuales así como reiterar sobre la eliminación de espacios que han sido aprovechados por la corrupción. Tres años después, pareciera que no hemos tenido un cumplimiento importante de ese objetivo y cuando uno mira, tal vez aprovechando un comentario que hacia el Doctor Jaime Orlando Santofimio, esa afirmación según la cual se intenta introducir medidas puntuales, eso tampoco corresponde a la realidad.

En últimas, lo que tenemos es una Ley que cuando fue sancionada no había nada que decir de la Ley porque faltaba la Ley y se pretendió sacar a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, que en mi opinión fue monopolizado por un grupo de asesores del gobierno, que asumían cualquier crítica como un ataque personal y se llegó al resultado que tenemos hoy por hoy, la inseguridad jurídica, que proviene de la normatividad y de las contradicciones que hay en las normas.

Algunas de las características de la Ley 1150 de 2007 establecían que esta Ley preferiría a cualquier otra, estaría por encima de otra materia y cuando uno revisa la Ley 1150 de 2007 el gran problema es no poder identificar qué normas de la Ley 80 de 1993 modificó y cuáles introdujo como disposiciones nuevas.

Esa inseguridad producida por la cantidad de decretos y la improvisación que ha habido a lo largo

de ese proceso ha generado que hoy el operador de la contratación estatal esté sin saber para donde coger en las audiencias públicas; como por ejemplo, en la que estábamos ayer cuando se adjudicada el Sistema Integrado de Transporte Público en Bogotá, donde transcurren 14 horas en una audiencia pública, que se vuelve entonces una terapia colectiva de botar corriente, de facturar honorarios a los abogados; eso no tiene mayor sentido.

Cuando uno dice: *“es que la lucha contra la corrupción parte de la transparencia”*. ¿La transparencia es verse en una audiencia en la que todo el mundo grita y al final se toma una decisión, previo anuncio de denuncias penales, que es a su vez objeto de una Acción de Tutela al día siguiente? Cuando estábamos ayer a las 11 de la noche adjudicando esa licitación ya se nos había notificado un escrito que era al mismo tiempo denuncia penal, derecho de petición, queja disciplinaria, queja Fiscal y no sé, creo que había la queja periodística que era el señor juez de la W y hoy nos deben estar notificando seguramente de la Acción de Tutela que debe venir.

Por vía del reglamento la Ley ha sido modificada permanentemente. Se pretendía a través de un Decreto-Ley que se compilaran todas las normas para poder tener claridad con el operador jurídico y esa norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Esa es la razón por la cual hoy no sabemos cuál norma es modificada y cuál no lo es.

A manera de conclusiones hay que reconocer que ha habido un avance en el tema de procedimientos

de selección. Se han aprovechado las economías de escala, pero hay que tener cuidado, porque de aquí a un tiempo eso puede generar un problema y es la solicitud de desequilibrio económico de contratos por contratistas que ofertaron un precio muy bajo y van a decir que por circunstancias ajenas a ellos ese precio ofertado es necesario modificarlo, y como consecuencia de ello hay lugar a esa reclamación; pero creo que ahí hemos avanzado.

Hay un tema que no se ha analizado suficientemente y es el de los acuerdos marco, hay que poner mucha atención porque puede ser otro punto complejo. Si no se convoca a todos los actores vamos a entrar nuevamente en el mismo inconveniente y es que hacer leyes no es simplemente sentarse y redactar una serie de artículos. Es necesario oír y reflejar en cada caso la problemática que tiene cada uno de los sectores, porque de lo contrario vamos a continuar en esta inseguridad jurídica.

Tiene que haber un compilador y unificador de interpretaciones. En España se sancionó, exactamente en agosto de este año, la norma que permite introducir o armonizar directivas de la Unión Europea con la legislación española, que crea una comisión que de alguna manera define en materia administrativa, algunos temas complejos de la contratación estatal. Tiene que haber alguien que de un norte y que de una orientación para la interpretación. No sé si deba ser un organismo administrativo o judicial. El tema como está hoy, es que el operador jurídico termina teniendo una

actividad peligrosa.

En este sentido, los organismos de control tienen un gran papel, lo he vivido incluso de manera personal, la actividad que está adelantando la Procuraduría Delegada de la Función Pública desde el punto de vista de prevención en cabeza de la doctora María Eugenia Carreño, ha sido un gran aporte en materia de contratación estatal. Completamente polémica porque está en el borde de la discusión entre el control posterior y el control anterior.

Algunos hemos entendido el papel de esa Procuraduría y en mi caso particular, en el proceso que se adjudicó ayer, tuve el acompañamiento desde un principio. Lo que sucede es que hay que armonizar lo que está haciendo la Procuraduría con lo que están diciendo los medios de comunicación; porque el titular en el cual sale *“El Procurador ordenó suspender la licitación”*, es una mención completamente equivocada, pues el papel que está ejerciendo allí la Procuraduría, en el marco de la prevención, es el de motivar una reflexión sobre si se dan los presupuestos para una suspensión o para una revocatoria.

Para finalizar, diría, cuidado con la proliferación de leyes. Propondría una modificación en la que dijese: Artículo primero: Derógase la Ley 1150 de 2007 y Artículo segundo: Convóquese por iniciativa de los organismos de control a una gran apertura con la participación del Consejo de Estado para que todos los actores de la contratación estén incluidos.

COMENTARIOS AL PANEL DE SEGURIDAD JURÍDICA

EL PERFIL DE LA NUEVA FUNCIÓN PREVENTIVA

María Eugenia Carreño. Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la función Pública.

EL TRASLADO DE LAS REGULACIONES Y OTROS TEMAS

Manuel Restrepo. Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario

UNA VISIÓN TÉCNICA

Germán Cardona Gutiérrez. Ministro de Transporte.

EL RUP CON LA FRENTE EN ALTO

Camilo Ramírez. Vicepresidente de la Cámara de Comercio de Bogotá.

GLOBALIZACIÓN Y REVOLUCIÓN ÉTICA

Antonio Gómez Merlano. Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal

EL PROBLEMA ES EL OPERADOR NO LA LEY

Juan Pablo Estrada. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

LA INSEGURIDAD JURÍDICA TAMBIÉN EN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Jhon Jairo Camargo. Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio de Interior y de Justicia

EL PERFIL DE LA NUEVA FUNCIÓN PREVENTIVA

María Eugenia Carreño. Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la función Pública.

Pretendo a través de esta pequeña exposición, perfilar la función preventiva de la Procuraduría, la actuación que nos corresponde como garantes del ordenamiento jurídico como protectores del patrimonio público, de ser guía, de ser faro en los procesos de Contratación Estatal, lo refería el Doctor De Vivero esta mañana, frente a la actuación preventiva de la Procuraduría y hacía un llamado a que los Órganos de Control participáramos en esta actividad de carácter contractual. Indudablemente consideramos en la actual administración del Procurador Alejandro Ordóñez que nuestro papel es, no solamente el de disciplinar si no el de ser preventivos y, refiriendo frases del común, la labor preventiva de la Procuraduría se traduce en prevenir antes que lamentar, en no llorar sobre la leche derramada. Cuando los órganos de la administración consultan a la Procuraduría en la labor preventiva reitero que nuestra función es evitar conductas que conlleven en un momento dado a las sanciones disciplinarias o, dicho de forma más fuerte, es mejor prevenir que llegar a recoger los cadáveres.

La perspectiva preventiva se ha querido intensificar en esta Administración; de nada sirve la sanción disciplinaria, es un estigma para el disciplinado, es una afectación para la administración,

y el propósito es precisamente el de evitar todas estas consecuencias de naturaleza disciplinaria.

Indudablemente nuestra labor exige un altísimo grado de ponderación porque debemos mantener esa neutralidad que se exige en toda contienda, en toda controversia.

A mi despacho es común que lleguen los ciudadanos preocupados, muchos de ellos los oferentes que temen ser excluidos del proceso de contratación, argumentando a veces razones fundadas, a veces y me perdonan la expresión, simples “berrinches y pataletas”, al examinar todas las situaciones que nos ponen en conocimiento. Ahí si debemos tener esa dosis de ponderación, hay que dejar hablar y muchas veces hasta en la misma forma de expresarse yo detecto que hay exageraciones y que estamos en un conflicto de naturaleza económica, que hay una tensión en ese sentido, pues al contratista o al oferente los mueve un interés de carácter económico, no nos digamos mentiras, no es que acudo a un proceso de contratación ni solicito ni oferto solo porque me mueve la defensa del ordenamiento jurídico, aquí hay un factor que se llama dinero y hay una tensión de esa naturaleza; y nosotros los escuchamos desde el punto de vista preventivo. Mi despacho atiende a los oferentes; atiende a los

veedores, atiende a todas las organizaciones sociales, a las federaciones, a las confederaciones en fin nuestra misión es escuchar, nuestra misión es ponderar, e igualmente, enviar a las entidades públicas alertas y recomendaciones.

Lo señalaba el doctor De Vivero, es muy difícil en la labor preventiva no transgredir esa línea tenue entre lo que es la prevención y lo que es la coadministración, porque nosotros no podemos invadir la autonomía o la esfera de las entidades públicas; sería una clara extralimitación de funciones y a mi todos los días me amenazan con que estoy extralimitándome en mis funciones, cada vez que lanzo una recomendación o una sugerencia; por eso utilizo muchísimo las palabras recomendación o sugerencia para que finalmente, la administración tome su decisión.

Por supuesto, la administración no es ajena a las recomendaciones de la Procuraduría y conoce y sabe que resulta fundamental e importante tenerlas en cuenta y por ahí se dice que resulta ser muy osado el funcionario que frente a una petición de suspensión o frente a una petición de revocatoria formulada por la Procuraduría se atreva a desconocerla. De ahí que es muy importante que los órganos de control seamos ponderados, que los órganos de control, como decía el señor Procurador esta mañana, no nos dejemos capturar, sería muy perverso para el Estado que la Procuraduría desde el punto de vista preventivo asumiera unas posiciones que resulten favoreciendo o direccionando, por simple capricho, a la administración o a los oferentes. El día que suceda eso a nivel de la Procuraduría estaríamos en el peor de los caos

a nivel de la contratación estatal.

De ahí entonces, lo digo a título anecdótico, me corresponde ser una persona solitaria, casi ni puedo salir a almorzar porque me toca averiguar quién me va a inventar o quién va a estar en el restaurante porque es muy fácil decir que la vieron en el Club de Banqueros y al lado estaban los de Planeta en el tema del Tercer Canal, hablando de ese caso y en esa medida quién sabe qué pactos o acuerdos estará haciendo esa señora con ellos, esa es una labor muy delicada la que nos corresponde a los órganos de control, ser imparciales y además parecer serlo porque no podemos dar esas apariencias frente a la sociedad que exige de nosotros neutralidad, que exige de nosotros imparcialidad, eso de la vida social como tal para los órganos de control o para los funcionarios que tienen a su cargo tan altas responsabilidades resulta bien ajeno.

No podemos dejarnos manipular de los medios de comunicación, no podemos dejarnos manejar esa es la expresión que yo utilizo también con bastante fuerza y es que cualquier cosa que la Procuraduría diga va a ser utilizada. Si solicita la revocatoria del acto de apertura de licitación del tercer canal entonces RCN y Caracol, me sacan por todos los medios, desplazan incluso las horas de las telenovelas con tal de pasarme a mí, pero claro uno entiende que ahí lo que hay es un interés, de ahí que solamente nuestra actividad frente a los medios de comunicación sea solo respecto de la noticia de la rueda de prensa pero nada de una entrevista para el Tiempo porque ahí me van a utilizar como instrumento. Esa parte es bastante

delicada bastante complicada; un día un periodista fue a hacerme una entrevista y yo le dije “para que me entrevista si la vez pasada todo lo que yo dije usted lo tergiversó, salió al contrario, entonces no perdamos el tiempo solo doy entrevistas si se utiliza el método de la pregunta, respuesta”. Eso de la crónica, del escrito, a esas cosas tristemente no nos podemos prestar porque los medios de comunicación también en su afán y en la lucha periodística que es tan ardua en este país, la he vivido, el periodista es una persona sufrida, que tiene que entregar la noticia y ojalá llamativa, con lágrima, porque si no, no es noticia.

