

# El costo de la fiscalización en los procesos de contratación (I)

El diseño de términos de referencia y condiciones no se dirige