Finalmente, una recordación de lo que es la labor preventiva de la Procuraduría: la labor preventiva exige oportunidad, la Procuraduría no puede llegar tarde, debe llegar desde el principio, al final es muy mal visto porque nos vemos inoportunos y nos vemos como si estuviéramos obstaculizando los procesos y a eso no nos podemos prestar. Hace poco salió “*A que juega la Procuraduría*”, una columna de Semana.com, y me sacaron a mí diciendo que yo había llegado muy tarde en la Transversal de las Américas y que resultaba muy cuestionable la labor preventiva de la Procuraduría al punto que interpreté que estaba señalando la revista que lo de nosotros no servía y que apague y vámonos porque la labor preventiva debe ser a tiempo. Escribí una nota diciendo cómo la ignorancia es uno de los temas mas graves en la contratación, porque nos lleva a esas conclusiones. Al contrario, en el tema de Transversal de las Américas y de la Ruta del Sol la Procuraduría desde el inicio del proceso contractual ha estado presente, ese es un principio que nosotros tene-

mos a nivel de la labor preventiva para poder hacer un acompañamiento que realmente surta frutos.

Dentro del plan estratégico de la Procuraduría General de la Nación la lucha contra la corrupción es una de las principales metas de gestión y en esa medida y en cumplimiento de las funciones preventivas, ha diseñado estrategias orientadas a brindar a los diferentes entes públicos herramientas que optimicen la actividad contractual.

La Procuraduría General de la Nación creó el Sistema Integral de Prevención estableciendo los principios y criterios correspondientes al ejercicio de la función preventiva; por ello se han aplicado encuestas, se han realizado encuentros con redes y veedurías ciudadanas, con grupos de interés y servidores públicos con el objeto de evidenciar su percepción respecto a la seguridad jurídica que deviene de la claridad, integración, consistencia y coherencia de las normas que constituyen el Estatuto de Contratación Estatal.

En el trámite de los acompañamientos preventivos hemos encontrado vacíos que son cubiertos con la interpretación a veces amañada de los ordenadores del gasto o de los oferentes, respecto de los temas de la gestión contractual y en este sentido hemos podido establecer el siguiente panorama:

- Existen muchas normas que regulan temas relacionados, lo que aumenta la posibilidad de incoherencias y contradicciones entre ellas, debido a que la Ley 1150 de 2007 planteó muchos aspectos sujetos a reglamentación del Gobierno Nacional.
- No han sido claras las facultades del ejecu-

tivo en la reglamentación de la Ley 1150 de 2007, lo que ha generado que muchas de las disposiciones de los decretos reglamentarios hayan sido suspendidas o anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

- Esta dispersión normativa ha generado dudas en los operadores jurídicos que no han sido resueltas incluso por el Juez del contrato. Toda vez que las Leyes 1150 de 2007 y 80 de 1993 se fundamentan en principios generales que rigen la contratación estatal, la concreción de los mismos en los reglamentos genera vacíos que las entidades públicas no siempre resuelven con interpretaciones garantistas y ajustadas a la finalidad perseguida por la contratación y por las normas que la rigen.
- Se ha fomentado el mito de la contratación imposible que genera la sospecha permanente sobre la transparencia y legalidad de la conducta de los servidores públicos creando así un ambiente poco favorable para las discusiones de reestructuración del pliego. En este mito, existen abogados expertos en dilatar las actuaciones administrativas de las entidades públicas, valiéndose de las acciones judiciales de protección de derechos, existen también ordenadores del gasto que no atienden las solicitudes de los interesados; ni siquiera las recomendaciones efectuadas por los organismos de control y existen también grupos de interés que acomodan los pliegos de condiciones para favorecer a alguien, proponentes que incluso engañan a la administración pública y se valen de toda clase de artimañas para obtener la adjudicación de un proceso.

- También, se ha evidenciado que existen organismos de control que no estudian a cabalidad las convocatorias que vigilan, que se dejan abatir por la presión de los medios de comunicación o por los grupos de interés, que sucumben a la tentación de coadministrar, este mito que recoge muchas de las verdades contractuales del Estado también promueve mentiras que afectan la actividad en sí misma y los resultados que debe arrojar.

Debemos decirlo con claridad, no todos los procesos de contratación son irregulares ni todos los servidores públicos son corruptos, ni todos los proponentes son desleales, ni todos los organismos de control, coadministran o son inoportunos en su gestión.

De ahí que propongo una pregunta frente a todos estos mitos: ¿Qué espera la ciudadanía? La ciudadanía espera un cambio trascendental en el comportamiento de todas las personas involucradas en los diferentes eventos de contratación y en las reflexiones que en la materia desarrolla la Procuraduría General de la Nación, se ha hecho ostensible la necesidad de los ciudadanos organizados en veedurías y en otros grupos de interés de conocer con certeza qué papel juega cada uno de los actores en los procesos de contratación, a quién deben acudir ante las dudas, quién controla a quién, qué normatividad rige cada etapa de los procesos.

Es decir, al existir dispersión normativa, reglas nuevas de contratación, debilidad en el conocimiento que de estas tienen los servidores públicos, los particulares, las veedurías y los

propios organismos de control, la seguridad jurídica se altera, en otras palabras, la certeza del derecho se está desdibujando, se está perdiendo la noción de lo permitido de lo prohibido y de lo exigible. Por eso, las competencias y responsabilidades que asumen cada uno de los actores de la gestión contractual quedan diluidas, los proponentes quieren elaborar por sí mismos los pliegos de condiciones, buscan su acomodo, los jueces quieren evaluar, los ordenadores del gasto quieren judicializar a los operantes y, mientras tanto, la ciudadanía pide a gritos que se condene a los implicados incluso sin aplicar el debido proceso.

El llamado entonces es a que sin esperar que se

legisle, nuevamente cada uno de los actores de la contratación desde su rol, brinden seguridad desde lo que se puede, debe y no debe hacer. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación ha establecido una seria política sobre el alcance de la actuación preventiva integral y sobre los límites que existen para evitar la coadministración o el prejuzgamiento.

Finalizo entonces con la divulgación, el conocimiento y la promoción que me corresponde dentro de la labor preventiva de la Procuraduría, esto es, poner en conocimiento de todos ustedes el Sistema Integral de Prevención cuyo lema es *“Porque prevenir es la mejor opción”*.

EL TRASLADO DE LAS REGULACIONES Y OTROS TEMAS

Manuel Restrepo. Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario

Limitaré mi intervención a algunas ideas principales que se derivan de los planteamientos efectuados por los panelistas que intervinieron en la mañana. Una primera idea, tiene que ver con el señalamiento que hacían de que al parecer, la expedición de la Ley 1150 de 2007 y sobre todo su desarrollo reglamentario han implicado un retroceso en la vigencia de los principios del Estado Social de Derecho en la medida en que se ha propiciado una apropiación de lo privado sobre lo público, un favorecimiento de quienes fungen como contratistas y proponentes en desmedro del bien común y del interés general que debería caracterizar el uso de los recursos públicos y a partir de allí, se han hecho unos desarrollos que pretenden explicar y justificar el por qué desde lo normativo se produce ese giro que procura el socavamiento del Estado Social de Derecho.

Pero la pregunta que no está resuelta y de la cual quiero partir es ¿Por qué se produce ese cambio?, ¿Por qué, si estamos bajo la vigencia de un Estado Social y Democrático de Derecho desde lo normativo, se generan reformas que repuntarían en sentido contrario? Aquí lo que no se ha mencionado es el problema del cambio del modelo de Estado que resulta muchas veces incompatible con el modelo político de Estado Social y Demo-

crático tiene que ver con la transformación del Estado clásico de prestación y garantía del acceso a los servicios de los ciudadanos a su rol de simple regulador y garante de prestación y oferta de servicios por los particulares donde se deja ver una debilidad en la relación entre Estado y sociedad, en la que el Estado pasa a ser el pie de la balanza de una relación triangular desequilibrada donde el Estado se encuentra en el centro y en los platillos de la balanza el mercado y la sociedad.

En ese sentido, dentro de este nuevo modelo regulatorio que responde a una lógica económica propia de la globalización, que ha sido incentivada, impulsada e impuesta por organismos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo, los Estados se han visto forzados a adaptar sus políticas y cambiar su normatividad para ser funcional a esos dictados de la globalización económica, la incorporación de los mercados locales al mercado mundial y, por supuesto, en la medida en que la contratación estatal es un gran vehículo de movilización de recursos económicos, se hace necesario que participe de esa lógica. En esa medida, sí hay una transformación en el modelo económico del Estado, pues se tiene que una de las principales manifestaciones, es el modo de

construir el orden jurídico para poder garantizar un buen clima de negocios, para atraer inversión extranjera y por esta vía inundar de contenidos técnicos y expertos peritos el orden jurídico.

Así, aunque formalmente el ordenamiento sigue estando construido por una Ley o un decreto reglamentario, materialmente no es así, porque no hay un verdadero debate democrático, porque la construcción de la norma la están haciendo unos expertos que están incorporando en los ordenamientos nacionales la receta de los organismos multilaterales que son precisamente quienes proveen recursos para financiar los proyectos a través de los cuales elaboran esas normas y allí surge la pregunta ¿Por qué no hay debate democrático?, ¿Por qué no se consulta a la academia?, ¿Por qué no se consulta a los operadores?, ¿Por qué no se consulta a los mismos actores nacionales de los procesos de contratación?.

Precisamente se quiere lograr un engranaje jurídico funcional a esos dictados que entrañan un cambio en el modelo de Estado y al transitar en un modelo de Estado regulatorio, se genera una situación de riesgo, que Gaspar Ariño rotula como el más sensible riesgo del modelo regulatorio, y es la captura del regulador por el regulado; si el regulador en este caso es un experto que no tiene legitimidad democrática pero cuyos textos son aprobados por el Congreso y reglamentados por el gobierno con base en las reglamentaciones de esos mismos expertos, ¿Qué garantía hay de que efectivamente se obre teniendo como referente el interés general y no los intereses particulares de multinacionales y contratistas interesados en lle-

gar con sus recursos al mercado colombiano?

En esa medida el problema parecería no estar en la hiperinflación normativa aunque ésta contribuya a agudizar la situación, sino en la cooptación del regulador por el regulado y si eso es así, la pregunta que surge es la solución a la inseguridad jurídica que se presenta por la formulación de la reforma y por su desarrollo reglamentario ¿Será otra reforma como la que hacía referencia el Procurador? ¿Qué garantía hay de que si se propone una nueva norma a la Ley 80 de 1993 para modificar lo que formuló la Ley 1150 de 2007 el producto sea una normatividad más afín con el Estado Social y Democrático de Derecho y no una profundización de los defectos que aquí se han echado en cara a lo largo de toda la mañana como un factor generador de corrupción en la contratación administrativa?

Por otra parte, en su intervención el Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio decía: ¿Cómo garantizar la transparencia en el manejo de los recursos de la contratación estatal? es algo que se puede hacer con el ordenamiento vigente y por lo tanto ahí no hay un problema de inseguridad jurídica; porque dada la norma, como él la exponía, la cuestión es de su cumplimiento y por lo tanto, cabe el interrogante de muchos de los aquí presentes ¿Qué tanto están haciendo los organismos de control para hacer que esas normas se cumplan y para derivar responsabilidad disciplinaria y fiscal para quienes han venido incumpliendo el ordenamiento, que en materia de contratación estatal ya trae definida las reglas de garantía de la transparencia de la economía en el uso de los recursos públicos? y por otro lado, no necesariamente la

inseguridad jurídica proviene de la hiperinflación normativa también puede provenir de vacíos en la regulación a pesar de la aparente protuberancia de normas.

Hay temas de contratación de los cuales el legislador no se ha ocupado, la Ley 80 de 1993 descansa sobre la base de que la garantía del éxito de la contratación estriba en el proceso precontractual, en cómo garantizar un buen diseño para que se contrate el objeto que se requiere y escoger a quien mejor lo puede llevar a cabo como si garantizando eso, arrancando la ejecución del contrato no se fuera a presentar ningún problema. Precisamente allí es cuando los problemas empiezan y resulta que parte de la prevención y solución se generan en el momento en que el contrato empieza. Su ejecución radica en la actividad de la supervisión y si hay un tema carente de referente normativo ¿Qué hace el interventor?, ¿Cuáles son sus facultades? ¿Hasta dónde le puede exigir al contratista?, ¿Hasta dónde llega su responsabilidad? ¿Qué grado de incidencia puede tener sobre el representante legal, que es el responsable de la contratación para

que tome decisiones? ¿Hasta qué punto son solidarias o divisibles sus responsabilidades?

Nada de eso se encuentra regulado y considero que de cara a la segunda parte de este foro, relativa a cómo el control fiscal puede contribuir para incidir en un mejoramiento de la actividad de la contratación estatal, es el compromiso con la articulación de un Sistema Nacional de Control Fiscal involucrando como actores del sistema a toda la gama de personas naturales y jurídicas que hacen labor de supervisión de los contratos estatales. Si allí se logra articular, incluir y responsabilizar a estos sujetos podrá haber mucha mas prevención, podrá haber anticipación de situaciones de riesgo, podrá haber corrección de situaciones que eviten daño al patrimonio público o daño al propio contratista que luego derive en una reclamación y así podría hacerse un aporte efectivo que sin necesidad de pasar por lo normativo sirva para mitigar en parte la incidencia de la corrupción y sirva para una mejor articulación del Sistema Nacional de Control Fiscal.

UNA VISIÓN TÉCNICA

Germán Cardona Gutiérrez. Ministro de Transporte.

Estamos en medio de personas ampliamente conocedoras desde el punto de vista jurídico, de los entes de control, sobre cómo tenemos que lograr mejores prácticas en la contratación pública en Colombia.

Voy a dar mi visión desde el punto de vista técnico. Yo he tenido la fortuna y la oportunidad de conocer este sector de la contratación desde el lado del funcionario público regional, como funcionario público nacional, cuando tomé la decisión de retirarme del cargo de Zar Anticorrupción por una incapacidad total para poder hacer algo desde allí y también en alguna época de mi vida como contratista del Estado y he llegado a varias conclusiones que quiero compartir con ustedes.

Colombia definitivamente tiene una ingeniería de muy buena calidad, los ingenieros colombianos se han acostumbrado a enfrentarse a esta topografía difícil y asumir responsabilidades muy grandes y por eso muchas de las empresas colombianas hoy están triunfando con mucho éxito en otras regiones del mundo, poniendo muy en alto la imagen de nuestro país.

Yo diría que un altísimo porcentaje de todos los funcionarios públicos en Colombia son personas de altísimas cualidades morales, intelectuales y

profesionales y cuando uno ha estado en el sector público y en el privado valora muchísimo más el compromiso, la responsabilidad, el conocimiento y el amor por el país que tienen los funcionarios públicos, pero indudablemente estamos enfrentados a una realidad, hay problemas severos que han aflorado con mucha fuerza en los últimos días.

Un tema de gran preocupación es el relacionado con las demandas contra el Estado; indiscutiblemente puede que muchas de ellas sean unas demandas válidas, otras son formas de cómo ganar más dinero en los contratos y he conocido empresas que han hecho obras, ha tocado casi que llevarlos de la mano para que terminen esas obras y después de que las entregan demandan al Estado por valores superiores al 120% o el 130% del valor original del contrato y cuando uno va y habla con estos empresarios y les dice: *“Hombre cómo abusan ustedes del país, cómo meten estas demandas tan impresionantemente grandes”*, y además que hay abogados que se han venido especializando en este tema, la respuesta es: *“Eso en un tribunal de arbitramento lo arreglamos por la mitad”*. Entonces lo que yo creo es que aquí tenemos que hacer un alto en el camino todos y pensar que lo que nos interesa es Colombia este país tan valioso. Precisamente venía yo de una

reunión con un grupo de empresarios extranjeros que vienen con mucho interés a invertir ahora en Colombia y ellos le preguntaban al Presidente si éramos conscientes de lo que se le viene a Colombia en términos de demanda, de desarrollo, de oportunidades, de turismo, de muchas cosas y yo creo que a Colombia hoy y lo digo coloquialmente, a nuestro país lo está atropellando el éxito.

Yo pienso que hoy el país y la economía van muy bien y la infraestructura va muy mal, ¿Por qué? Porque se han invertido grandes recursos pero lo que ha faltado es algo muy importante que es la buena estructuración de los proyectos; ahí es donde tenemos que hacer un análisis muy a fondo, ahí es donde tenemos que volver a darle mucha importancia a la ingeniería de consulta; uno ve una gran cantidad de empresas importantes que se han destacado en la ingeniería de consulta y hoy muchas de ellas están pasando por situaciones bastante difíciles porque los esquemas que se han implementado en el Estado no están prestando el beneficio que todos esperamos. Por querer hacer las cosas de afán y uno veía –porque por lo menos en el Ministerio de Transporte no se va a volver ver eso–, que las licitaciones decían: licitación número tal, el Ministerio de Transporte o cualquier entidad del Estado quiere contratar el diseño, los estudios, la construcción, la gestión predial, la gestión ambiental y el mantenimiento del proyecto tal, o sea que de alguna forma, estamos encapsulando todo en un solo paquete.

Colombia va a tener que apropiarse recursos para invertir en infraestructura; ¿Qué tenemos que hacer? mirar hacia adelante y los entes de control

tienen una responsabilidad muy grande con lo que está sucediendo y en buena hora todos los entes de control están en excelentes manos, vemos a la Auditoría General de la República promoviendo este tipo de debates con la presencia de los demás directores de los entes de Control y creo que todos los colombianos hoy somos conscientes de que en este tema se va a tener que hacer un alto en el camino, vamos a tener que revisar lo que ha sucedido y creo que los entes de control juegan un gran papel en esa revisión que debe ser a fondo. Por eso nosotros le hemos solicitado respetuosamente a la Auditoría General de la República, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación, que creemos un cuerpo élite para que respetando los fueros de cada uno de los integrantes nos unamos todos y hagamos más que una política de gobierno una Política de Estado para que miremos hacia el futuro y todos los errores, que son muchísimos, que se han cometido en el pasado, no los volvamos a cometer.

Entonces yo sugiero que no se vuelvan adjudicar en Colombia proyectos sin diseños y sin estudios previos y que se tome conciencia que la mejor inversión en infraestructura es la que se hace en los estudios y diseños. Por qué no exigirle a las entidades que de aquí en adelante no volvamos a sacar proyectos donde primero se prende el bulldozer y después se empiezan a hacer los diseños de las obras porque ahí es donde vienen la mayoría de los reclamos.

Revisar muy bien el tema de los pliegos que no tienen que ser tan extensos sino más bien contun-

dentos, en los que las exigencias de lado y lado queden perfectamente claras; no más pliegos a la medida, no más pliegos de sastrería. Antes de que existiera el Internet yo recuerdo que a uno le decían que los que se hacían acreedores a la mejor información de los pliegos eran los amigos del funcionario de turno que entraban al despacho del funcionario, podían entrar a su baño personal y detrás de la puerta encontraban los pliegos. Ahora tenemos el Internet que no es la solución a todo porque también se está convirtiendo en un arma bastante peligrosa para amañar los pliegos como por ejemplo:

Exigencias para construir un hospital como me tocó a mí cuando era Zar Anticorrupción, se iba hacer un hospital en la región de la Orinoquia y el contratista requería experiencia en construcción de estructuras de un solo piso de mínimo 8.500 metros cuadrados, y la pregunta que nos hacíamos era, y ¿Qué diferencia hay entre un hospital de un solo piso y un hospital de 4,5 o 6 pisos? pues era que ya había un contratista especializado en hacer hospitales de una sola planta en varias partes de esa región, entonces aquí tenemos que primero, jugarle limpio al país y uno diría bueno eso es como una utopía pero no, yo creo que es una forma de que nos metamos en una realidad y pensemos en Colombia y que busquemos antes que nos ayuden a hacer esa revisión de esos pliegos, inclusive tercerizar ese tema, buscar las universidades mas prestigiosas y mas responsables del país que nos ayuden porque desafortunadamente también hay algunas universidades que muchas veces sirven para que se hagan contratos de entidades del Estado con

ellas y a su vez ellas subcontraten con personas que buscaban ser los adjudicatarios finales de esos contratos.

Que los procesos sean visibles pero repito, aunque el Internet es una excelente herramienta vamos a tener que revisarlo. Vamos a tener que reglamentar buenas interventorías, que de alguna manera representan al Estado en los contratos cuando son obras públicas, pero muchas veces los pliegos no están hechos para que las empresas de interventoría puedan ejercer verdaderamente su responsabilidad, para que puedan estar desde la etapa de elaboración de diseños, acompañamiento en la licitación y luego la interventoría propiamente dicha, para que haya una sucesión, porque a lo que estamos asistiendo ahora es que hay unas empresas que hacen los diseños y los estudios, hay otras empresas que hacen la interventoría de los diseños y los estudios, hay otras empresas que hacen la interventoría de la construcción, entonces a la hora de ir a exigir responsabilidades, hasta de buena fe muchas veces, estas empresas se abstienen o dicen: *“esa responsabilidad a mí no me correspondía”*.

A Colombia se le vienen épocas muy importantes, hablemos solo del tema de regalías. Cuando estuve en ese cargo de anticorrupción, me dediqué a estudiar cómo había sido el tema de las regalías y un día le dije al Presidente Uribe: *“Yo creo que Colombia ha venido perdiendo una bonanza cada año”*. Si miramos el tema de las regalías desde el año 94 hasta el año 2010, Colombia ha recibido por regalías aproximadamente 50 billones de Pesos y el 95% de esa cifra se ha quedado en manos

de pocas entidades territoriales que deberían ser del primer mundo, donde todas las necesidades básicas ya estén satisfechas, pero sorprendentemente, cuando se cruzan las informaciones, esas regiones en su mayoría son las que tienen los peores índices de necesidades básicas insatisfechas; hay que revisar que pasó pero lo que viene para el país es todavía mas importante.

Colombia puede estar recibiendo este año aproximadamente entre 6 y 7 Billones de pesos por regalías y las cifras nos muestran que en cuatro o cinco años, el país puede estar recibiendo el doble de eso o sea 12 o 14 billones de pesos anuales por regalías y ese dinero lo vamos a tener que cuidar todos, vamos a tener que dejar una plata para ahorrarla para las futuras generaciones como lo hace por ejemplo un país como Chile que

es capaz de soportar un terremoto reciente con las reservas que tenía para atender esas necesidades. Vamos a tener que ser muy juiciosos en la inversión en beneficio de todo el país y vamos a tener que ser muy juiciosos en el control y el buen manejo de esos recursos.

La responsabilidad que tenemos los entes de control, los funcionarios públicos y todos los colombianos hacia el futuro es cuidar este país, cuidar estos recursos de un país rico porque Colombia no es un país pobre, es un país mal administrado. Creo que con la voluntad desde el Gobierno, desde el Presidente y todos sus Ministros, de ustedes los entes de control, podemos pensar en que muy pronto vamos hablar en otros términos y vamos a tener un país mucho más próspero.

EL RUP CON LA FRENTE EN ALTO

Camilo Ramírez. Vicepresidente de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La Cámara de Comercio de Bogotá apoya todo este nuevo proceso de la contratación a partir de la Ley 1150 de 2007, con la administración del Registro Único de Proponentes, que es ese registro donde todos los que quieren contratar con el Estado deben estar previamente inscritos para garantizar que cumplen con unos requisitos que son habilitantes, de manera que puedan participar en condiciones homogéneas por lo menos en términos de requisitos habilitantes, en los procesos de contratación pública.

La reglamentación actual del Registro Único de proponentes plantea un avance pues libera a las entidades estatales de la verificación documental de los requisitos habilitantes; ahora las entidades estatales se concentran en el análisis exclusivo de la parte técnica y la parte general de los requisitos habilitantes viene revisada por las Cámaras de Comercio, estableciendo uniformidad de los proponentes y simplificando trámites.

Antes un proponente que participara en 5 o 6 licitaciones durante un año tenía que entregar más o menos los mismos documentos 5 o 6 veces con los costos operativos y económicos que eso implicaba y ahora simplemente presenta en esas seis instancias el certificado expedido por la Cá-

mara de Comercio vigente y en firme. Ya todos los documentos en original reposan en la Cámara de Comercio y pueden ser consultados por las entidades contratantes, por otros proponentes, por los ciudadanos y ello simplifica la actividad de los contratistas y de las entidades contratantes y todo ello contribuye con una mayor transparencia para que los proponentes se inscriban bajo criterios objetivos.

Todas las cámaras de comercio tenemos la misma regulación y estamos haciendo un esfuerzo importante a nivel nacional de mantener unos criterios homogéneos en relación con la inscripción de los proponentes, además somos terceros no interesados porque no participamos en los procesos contractuales y por lo tanto nuestra función es revisar con absoluta independencia y objetividad el cumplimiento exacto y preciso de cada uno de los requisitos previstos en la Ley. Estamos hoy en día entregando modelos de certificación uniformes para ayudarles a los proponentes a que acudan a las entidades que les tienen que dar esos certificados con un modelo que ya les garantiza el cumplimiento de los requisitos que son bastante precisos y muy estrictos.

¿Qué actuaciones se hacen frente a la Cámara de

Comercio?, la primera es la nueva inscripción en donde los proponentes que se inscribieron antes del 1 de Abril del 2009 deben inscribirse bajo el nuevo régimen, pues en este momento ya no hay régimen de transición y por lo tanto todos los proponentes que se están inscribiendo por primera vez, ven en el corto plazo o en el mediano plazo la posibilidad de participar en una contratación del Estado, tiene vigencia anual, todos los proponentes deben renovarlo y someter la información actualizada dentro del mes anterior al vencimiento, lo pueden actualizar en cualquier momento en la medida en que durante el año van haciendo mas contratos o van teniendo una mejor situación financiera; actualizando esa información pueden mejorar su calificación como proponentes.

La verificación que hacen las cámaras de comercio permite garantizar las condiciones generales de la experiencia; en el caso de las personas jurídicas la experiencia que verificamos es la que tiene desde que está constituida, aunque a la entidad estatal no le interesa hace cuanto está la compañía, lo que le interesa es la experiencia que tiene para ese contrato. Para las personas naturales es aún más amplio este elemento de la experiencia porque a los constructores y consultores se la acreditamos desde la fecha de grado, y a los proveedores de acuerdo con el contrato más antiguo. En términos de capacidad sí hacemos una contribución un poco mayor por la consistencia de la información que está dando el proponente en el formulario de inscripción. En el caso de las personas naturales el documento de identidad y que sea mayor de edad son suficientes para demostrar su capacidad jurídica pero en las personas

jurídicas hacemos una comparación con el registro mercantil.

En cuanto a capacidad financiera, la información que verificamos es la del formulario, el balance firmado por un contador o por un revisor fiscal y la información que reposa en el registro mercantil cuando estas entidades son comerciantes inscritos. De esa manera realmente estamos haciendo una tarea de verificación de tres fuentes distintas que si no coinciden no permiten al proponente inscribir su información. Eso ha sido interesante y hemos visto el mejoramiento del reporte de información durante estos dos años, en términos financieros, para hacerla mucho mas confiable y veraz por parte de los contratistas.

En relación con la capacidad de organización, lo que comparamos es lo que dicen los proponentes en el formulario con la certificación emitida por el revisor fiscal o contador donde además nos indique la metodología para el caso. En cuanto a la verificación de la aplicación de la fórmula del K, también damos un valor agregado un poco más allá de lo que la Ley nos pedía; hay muchos errores frecuentes por parte de los contratistas y los estamos asesorando para que lleguen adecuadamente a los cálculos que tienen que hacer.

Finalmente, hacemos la verificación de la clasificación que es tal vez lo más difícil porque es allí donde los proponentes deben traer el certificado expedido por una entidad con la que hayan contratado, especificando la actividad realizada, para demostrar la experiencia con la que se clasifican en un tipo de actividad y en un tipo de especialidad. Allí es donde mas problemas han tenido porque

no han podido conseguir unas certificaciones uniformes por parte de todas las entidades estatales, entonces la Cámara de Comercio, a través de la Internet tiene un formulario virtual que les permite llenar la información y el tema de la fórmula se lo hace automáticamente este formulario, hemos generado formularios físicos con instrucciones, instructivos de renovación, modelos de certificaciones, hemos tratado de ir al paso con la normatividad que se ha expedido, hemos dado capacitaciones a miles de proponentes y cientos de entidades públicas contratantes y tenemos todo un esquema de asesoramiento tanto para entidades públicas como para entidades privadas.

Algunos aspectos finales muy importantes, la inscripción en el Registro Único de Proponentes solo queda en firme 30 días después que quede inscrito en la Cámara de Comercio y yo creo que las entidades estatales lo están pasando por alto porque llegan muchos proponentes tres días antes de presentar su propuesta a la licitación a llamarnos a solicitar que les agilicemos el proceso, pero jurídicamente esa información no puede ser válida para la toma de decisiones por parte de las entidades estatales; sin embargo los contratistas al parecer la están utilizando y la están mostrando en las entidades estatales.

Un tema más delicado aún y que todavía no ha tenido ningún problema pero va a suceder, es que las normas actuales permiten que cualquier entidad estatal impugne el Registro Único de Proponentes en cualquier momento. Por lo tanto técnicamente el RUP respecto a las entidades estatales contratantes nunca estará en firme, porque siempre

será sujeto de impugnación y hay un problema de causales de devolución muy altas pues muchos de los requisitos son tan minuciosos y tan excesivos que no queda fácil a los proponentes ni a las entidades que certifican, cumplir fielmente con los requisitos.

Finalmente la prueba de la experiencia específica realmente no es la mas idónea, eso lo podemos mejorar, nosotros podemos aportar mucho mas en la revisión de la experiencia específica en los contratos mas importantes y ahí estamos mas que dispuestos a seguir colaborando.

Para concluir, es reconfortante en esta mañana que ha sido bastante movida en términos de acusaciones que han habido y de los dedos en la llaga que han puesto las entidades de control, es que en todo este proceso las cámaras de comercio, los registradores de todos estos proponentes, les hemos reducido a las entidades contratantes gran parte de un trabajo dispendioso y afortunadamente hasta la fecha ninguno de los escándalos que hemos tenido que presenciar en las últimas semanas ha involucrado al Registro Único de Proponentes, ni ha involucrado la validez jurídica de estas inscripciones que estamos haciendo en las cámaras. Creo que eso me permite salir de este recinto con tranquilidad y eso sí, manifestándoles la voluntad que tiene no solo la Cámara de Comercio de Bogotá sino todas las cámaras de comercio del país en seguir contribuyendo al proceso de contratación y seguir brindando nuestra experiencia y nuestra objetividad en todo el proceso de revisión de los requisitos que deben cumplir los contratistas para contratar con las entidades estatales.

GLOBALIZACIÓN Y REVOLUCIÓN ÉTICA

Antonio Gómez Merlano. Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal

He escuchado varias intervenciones, algunas mas críticas que otras, otras quejándose de la falta de participación en los análisis y en las consideraciones para reformar la normatividad contractual en Colombia, algunos pensando en el inter relacionamiento entre el modelo contractual y el modelo social y económico, en fin, multiplicidad de posibilidades tiene este tema de la contratación porque impacta todas y cada una de las regiones del país y todos y cada uno de los habitantes de Colombia y eso implica mayor responsabilidad por parte no solamente del ciudadano sino del sector privado que contrata y por consiguiente del funcionario público que hace la contratación.

Lo cierto es que ha venido dándose un proceso en Colombia de una creciente influencia del sector privado en la conformación de las normas y esto no es nuevo; cuando escuche *“aquí se está privatizando la normatividad”*, lo que uno reflexiona es que esa ha sido la tendencia del Estado Social de Derecho nuestro, ha habido una gran diferencia entre los postulados filosóficos, los postulados de los derechos fundamentales, de los derechos económicos y sociales y la práctica rutinaria del Estado colombiano para efectos de conformar sus instituciones.

La contratación no escapa a eso, estamos en un mundo interdependiente, en una sociedad globalizada e interdependiente, en que todos estamos directa e indirectamente relacionados con las decisiones y los resultados del buen o mal manejo del país, del buen o mal manejo del ciudadano, del buen o mal manejo del sector privado. Hay que repensar en serio el futuro de la contratación pública, porque ha habido un proceso de deterioro creciente en el manejo de los asuntos del Estado y eso no es solo por falta de normatividad o por confusión o vacíos que se puedan aprovechar. Lo que hay que hacer es cambiar prácticas, cambiar creencias, cambiar costumbres, que lo que hacen es facilitar el enriquecimiento fácil en detrimento del bienestar social que debe generar el Estado.

Las cifras son muy grandes, las que se captan por los paramilitares y por la guerrilla, por los financiadores de las campañas políticas, por grupos de interés que monopolizan la contratación del Estado, y los contratistas acuden a los mejores abogados especializados en contratación, no solamente para ganarse las licitaciones sino para crear problemas jurídicos en el futuro. Y los funcionarios públicos que pasan a defender intereses particulares, creo que dentro de la ética que uno debe tener es la de no participar de

ninguna manera en aquellas entidades en donde uno ha estado dirigiendo el cumplimiento de las obligaciones públicas; es importante reiterarlo, uno no puede pasar de ser Ministro de Estado de un sector a ser contratista del Estado en ese sector, uno no puede pasar de ser funcionario a defender intereses privados que en ese sector y no solamente por un año por muchos años eso es lo que genera credibilidad, legitimidad en las instituciones. Cuando el ciudadano ve, que al Estado lo explotan, lo anarquizan, se lo roban y no pasa nada, la gente pierde credibilidad. Entonces el Estado tiene que recuperar credibilidad y tiene que recuperar legitimidad.

La evolución de la normatividad contractual genera muchas contradicciones, que a su vez generan multiplicidad de demandas, no en vano no se hacen los estudios previos de manera adecuada, no en vano no se hacen los diseños y eso implica también que los organismos de control tienen que iniciar un proceso profundo de formación, de entrenamiento, de trabajo en equipo, para que cada día se entrenen y se formen mucho más en las nuevas formas y modalidades en el manejo de la contratación pública, porque los grandes contratistas utilizan la gente más preparada para reunir las condiciones formales de la contratación, para cumplir los requisitos de la contratación, para cumplir todas y cada una de las exigencias, legales que exige el estatuto contractual, pero la corrupción muchas veces no va allí, la corrupción va es cuando se coopta al funcionario, cuando se compra al funcionario y eso muchas veces ya no es para que modifique unos pliegos para que hagan unas adendas sino para ser beneficiados.

Yo me atrevo a asegurar que las denuncias de las grandes contrataciones, hubieran pasado sin ninguna dificultad desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos si no salen las grabaciones donde se le ofrece plata a los funcionarios del Estado y se reparten las comisiones. El país tiene que aprender a denunciar, la ciudadanía tiene que convertirse en esa veeduría, en defensores del interés público y en eso, el papel nuestro como Procuraduría disciplinaria cuando uno se mete en el ejercicio del servicio público uno tiene que meterse con compromiso, si uno es corrupto no puede estar trabajando en ninguna entidad del Estado porque el corrupto no tiene el poder moral para sancionar ni para absolver. Por eso es importante que en todas estas entidades realmente haya personas comprometidas pero no comprometidas teóricamente, porque muchas veces los funcionarios del Estado van y hablan de transparencia y salen de la oficina a buscar comisiones y a buscar modalidades nuevas de corrupción, hablan de eficiencia y son ineficientes, hablan de responsabilidad y son irresponsables, hablan de economía de los procesos y dilatan los procesos para efectos de poder generar situaciones irregulares que les permita obtener beneficios adicionales por la demora en la toma de las decisiones.

Aquí hay que hacer una gran revolución en materia ética del funcionario del Estado y en materia administrativa, sin temor a denunciar la corrupción, porque este país no puede darse el lujo de que con todas las carencias que hay en Colombia, un grupo reducido de privilegiados le birlen al Estado, billones y billones de pesos ante la pasividad permanente de la ciudadanía, pues ex-

cepcionalmente hay alguna protesta, creo que el gran cambio que tenemos que hacer es, cambiar nuestras propias costumbres, cambiar nuestras propias creencias y estar convencidos de que lo que debemos buscar es construir un país nuevo

y diferente donde la gente tenga acceso, donde se manejen los recursos públicos con transparencia y que trabajemos en equipo todos para beneficio de Colombia.

EL PROBLEMA ES EL OPERADOR NO LA LEY

Juan Pablo Estrada. Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

Me corresponde comentar varias de las intervenciones que se han escuchado esta mañana las razones de tiempo me impiden ocuparme de todos los temas que quisiera voy a tratar de resumir 5 ideas.

En primera medida debo señalar que comparto en forma íntegra la preocupación del profesor, del Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio en el sentido de que muchas de estas normas de la Ley 1150 de 2007, a mi juicio absolutamente innecesaria, hecha a los trompicones a pesar del largo tránsito legislativo que surtió, que no hace cosa distinta que legislar para pequeños detalles, convertir en normas jurisprudencias que ya estaban decantadas y traer reflexiones tan vergonzosas para los colombianos, cuando asistimos a foros en el exterior, como que las facturas y las cuentas de cobro se deben pagar en el turno en que se radican, es tal vez la única Ley de contratos en el mundo que trae esa previsión, toca explicar entonces en esos foros internacionales, que a veces la cuenta de cobro se agiliza si hay chocolatinas 'Ferrero' o botella de 'Bucanas' o cualquier otro tipo de incentivo para el pagador, eso es una verdadera vergüenza, o tener que ratificar que el debido proceso aplica a la actividad contractual del Estado, cuando es una norma Constitucional.

En esa medida los intereses privados, que han contaminado en exceso la actividad de la administración pública, son bienvenidos en el debate de la información de la Ley, lo que no puede ocurrir es que sean los únicos que van a dirigir la actuación del legislador y si a ello le sumamos los expertos en contratación que solo se convirtieron en expertos el día que los contrataron para asesorar la elaboración de la Ley pues al caos que estamos viviendo no hay que buscarle ninguna otra explicación.

Aquí todos fueron muy prudentes yo probablemente me tomo esa libertad, la ventaja de que solo se es profesor y litigante a ratos, es que estamos viviendo la tragedia del Asesor para la reforma a la contratación, Gonzalo Suárez, esa es la verdad, porque él tramitó el proyecto, lo patinó, tenía su libro listo en la imprenta para que fuera el primero en convertirse en experto en contratación y luego se encerró en la Secretaría Jurídica de Palacio a sacar unos decretos que se han ido derrumbando uno a uno como un castillo de naipes en el Consejo de Estado por exceso de la facultad reglamentaria, por antitécnicos, por mal escritos y por no conocer la realidad de la contratación pública.

Esa es la verdad, el doctor Gonzalo Suarez es un hombre con enormes capacidades pero en esta

tema de la contratación se le fueron las luces y lo peor, como dijo el doctor Felipe De Vivero, cualquier comentario que osara cuestionar una postura de la que se estaba anunciando era un agravio personal, una actitud de retaliación envidiosa de quienes no formamos parte de esas pomposas comisiones, pues no, lo que pasa es que hay otros que le hemos dedicado nuestra vida o al ejercicio de la función pública o a la academia en estos temas y algo tenemos que decir, probablemente también equivocados, pero hoy hay una ley de 32 artículos con 29 reglamentos hechos por una única persona que no era el mas experto.

Yo resumo este tema en lo siguiente, el doctor Gonzalo Suárez sostiene en la primera edición de su libro, que el contrato de prestación de servicios profesionales solo se puede suscribir con personas naturales, ah bueno entonces ninguna oficina de abogados puede contratar en este país porque son personas jurídicas, entonces nos toca de nuevo ser otra vez personas naturales y las firmas de abogados que desaparezcan. Después lo recogió, pero eso nos muestra hasta dónde estaba desinformado.

Luego, los caóticos decretos reglamentarios han hecho que el propósito de la Ley se extravíe porque ante la confusión, ante esta inseguridad normativa que tanto preocupa a la Auditoría General de la República y que el Auditor Iván Darío Gómez Lee ha recogido con tanta solvencia en sus textos, no se sabe que es lo que está vigente. En este momento pueden estar sancionando un nuevo decreto, una prórroga. El Consejo de Estado con las sentencias de nulidad, lo único que ha generado es

un caldo de cultivo para que los expertos en las defraudaciones del erario actúen. Uno se duerme con una norma que regula la selección abreviada de menor cuantía y amanece con otra.

Coadyuvo la petición del doctor Luis Felipe De Vivero, bastaría con derogar una Ley, bastaría con eso, todo lo que se hace con la Ley 1150 de 2007 se podría hacer con la Ley 80 de 1993 y eso lo hemos demostrado en muchos foros académicos. Hemos incurrido es en unos pliegos en los que obligan a evaluar tratándose de licitaciones públicas, calidad y precio, y todos los procesos millonarios se asignan al menor precio porque calidad es un formulario para llenar que si cumplo o no cumplo, porque no hay como calificar calidad eso desde luego es otro gran error.

Lo único bueno de ese Decreto 2474 de 2008, es el artículo tercero con el principio de planeación, bienvenida la planeación pero la pregunta es, ¿Estaba capacitada la administración pública para cumplir con esos requisitos que allí se listan como mínimos? ¿Hay funcionarios que sepan hacer los estudios de análisis de riesgos, los estudios económicos, que existen en esa norma? Se encuentra uno y créanme que no es un pliego de la provincia alejada de donde orgullosamente vengo, sino de aquí de los ministerios, un pliego para contratar la dotación de aquellos funcionarios que devengan menos de dos salarios mínimos y uno de los riesgos es que no atiendan al empleado cuando vaya por el vestido a cargo del contratista, riesgo es que la mezcla sea 80% paño 20% poliéster y no 100 por ciento paño, eso no son riesgos ese es el contenido de obligaciones del contrato; en-

tonces aparece un experto en riesgos y es el que hace los riesgos de todas las entidades del Estado calcados e idénticos y además respaldándose en el documento cómplice del riesgo penal, del riesgo cambiario y riesgos diseñados para el tema de infraestructura.

El tema de los riesgos en todas las latitudes es para los contratos de concesión y las grandes obras de infraestructura, es preferible que en el estudio previo, el funcionario público tenga coraje y diga aquí no hay ningún riesgo al calificar, en un contrato por el que me han entregado unos computadores y yo los voy a pagar, cual es el riesgo allí, entonces ese es otro gran error.

En el tema del RUP yo entiendo la tarea aburrida que les ha tocado a las cámaras de comercio, probablemente, pues la norma que les toca aplicar no la hicieron ellos, la verificación es documental, entonces, ¿Qué verifican las cámaras de comercio?, Un papel que le llevan y le ponen de presente en una ventanilla. Pongo un ejemplo tonto y si se quiere simpático, doctor Juan Camilo Ramírez y con esto les prometo que termino, el señor que va y hace un contrato, digamos un Municipio al azar, Maicao, hace 100 viviendas de interés social, termina su contrato y reclama su certificación, la que usted señalaba y la que tiene que traer y presentar; se monta en ese 'Brasilia' con su botella de 'Old Parr', caja de 'Cocostette' y a la altura de Bucaramanga empieza a mirar la certificación; pusieron 100 casas y solo lo pusieron en números y sigue bajando y en Tunja ya prendido dice oiga y queda campito sobrado para meter dos ceros ahí, el tipo va para Ipiales porque es un contratista

de allá y ya cuando pasa la línea se envalentona y le mete 2 ceros mas a eso y llega a la Cámara de Comercio le lleva las 'cocostette' a la niña de la ventanilla, llena el formulario y se lo entrega, ella verifica el documento, y a partir de ese momento en el RUP, que es plena prueba porque es lo que le otorga el decreto, queda consignado que hizo 10.000 viviendas y ello le impactará el K de contratación o la fórmula matemática que haya que aplicar. Resulta que en la impugnación que se puede hacer de esa inscripción no puede ventilarse ningún tipo de aspecto que tenga que ver con falsedad en documentos o con adulteración de documento, lo dice el decreto, no podrá versar la impugnación sobre ningún tema que tenga que ver con falsedad y caemos en otro problema, porque la falsedad no la puede declarar ningún funcionario distinto a la autoridad que ni siquiera declara falsedades, entonces si no hay autor el documento sigue rodando.

Entonces, con la Ley 1150 de 2007, con la Ley 80 de 1993, con el Decreto 222 de 1983, con el 2474 de 2008, con el 066 de 2008, con el que quiera, se pueden hacer procesos correctamente conducidos y se puede lograr la escogencia del mejor contratista del Estado y con las mismas normas se pueden hacer los procesos más tramposos y más torcidos, porque si me conceden licencia para decirlo, el problema en la contratación pública es el operador que usa la norma de manera inadecuada.

La única solución, doctor Iván Darío Gómez Lee, y sé que usted en esta causa me acompaña, es que logremos cambiar el viejo aforismo de que hecha

la Ley hecha la trampa de forma tal que cometido el delito sea sancionado el delincuente, solo con el actuar pronto, efectivo y eficaz de las autoridades y los organismos de control es que se espantan

estas bandas de corruptos que no se moralizan en las especializaciones de contratación pública ni en los seminarios de actualización.

LA INSEGURIDAD JURÍDICA TAMBIÉN EN MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Jhon Jairo Camargo. Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio de Interior y de Justicia.

Hoy en día vemos contratistas que comienzan a ejecutar su obra sin ni siquiera tener un contrato firmado y eso termina en sede judicial, luego, yo no pienso que inseguridad jurídica sea únicamente que haya una dispersión normativa o que haya una gran cantidad de vacíos normativos. Inseguridad jurídica también es que el Estado no tenga mecanismos alternos para solucionar los conflictos derivados de la misma actividad que yo genero. Es decir, únicamente en sede judicial se resuelven los conflictos.

El estudio que realizamos sobre los principales efectos que tienen los mecanismos alternos de solución de conflictos para bajar o mitigar el impacto de la actividad litigiosa estatal, demostró que el único mecanismo alternativo de solución de conflictos que realmente funciona para los procesos en contra del Estado, es la conciliación entre comillas, porque resulta que hoy en día cuando deciden que la conciliación es un requisito de procedibilidad para acudir ante lo contencioso administrativo, ese requisito está en manos de los comités de conciliación de cada una de las entidades que lo tiene y los comités de conciliación en casi todas las entidades, no están cumpliendo la función para la cual fueron llamados, un proceso que me puede costar hoy 5 pesos llevarlo a

sede judicial me lo puede incrementar en un 150 por ciento, ¿Por qué? Resulta que mi amigo fue el que firmó el contrato, porque era el director jurídico, mi amigo fue el que interpretó el contrato y yo me niego a conciliar ese caso y como yo soy incapaz como autoridad administrativa se lo dejo al juez y que decida cuál va a ser la suerte de ese problema de orden contractual.

Ahora bien, pensamos que el único mecanismo alternativo de solución de conflictos es la conciliación, ¿Dónde dejamos la transacción? ¿Dónde podemos colocar el arreglo directo que es la herramienta jurídica indispensable para solucionar los problemas contractuales en sede administrativa? Es que el hecho de que haya disparidad jurídica, o dispersión de normas, no significa que con la unificación de normas y el llenado de vacíos, se mitigue toda la actividad litigiosa en contra del Estado y hay un tema de carácter financiero que realmente va a impactar a mediano plazo todas las finanzas del Estado si seguimos por la vía por donde vamos.

Por último, tengo unas recomendaciones bastante importantes que sacamos en la Dirección a mi cargo sobre cómo se deben concebir los mecanismos alternos de solución de conflictos en los problemas de orden contractual, hacemos un lla-

mado bastante importante para que se configure y se fortalezca la figura de arreglo directo y que las controversias se arreglen en sede administrativa y no en sede judicial.

Respecto del uso de la transacción se requiere una modificación normativa porque el único mecanismo alterno que nos da la vía es actualmente la conciliación, yo transo pero realmente no se agota requisito de procedibilidad y también evaluar el

tema de cómo se va a efectuar el fortalecimiento del arbitraje; si bien es una figura bastante discutida porque casi se están quitando competencias al poder natural en materia de lo contencioso, también debemos aclarar que realmente es una figura que realmente puede ser expedita; se tiene el miedo por el costo pero es una figura que necesita una regulación bastante fuerte y certera que nos permita culminar los procesos judiciales con feliz término.

III. PANEL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN

MARCO NORMATIVO Y LA NUEVA PROPUESTA DE CONTROL DE LA AUDITORÍA

Iván Darío Gómez Lee. Auditor General de la República.

ANÁLISIS DE FONDO Y PROPUESTAS

Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Presidente de la Sección Primera Consejo de Estado.

MARCO NORMATIVO Y LA NUEVA PROPUESTA DE CONTROL DE LA AUDITORÍA

Iván Darío Gómez Lee. Auditor General de la República.

En esta segunda parte la idea es plantear una discusión en la que participen expertos en el tema, acompañados por la intervención de los órganos de control fiscal.

La problemática que se intenta abordar se concreta en los casos en los que el contratista estatal es gestor fiscal y por lo tanto es sujeto de responsabilidad fiscal. En este sentido, se pretende discutir si el contratista, colaborador de la administración pública, debería ser destinatario de la acción de responsabilidad fiscal y también destinatario de la posibilidad de rendir cuentas sobre el contrato como lo hacen los actores estatales propiamente dichos como los ministerios, secretarías o establecimientos públicos

El Artículo 61 de La Ley 610 de 2000 se ha referido expresamente a las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad fiscal para un contratista y ha dicho que la responsabilidad fiscal genera la caducidad del contrato. El contratista estatal según el ordenamiento jurídico positivo y según la Ley colombiana es gestor fiscal y destinatario de la acción de responsabilidad fiscal.

Adicionalmente, el Artículo tercero de la Ley 610 de 2000 define qué se entiende por gestión fiscal, cuáles son los actos del gestor fiscal y esto

es lo que en últimas, nos lleva a que la primera condición para ser sujeto de la acción de responsabilidad fiscal es manejar o administrar recursos públicos. Teniendo esa condición se arma el trípode tradicional de toda responsabilidad. Primero que exista un daño; segundo que exista una conducta y en el caso de la responsabilidad fiscal, lo ha dicho la Corte Constitucional, necesariamente la conducta tiene que ser a título de dolo o culpa grave.

Para evaluar la posible responsabilidad fiscal de los particulares contratistas una vez acaecido el daño, y determinar si con la actividad contractual con acciones u omisiones, ocasionan menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida, uso indebido o deterioro en los recursos públicos, se deberá realizar un examen sobre el contenido de la actividad y si ésta entraña o no gestión fiscal. En segundo lugar, valorar si actuó con prudencia, cuidado y previsión, o si por el contrario actuó con dolo o con culpa grave.

El primer nivel de la responsabilidad fiscal en la contratación lo conforman: Ordenador, Pagador, Interventor, Supervisor y Contratista, estos son los cinco actores principales en la escena de la gestión fiscal contractual. Su vinculación es muy

estrecha y en principio los cinco son siempre los llamados a responder en forma solidaria. Claro está que esa regla admite excepciones, así por ejemplo: El contratista no está llamado a responder por el daño que ocasiona la falta de previsión de la administración.

Así las cosas, al momento de valorar si un agente es o no responsable, es imprescindible analizar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, memorandos, actos y cualquier otro instrumento que materialice bien su responsabilidad o que configure un eximente de la misma

En la perspectiva de la Ley 1150 de 2007, los comités asesores, hoy tienen un estatus de responsabilidad que tienen unas cargas de cuidado y previsión muy marcadas a diferencia de la Ley 80 de 1993, en donde se pasaban por alto; se entra a analizar las situaciones específicas y se hace un pare en el deber de planeación. Tal como se expresó aquí por todos los expositores, la omisión de los deberes de planeación es una de las causas estructurales de los problemas que tiene hoy la contratación.

En el Artículo sexto de la Ley 610 de 2000 se establecían los cinco principios como fuente de la responsabilidad fiscal como generadores de daño, la Corte los cercena y deja solamente tres: economía, eficiencia y eficacia. Con esto la Corte desestimó el principio de equidad como fuente de la responsabilidad fiscal, es decir, el juicio a valorar si la decisión es equitativa o no, si es justa o no. La Corte estableció que eso no puede ser materia de responsabilidad fiscal lo mismo dice en materia de valoración de costos ambientales.

Considero muy importante poner eso de presente: la responsabilidad fiscal de los actores de la contratación se mueve únicamente en estos tres principios y no en los cinco que establece la Constitución.

Otro tema esencial, para abrir la discusión y seguramente las críticas en materia de lo que nos está faltando para tener un control fiscal mucho más efectivo, mucho más oportuno en contratación tienen que ver con la oportunidad, con el momento en que la contralorías pueden intervenir en los procesos contractuales. Al respecto, tengo una posición bastante radical pues creo que es mejor prevenir que curar.

Una cosa es el cuestionamiento a la solidez de los estudios de factibilidad, por ejemplo y otra, que la contraloría entre a hacer un juicio de valor de si en la etapa precontractual de los pliegos, se preserva o no se preserva el principio de igualdad, o si se establece algún tipo de discriminación. Se debe tener cuidado porque la finalidad de la Ley es precisamente que la contralorías no deben emitir conceptos para la adjudicación de los contratos.

Otro hito fundamental, es el Artículo 65 de la Ley 80 de 1993, que establece tres momentos de intervención de las contralorías, en consonancia con el artículo 25. El primero, una vez legalizado el contrato, y es a partir de ese momento que se hace la evaluación de la etapa precontractual. El segundo, la intervención de las contralorías en los pagos, a medida que éstos se van realizando. Y el tercer momento es la liquidación del contrato.

Si vemos ahora el tema no en la perspectiva dog-

mática, sino en la perspectiva de la cotidianidad, el control fiscal a la contratación es un control eminentemente numérico-legal. No obstante, la Constitución Política abre todo un horizonte para realizar control a la gestión y a los resultados y la Ley 42 de 1993 en los artículos 12 y 13 ofrece grandes posibilidades. El control fiscal a la contratación debería ir mas allá, debería orientarse más a la gestión y a los resultados. Dentro de ese lineamiento hemos venido trabajando con muchas contralorías del país.

La Auditoría General de la República evalúa las competencias administrativas y las competencias misionales de las contralorías. Estamos trabajando, con la mayoría de las contralorías del país, en un nuevo modelo orientado al control de la contratación, evaluando la gestión contractual y los resultados. Para ello estamos formulando metodologías para identificar situaciones de riesgo o graves de contratación en el país y con base en ellas la Auditoría ha solicitado a los contralores que hagan una rendición de cuenta cada dos meses

sobre sus acciones de control.

El desafío del control fiscal en Colombia es priorizar el control a la contratación teniendo en cuenta que desde el punto de vista de la dinámica pública, el tema más relevante es la contratación, según lo demuestran las cifras.

Desde el punto de vista fiscal por vía de la contratación se están ejecutando 60 billones de pesos al año, dentro de los cuales 19 son manejados por particulares y el resto son los recursos que están ejecutando las entidades del orden nacional y del orden territorial, lo que constituye el tema fiscal de mayor impacto.

Nuestra estrategia de control y nuestra prioridad, dado su impacto fiscal es fortalecer el control fiscal a la contratación, tarea que considero estamos llevando a cabo con seguridad.

Con este marco de referencia quería abrir esta segunda parte, sobre las acciones que se deben aplicar y las que estamos emprendiendo en el Sistema Nacional de Control Fiscal

ANÁLISIS DE FONDO Y PROPUESTAS

Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Presidente de la Sección Primera Consejo de Estado.

Me parece pertinente hacer varias consideraciones luego de los temas que se han tratado, que parten de la valoración que ya se ha hecho y es que también creo que en Colombia somos mas los buenos que los que no, estoy absolutamente convencido de eso y mi tragedia personal es que a los más a veces nos arrinconan los menos. Yo aprendí una gran lección de un viejo maestro mío; en el Instituto de Estudios Europeos en la Ciudad de Torino, Italia, el maestro Norberto Bobbio, un hombre de una dimensión, filosófica, jurídica y social incommensurable quien dice en uno de sus textos “Hacia dónde va el Estado”, que el gran reto social del derecho, es combatir la ilegalidad con la legalidad, la ilegitimidad con la legitimidad y la corrupción con la buena fe contra la corrupción, entonces ese reto el Estado Social debe asumirlo.

A propósito de ese comentario de la contratación, tema en el que yo he estado vinculado académica y profesionalmente toda mi vida, he observado que no es que la contratación hoy esté en crisis, sino que esa crisis la viene sufriendo la contratación desde siempre, cuando esta se volvió importante en el país, por cuanto el Estado reconoció su propia incompetencia para asumir las responsabilidades que le corresponden de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico y de-

terminó que su gran aliado para el cumplimiento de esa misión era el sector privado y hubo una transferencia, de los centros de responsabilidad de la autoridad pública a un nuevo socio, que debía acompañarlo, como se ha dicho aquí.

En el cumplimiento de su gestión, pero sin perjuicio que muchos lo hagan en forma adecuada, algunos de ellos no han asumido ese comportamiento, y bajo esa premisa yo he observado que la contratación ha tenido históricamente esos ciclos de negatividad, particularmente cuando las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico han contado con el contubernio y la complicidad del silencio, pues solo cuando tenemos la posibilidad de acceder públicamente a la información es posible que nos hagamos una culpa y nos preguntemos qué es lo que está pasando, y además qué es lo que debemos hacer.

Bajo esa perspectiva de la cual todos formamos parte, uno observaría que es posible que la legislación pueda contribuir al desafecto por lo público, y ello es evidente, en Colombia suele uno escuchar, cómo varias regulaciones tienen nombre propio y se mencionaba aquí algo de la última reforma a la contratación y no se explica cómo una Ley duró tanto tiempo tramitada en el congreso y termina resolviendo no los grandes problemas de la contratación si no

en gran parte, resolviéndole el problema a algún sector de la contratación, estas son normas con nombre propio. Pero frente a una situación real del manejo de lo público surge un interrogante ¿Estamos preparados para asumir y confrontar el fenómeno que se nos ha venido presentando históricamente, y reitero no de hoy, con los instrumentos que tenemos?

Es pertinente plantearse si ese esquema de los sistemas de control adoptados por el constituyente de 1991, es el que necesitamos para combatir el debate de un flagelo como el que hoy visiblemente estamos viviendo. Yo tengo serias dudas, por eso aquí se ha observado lo concerniente al tema del control interno con mucha razón; yo quiero hacer una afirmación categórica, es posible que incurra en un error de apreciación, pero estoy convencido de que ha sido un rotundo fracaso el control interno, que posiblemente se dio para suplir aquello de la coadministración del control fiscal y terminó siendo un súbdito del ente público, en la medida en que la Ley si bien habla de un funcionario de alta jerarquía, es jerárquicamente inferior al representante legal de la entidad y eso no le ha producido nada bueno al país. Sería interesante cuantificar el costo del control interno y creo que llegaríamos a la conclusión de que hay que repensarlo porque si la idea del control interno era que las entidades pudiesen adecuar sus actuaciones a los procedimientos legalmente establecidos, entre ellos los de la contratación, no hay control previo, pero tampoco hay control interno y entonces el control aparece cuando el daño ya se ha ocasionado.

Otro elemento de juicio para revisar el sistema de control que tenemos es preguntarnos entonces si el control fiscal propiamente dicho hoy comporta

los instrumentos, la estructura y el carácter operativo que son absolutamente indispensables para ejercer el control en tiempo real.

De otra parte, la multiplicidad legislativa y complementariamente normativa, que ha sido otro gran equívoco atribuible a la norma en la última reforma de la Ley 1150 de 2007, en la que la palabra reglamento del gobierno aparece 32 veces en una ley que tiene 30 artículos, permite concluir que el Congreso no legisló sino que le transfirió al reglamento la potestad legislativa y todo eso se confabula alrededor de la aplicación de una inmensidad de procedimientos administrativos y vale la pena observar aquí que no ha sido la jurisprudencia la que ha prohibido la intervención del control fiscal en la etapa precontractual, no, es la Ley la que prohíbe expresamente esa intervención, de tal manera que desde ese punto de vista aparecen elementos adicionales.

Hay un tema adicional que yo quiero mencionar porque no lo he escuchado y es el tema de la urgencia manifiesta. Yo me recorro el país en cosas académicas más que institucionales y siempre en mis clases de contratación todas las inquietudes, todos los interrogantes, todos los planteamientos van alrededor del tema de la urgencia manifiesta que ha sido otro instrumento indebidamente utilizado para efectos de la degradación del patrimonio público.

Es importante la adopción de una política de control fiscal sobre la urgencia manifiesta en una revisión del régimen que le es aplicable y en una verificación de las competencias del control fiscal, que hoy se tienen en relación a la revisión de los alcances que la figura presenta dentro del ámbito amplio de la

gestión fiscal que aparece en la Ley 610 de 2000.

El Auditor General de la República planteaba algunos casos resueltos por la jurisprudencia, en la que el tema de la contratación en los servicios financieros, que es un fallo con ponencia mía en la sección primera, establece para el sistema financiero responsabilidad fiscal por el manejo de los recursos del Estado cuando estos son depositados en sus cuentas de ahorros o cuentas corrientes, en la medida en que la entidad financiera debe aplicar las normas y protocolos para efectos de proteger esos dineros públicos.

La otra consideración que me parece importante hacer allí a propósito de la formulación de una idea de simplificar el proceso de responsabilidad fiscal; yo he venido sosteniendo inclusive también para el caso del ejercicio del control disciplinario que estas son situaciones en las cuales, sin perjuicio de tratarse de actuaciones administrativas controlables judicialmente por el juez contencioso, en la praxis, el proceso de responsabilidad fiscal recorre todas las etapas del debido proceso en el que se aplican y se deben aplicar todas las garantías derivadas de tal consideración de forma que, mi propuesta, a propósito de la discusión del proyecto del Código Único Contencioso Administrativo que ya lleva 3 debates en el Congreso de la República, y que esperamos que en la plenaria próximamente sea aprobado, yo he dejado una expresa constancia en el sentido que actuaciones administrativas entre ellas, la del proceso fiscal, no pueden ser sometidas al control judicial ordinario que se le aplica a cualquier otra actuación de la administración pública, ¿por qué?

Porque uno lo que observa en el proceso judicial, es

que hay una repetición del juicio fiscal con inversión de las partes, pues el juzgador es el ente de control, y el agente para llamarlo de alguna manera en forma universal es la persona objeto de ese juicio fiscal, persona sobre la cual se toma una decisión determinada que es la que va a ser controlada posteriormente y al ser controlada posteriormente por el juez, el investigado o sancionado o el controlado pasa a ser demandante y la entidad controladora pasa a ser demandada, y entonces hay una inversión procesal y particularmente las dos instancias que suelen desarrollarse se desarrollan generalmente con la misma prueba, con los mismos planteamientos.

Creo que allí hay un desgaste judicial innecesario y por eso mi propuesta es la de que ese tipo de decisiones sea susceptible de un recurso especial de revisión de legalidad en virtud de que partiendo del supuesto que el controlador fiscal haya pensado justicia desde un punto de vista material, el juez contencioso solo verifique en este recurso de revisión excepcional si el controlador fiscal respetó las garantías propias del debido proceso para expresar y comprobar el carácter protectivo de su decisión y con eso nos evitaríamos un desgaste judicial que hoy es eternamente largo y ganaríamos en eficiencia en cuanto al control de legalidad frente a las decisiones adoptadas en ese tipo de proceso.

Por último quisiera señalar que la situación sigue siendo compleja y grave y el país no puede seguir asistiendo atónito al bochornoso espectáculo de corrupción, que estamos observando y la sociedad requiere ver respuestas rápidas, oportunas y ojalá eficientes y en esos propósitos estamos comprometidos todos y particularmente quienes ejercemos funciones públicas.

COMENTARIOS PANEL CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN

EL CONTROL INTERNO A REVISIÓN

Ángel Custodio Cabrera. Presidente Comisión Tercera, Cámara de Representantes

CONTROL EN TIEMPO REAL Y MENOS RITUAL. PRIORITARIO EL CONTROL INTERNO.

Carlos Ossa Escobar. Ex Contralor General de la República, Rector Universidad Distrital

EL CONTROL UN ACOMPAÑAMIENTO ESENCIAL A LOS FUNCIONARIOS ÉTICOS

Martha Yaneth Veleño. Ex Directora Jurídica, Alcaldía Mayor de Bogotá

EL COMPROMISO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nelson Izáciga León. Delegado para la Infraestructura, Contraloría General de la República

LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES Y LA CREDIBILIDAD

Hernando Sierra Porto. Presidente del Consejo Nacional de Contralores.

EL CONTROL INTERNO A REVISIÓN

Ángel Custodio Cabrera. Presidente Comisión Tercera, Cámara de Representantes

La óptica desde el Congreso de la República tiene que empezar a cambiar. La pregunta que debe formularse es cuál es el ejercicio nuestro en esas corporaciones públicas, en primer lugar uno es elegido para legislar, para ejercer el control político y para aprobar los presupuestos de la Nación. Cuando se realiza un control político el Congreso debe apoyarse en los informes de Contralorías y de los demás entes de control pues el legislativo elige los órganos de control para poder realizar su función.

Como Contador Público siempre he insistido en el mecanismo de control interno que no está cumpliendo su función. Entonces yo creo que es hora de revisar el control interno, si es necesario, hacer un cambio sustancial legal para que estas oficinas sean las primeras que conozcan y realicen un previo control al proceso de contratación, lo que pasa hoy es que las oficinas de control interno las constituye el ordenador del gasto como

representante legal, generando una situación de dependencia muy delicada, por lo que invito a la Contraloría General de la República y a la Auditoría General de la República a hacer un esfuerzo muy grande porque hay que trabajar muchísimo en ese tema.

En el tema presupuestal desde el Congreso de la República debe exigirse que el presupuesto que invierten las entidades públicas realmente genere resultados porque nosotros aprobamos las grandes cifras y por la falta de planeación, por el control del gasto y todos los problemas adicionales que aquí se han expresado resultan esas obras costando 10 o 15 veces más.

Es inaplazable la revisión de las normas de contratación, de las concesiones, de la participación de las universidades públicas y privadas, de los contratos interadministrativos, con programas de auditoría muy concretos que permitan un control efectivo en los procesos contractuales.

CONTROL EN TIEMPO REAL Y MENOS RITUAL. PRIORITARIO EL CONTROL INTERNO.

Carlos Ossa Escobar. Ex Contralor General de la República, Rector Universidad Distrital

Este foro se realiza en un momento en el cual hay, por decirlo de alguna manera, una crisis en la contratación y el nombre de los Nule y otras personas que andan rondando por todas las oficinas como fantasmas con prácticas inveteradas en nuestro país. La pregunta entonces es ¿Estaban en condiciones las contralorías, la General y las territoriales de haber detectado este fenómeno que alguna vez se descubre es de una cuantía gigantesca? Los Nule no tenían contratos aquí en el Distrito sino eran los principales contratistas de la Nación y sobre eso, nos hemos preguntado por qué la Contraloría General de la República no se dio cuenta de estos contratos, de las maromas financieras que hacían, ¿Por qué razón no se dio cuenta la Contraloría General? no hablemos de la de Bogotá que también debió haberse dado cuenta, porque estos contratos irregulares no son privativos del Alcalde actual sino que tiene cierto efecto de arrastre con Alcaldías anteriores donde se adjudicaron generosos contratos a una firma que practicaba una ingeniería financiera bastante imaginativa. Yo haría esa pregunta para poder complementar unos elementos que yo creo que son obvios pero vale la pena recordar.

La constitución del 91 y en eso yo creo que hay consenso, actualizan nuestra carta en todo lo que

tiene que ver con el control fiscal en el mundo. Deja atrás el control numérico legal o el control previo y le abre paso al control de gestión y de resultados observando los principios generales que ya mencionaba el doctor Iván Darío Gómez Lee, de eficiencia, economía, valoración de los costos ambientales etc.

Cuando yo llegué a la Contraloría, por allá en el año 1998, la Asamblea Constituyente estaba muy fresca en la mente de todos y la gran discusión era, usted que prefiere, el control previo o el control posterior, pregunta precaria y poco ilustrativa y se llegó a una conclusión que yo creo que es compartida por todos en el sentido que el control fiscal tiene tres dimensiones se advierte, se previene y se corrige, y solo en última instancia el control fiscal debe ser punitivo. Cuando ha sido imposible advertir a tiempo, prevenir a tiempo, hay un daño fiscal, un daño al patrimonio público. Todo ello termina con una conclusión sencilla, obvia y es que el control fiscal, el día que descubrí eso me sentí feliz, el control fiscal no es ni previo, ni posterior, el control fiscal tiene que ser en tiempo real y esa para mi es la gran conclusión de estos últimos años porque pone la discusión en otros términos.

Por ejemplo, apunta claramente a la necesidad de que las contralorías estén absoluta y totalmente automatizadas con una presencia agresiva de las TICS en el manejo del control, con auditores que estén no en las oficinas de las entidades controladas que a mí me parece tremendamente triste y lo he vivido ahora como rector de la Universidad Distrital, que uno tenga que devanarse los sesos para garantizarles espacio y elementos de trabajo a los auditores durante seis o siete meses. Entonces, para poder hablar de un control en término real hay que tener sistematizadas las contralorías, las contralorías tienen que estar conectadas con las entidades vigiladas para hacer control oportuno, como ya se hace en algunos casos, con el SICE. Entonces ese es un primer punto que yo creo es muy importante, que deberíamos pensar en cómo modificar las normas si fuese necesario para permitir que el control fiscal sea en tiempo real.

En el caso de una licitación, cómo no va a poder la contraloría conocer los pre pliegos, una vez la entidad contratante produzca los pre pliegos la contraloría debe estar ahí mirando porque además, según la normatividad actual, los prepliegos deben ser publicados y conocidos por los contratistas. ¿Cómo la contraloría no va a tener la autoridad de advertir sobre el pliego definitivo de licitaciones amañadas? Yo me he puesto a revisar los pasos de las licitaciones y veo que se ha hecho un esfuerzo enorme por ejemplo se dice, los pre pliegos deben ser publicados en la página Web, los proponentes tienen un tiempo determinado para hacer observaciones a los pre pliegos y la administración está obligada a responder por escrito esas observaciones de los contratistas.

Se ha hecho un esfuerzo para garantizar la transparencia pero lo que uno encuentra es que no hay tal transparencia si no que esas grandes licitaciones de Nule y compañía y de todas estas que hemos visto, corresponden a las licitaciones con burro amarrado, se sabe quién es el que va a ganar y existe un ambiente de patrocinio de la corrupción; ustedes debieron leer hoy en El Tiempo ese lenguaje tan mafioso tan terrible, tan espantoso, cuando uno ve a alguien que fue compañero de uno en el Concejo como Germán Olano, uno dice oiga como así, cuándo se dañó este tipo, porque cuando estaba en el Concejo era muy distinto, entonces yo creo que en el fondo lo que hay es una nefasta correlación entre la política y los negocios, entre la política y los empresarios, esto se ha tratado de enfrentar por todos los medios, no es un problema que se suscribe únicamente a Colombia, es un problema que nace con tanta antigüedad como la propia constitución y esto solo puede enfrentarse a través del control social, a través del control de los medios de comunicación social, a través de la participación de la ciudadanía en todos estos procesos y sobre todo garantizando que las contralorías hagan lo que tienen que hacer.

Es que repito, a mí me parece que deberíamos llamar al doctor Turbay y preguntarle dónde estaba él cuando se hicieron todos esos contratos con Nule y a las contralorías territoriales, Auditor hágame el favor, preguntémosles a los contralores si un contrato de un acueducto de un municipio no es un contrato muy importante para haberlo estudiado a fondo y haber descubierto de pronto algunas irregularidades que hubieran alertado al

Auditor General de la República o al Contralor General de la República. Finalmente, todo este tema de los procedimientos, yo creo, que muchas veces los funcionarios producen informes que no llegan al despacho del contralor o el contralor los devuelve y no los aplica.

Entonces yo les hablaba de este tema del ritual que está establecido en las normas y uno lo que encuentra es que en la práctica, todo está amarrado desde el comienzo, se los digo por experiencia propia porque me ha tocado ver algunas cosas, siendo rector de la Universidad, que me dejan atónito. De entrada ya está definido quién va a ganar la licitación, los pliegos ya están predeterminados y otros contratistas hacen preguntas sobre la naturaleza del pliego y sobre algunas condiciones etc., que son respondidas con evasiones totales por parte de la administración, entonces muchas veces otros contratistas prefieren quedarse callados porque van a encontrar un ambiente difícil en esta entidad y no van a poder volver a licitar y hay cierta complacencia con estas actitudes de algunas empresas estatales en torno a la contratación.

Yo hace poco vi una licitación en donde inicialmente se presentaron 13 firmas, después de la

publicación de los pliegos definitivos, si mal no recuerdo, se presentaron 13, todas reclamaron sus pliegos e hicieron observaciones y después ya cuando se colgaron los pliegos definitivos solamente se presentaron 2 firmas hubo una que no cumplió con algún requisito y bueno lo siento mucho no cumplí, que pena. Las firmas se agrupan a través de uniones temporales, de asociación, de otra naturaleza y ahí si verdaderamente se comportan, técnicamente como nos lo han enseñado en la economía, como un cartel como un verdadero cartel y todo esto con el ánimo de aceitar a los funcionarios públicos con algunas comisiones, con algunos porcentajes.

Entonces realmente yo creo que el problema está es en la falta de mayor transparencia, de garantizar que esa normatividad se cumpla cabalmente, de garantizar que haya una vigilancia permanente de la contraloría sin caer en ese falso dilema de que si intervine, si pedí información, es control previo. Qué diablos de control previo, el control debe ser en tiempo real y las contralorías deben tener dientes suficientes, garras que rayen para asustar a estos tipos, porque solo cuando les graban las conversaciones, las contralorías se dan cuenta de que estaban afectando el patrimonio del Estado.

EL CONTROL UN ACOMPAÑAMIENTO ESENCIAL A LOS FUNCIONARIOS ÉTICOS

Martha Yaneth Veleño. Ex Directora Jurídica, Alcaldía Mayor de Bogotá

Me corresponde una labor no muy grata en este escenario, que es representar al funcionario público que trabaja por la contratación con ética y exigencia, ese también existe y de ese soy parte hace mas de 20 años, hoy estoy refugiada en una entidad privada muy pequeña, muy tranquila pero soy de las que cree nadie trabaja mas que quien está en el sector público, que hay muchos funcionarios públicos decentes en este país que amamos lo público, que sentimos lo público como lo nuestro, que creemos que es mucho mas importante que contribuir al estado de pérdidas y ganancias de una empresa, contribuir al estado de pérdidas y ganancias del Estado Colombiano para el bien de la comunidad.

Me corresponde decir lo que sentimos o lo que yo sentía cuando estaba en el sector público, porque también es importante, que los órganos de control de todo orden, político, judicial, fiscal y disciplinario, sientan un poco el peso de lo que siente un funcionario público cuando tiene en frente la labor de contratación.

Me parece importante, saber qué significa la contratación pública para un funcionario público decente; primero, es la principal herramienta para cumplir los objetivos misionales de la enti-

dad, segundo, es el mecanismo por excelencia para ejecutar los presupuestos públicos, salvo en el tema de nómina, es el tema de contratación el que se lleva la mayor ejecución del presupuesto, es el medio también para suministrar bienes y servicios no para la entidad solamente, sino para la comunidad que lo demanda y que espera de las entidades públicas que se cumplan y se cubran esos bienes y servicios y sin duda el tema de la contratación es el principal instrumento de planificación del quehacer de la administración.

Quien no sabe quien va a contratar, quien no sabe que recursos tiene, quien no sabe que va hacer durante el año fiscal, no sabe realmente alrededor de que está planificando, cuáles son los recursos con los que cuenta y el qué va hacer y para que lo va a hacer. En este tema de la contratación hay varias preocupaciones desde el sector público, una de ellas es que la contratación sin duda es la ventana a la auditoría de todos los órganos de control, es el principal punto que se le pregunta a un funcionario público cuando es objeto de cualquiera de los controles de los que hablamos, sabemos que constituye una de las principales causas de sanción disciplinaria, que genera mas del 60% de los procesos de responsabilidad fiscal y también sabemos que es considerada una de

las principales causas de corrupción en el país.

Cuando se es funcionario público y se conoce este contexto encuentra uno que debe haber alternativas de solución para que podamos hacer una gestión contractual como gerentes públicos, como personas a las que se les confió no solamente la labor del hacer cada día sino se les entregó algo que es sagrado y que como lo diría un ex jefe mío el Doctor Antanas Mockus, los recursos públicos son sagrados y por eso la confianza que se le entrega a un servidor público no debe ser devuelta sino con el trabajo y la gestión adecuada.

Pero en medio de esta situación de contratación, tenemos un problema muy complejo; mi opinión es que no hay normas, claras, sencillas y prácticas, hay muchas normas, todas sujetas a la interpretación del funcionario público y sujetas a la interpretación del privado y cuando se habla de corrupción no se puede hablar solamente del sector público, la corrupción en el sector público es absolutamente indeseable, intolerable, en los organismos de control es inaceptable pero también hay corrupción en el sector privado.

Nos anuncian a los funcionarios públicos que se están haciendo reformas de Ley, cuando salió la Ley 1150 de 2007 adicional a la Ley 80 de 1993, nos decían que era necesario hacer esa Ley para prevenir la corrupción de los funcionarios públicos. Estamos de acuerdo hay corrupción en el sector público, la corrupción no se arregla con normas, la corrupción se arregla con valores, con decencia y con educación.

La corrupción es un tema con el que lamentable-

mente hemos crecido y no es posible que nuestros hijos la sigan viendo en las noticias diarias, pero también hay preocupaciones desde el sector público: dónde está la lealtad de quienes participan en los procesos licitatorios, en los procesos públicos, dónde está la lealtad empresarial del sector privado, cómo es posible que en muchas oportunidades se hayan utilizado los órganos de control para pedir unas u otras clasificaciones y criterios para seleccionar contratistas, cómo es posible que nosotros tengamos en frente, contratistas que se vuelven enemigos de la administración pública una vez firman los contratos, cómo es posible que engañen a la administración pública cuando en una licitación el criterio de selección es el precio y engañen con un precio totalmente bajo, imposible muchas veces de determinar durante el proceso de evaluación, para después pedir inmensas modificaciones y el funcionario público se debate entre concederlas o parar las obras.

Cómo es posible que en este país no se haya pensado, por ejemplo, que en el tema de la adjudicación de las obras públicas evidentemente tenemos un problema en adjudicación, los contratistas son constructores hoy e interventores mañana, cómo es posible que no se tramite una Ley que prohíba eso y que diga que quien es constructor es eso, y no puede ser interventor, porque es que hoy usted es el constructor y yo su interventor y mañana yo soy el constructor y usted mi interventor y empezó el tema de hagámonos pasito y cómo es posible que a un funcionario público le digan que él es el responsable por la no intervención adecuada de quien es contratado o pagado para ese efecto.

Así es que quiero lanzar un mensaje hoy a todos los órganos de control para que ayuden a las entidades públicas también a capacitarse y a entender con mayor claridad el tema contractual pero también para que pasemos de esta fase en la que están casi todos los funcionarios públicos, creyendo que para proteger una contratación basta mandar cuatro cartas, una, al Procurador General de la Nación, otra al Contralor General de la República, otra al Contralor Territorial y por favor que no se les olvide la del Zar anticorrupción, buscando unos acompañamientos que de fondo son como cuando uno invita una amiga al matrimonio, acompáñeme a casarme, claro que la acompaño, claro que llegan hasta la iglesia, claro que van hasta la fiesta, pero el matrimonio es suyo y la responsabilidad es suya, por eso el

tema del acompañamiento es un tema de fondo que hay que tratar.

¿Qué es lo que quieren las entidades públicas cuando piden un acompañamiento? ¿Un visto bueno a su falta de planificación y de gestión? y ¿Qué es lo que quieren los órganos de control cuando quieren estar en el acompañamiento? ¿Producir la contratación para que se den los bienes y servicios o es incidir en la contratación definiendo muchos de los criterios de evaluación?

Concluyo diciendo que es una responsabilidad de la administración pública atender con transparencia y eficiencia la prestación de los bienes y servicios que son su responsabilidad con una adecuada planificación de cada una de las actuaciones que producen.

EL COMPROMISO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Nelson Izáciga León. Delegado para la Infraestructura, Contraloría General de la República

Quiero recoger un poco las opiniones que han dado los anteriores expositores que constituyen importantes aportes a la labor que desarrolla la Contraloría General de la República en materia del control fiscal. Quiero hacer algunos comentarios adicionales que reiteran los temas tratados en este importante panel.

Son responsables fiscales, no solo el ordenador del gasto o el pagador, las juntas de las licitaciones, los asesores, quienes intervienen en la planeación en la etapa precontractual y en las etapas preparatorias de los procesos de contratación y también los particulares en cuanto al tema de la contratación.

Frente al tema de los particulares y la corrupción, para nadie es un secreto que la corrupción no podría operar única y exclusivamente con funcionarios públicos, pues el cohecho no se da en una sola vía sino que se necesitan dos partes para que se consume; adicionalmente, frente a la responsabilidad de los particulares, cuando hacemos parte de los organismos de control tenemos una gran responsabilidad frente al tema del manejo de la Contratación Estatal, tenemos una obligación de actuar en tiempo real, sin caer en una coadministración como lo establece claramente la Ley, ese

fue el espíritu del legislador, en respuesta a nefastas experiencias del control previo que todos conocimos en el pasado, cuando los organismos de control intervenían en la administración.

En este momento que está viviendo el país, frente a las graves denuncias y frente a los grandes descubrimientos que se están dando en materia de corrupción, tenemos una responsabilidad enorme y la Contraloría General de la República está plenamente comprometida, como órgano superior de control fiscal del país.

Tal como lo mencionó el doctor Carlos Ossa Escobar, se ha identificado que es importante realizar esfuerzos en la sistematización, en las herramientas, en los mecanismos que son necesarios para poder actuar, para tener mejor conectividad, mayor presencia directa, en tiempo real, con las contralorías territoriales, con las oficinas de la Contraloría a nivel regional y esto va a permitir un mejor control de la responsabilidad fiscal, aumentando las coberturas del control, haciéndolo mas efectivo.

Hay otros temas muy importantes y no quiero dejar pasar la oportunidad de referirme al tema tocado por el Dr. Ángel Custodio Cabrera, el Control Interno en el cual la Contralora General de la República, ha hecho gran énfasis y piensa que es

un motor muy importante ya que un control interno real puede ser un insumo clave para el desarrollo de auditorías.

Frente al fenecimiento de las cuentas, ayer me estaba refiriendo en el Congreso de la República en la Comisión Sexta, a que los informes de la contraloría se tomaban para decir, “acá estamos muy bien, nos fenecieron la cuenta” y estaba, con el señor director de la Comisión Nacional de Televisión, quien estaba diciendo que le habían fenecido la cuenta y a pesar de ello, nosotros adelantamos una investigación sobre las cuentas del año pasado por la cual el recibió una función de advertencia importantísima sobre cuentas que aparentemente ya estaban fenecidas, eso también se ha venido revisando.

La doctora Martha Veleño, hablaba frente al tema normativo y es cierto, también encontramos que el

tema normativo podría simplificarse mucho más, para dar lugar a procesos fiscales abreviados. Frente a ello la Contraloría en trabajo conjunto con la Auditoría General de la República, está acompañando el proyecto de Ley Anticorrupción que contiene un nuevo y mejor proceso de responsabilidad fiscal con normas más simplificadas.

Por último, el tema de la generación de controles excepcionales. El control excepcional debe quedar para casos como la palabra lo dice excepcionales y para casos especiales que se tendrán que analizar en su momento. Con muchas contralorías hemos trabajado de manera armónica y vemos que se pueden hacer unos controles concurrentes en el marco del Sistema Nacional de Control Fiscal pues el insumo de las contralorías territoriales es fundamental para avanzar en los procesos de responsabilidad fiscal.

LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES Y LA CREDIBILIDAD

Hernando Sierra Porto. Presidente del Consejo Nacional de Contralores.

Nosotros, los Contralores Territoriales estamos convencidos que como funcionarios públicos tenemos una doble condición porque tenemos que lograr que los organismos de control gocen de credibilidad ante sus ciudadanos, consideramos que en Colombia se ha perdido la confianza tanto en el poder ejecutivo, legislativo, judicial y de los organismos de control.

Esta mañana algunos de los ponentes decían qué bueno sería que nos sentáramos en la mesa los organismos de control a revisar qué acciones conjuntas se podrían tomar para evitar actos de corrupción y lo que pasa es que cuando estamos sentados en esa mesa, nadie confía del que tiene al frente, porque se presume se están defendiendo intereses particulares y eso se debe al contubernio que existe muchas veces o algunas veces porque también me uno a la expresión de la doctora Martha Veleño y del doctor Rafael Ostau De Lafont Pianeta, de que somos más los buenos y pocos son los malos.

No podemos partir de la base que el servidor público o funcionario público, quien asume el riesgo inmediato una vez se posesiona, piensa que con el solo hecho de llegar a ejercer un cargo público se le apareció la virgen y se va a convertir en un mi-

llonario, muchos o algunos piensan de esa forma, pero yo creo que somos más los que no estamos esperando a que se nos presente la oportunidad de administrar recursos públicos para volvernos ricos, entonces aquí hay que partir de la base de generar confianza y la confianza se va generando con el buen ejemplo, con las buenas actuaciones y asumiendo las responsabilidades.

El sistema de control interno tiene un problema y es básicamente que los administradores de lo público no fueron formados como administradores públicos por lo que es necesario que entiendan la dimensión y la importancia del control interno de su dependencia pues en la medida en que tengan un sistema de control interno fuerte se van a evitar una gran cantidad de problemas tanto con la Procuraduría, la Contraloría y la Fiscalía General, entonces es necesario poner a funcionar el sistema.

Igualmente es importante que los organismos de control hagan que los funcionarios entiendan la importancia de tener un buen sistema de control fiscal, entendiendo la contribución del control fiscal al mejoramiento de la gestión pública, pues difícilmente hay una buena administración pública con un control fiscal débil. Si hay un efectivo con-

trol fiscal el funcionario responsable de administrar los recursos públicos se va a ver obligado porque tiene una vigilancia, tiene una auditoría en tiempo real, con control posterior y selectivo y va a entender que tiene que hacer las cosas bien hechas y esa responsabilidad desde luego la tenemos las Contralorías Territoriales y la Contraloría General de la República.

Una de las herramientas por excelencia para ejercer ese control preventivo es la función de advertencia que debe soportarse en un estudio jurídico, técnico, financiero serio que sea consecuente con el querer la comunidad, que tenga la capacidad de entender y asimilar cuáles son las inquietudes que aquejan a los ciudadanos sobre la forma como se viene manejando el recurso público, y esa herramienta que tenemos las contralorías territoriales ha dado muy buen resultado y son muy pocos los casos donde se ha escuchado que se haya abusado de esa ella.

Es necesario que se sepa que las contralorías territoriales han asumido su rol, que aunque, como todos los organismos de control del Estado tienen

inconvenientes que no se pueden desconocer, son organismos que representan los intereses de los ciudadanos dentro de los entes territoriales. La credibilidad que puede existir en un ente territorial está primero, sobre la Contraloría Territorial y en un segundo nivel sobre la Contraloría General y precisamente por el sistema que se aplica en la Contraloría General, los informes de auditoría que se practican sobre los recursos nacionales que administran los entes territoriales generalmente no son conocidos por los ciudadanos, por lo que se hace necesaria una estrecha coordinación entre los dos niveles de control a través del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Hemos asumido con responsabilidad las tareas y las consecuencias de ese gran privilegio que es ser representante de un organismo de control, y cuando haya que sancionar, haciendo eco de las expresiones del Procurador esta mañana, tenemos que sancionar y cuando haya que absolver se absuelve y reitero, tenemos una inmensa responsabilidad que la hemos asumido y será Dios y nuestros conciudadanos quienes nos juzguen.

SINDÉRESIS 4



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Cra 10a No. 17-18 Piso 9

PBX: (571) 3186800 Fax: (571) 318 6790 Línea Gratuita: 018000 120205

Sitio web: www.auditoria.gov.co Correo-e: sinderesis@auditoria.gov.co

Bogotá D.C. * Colombia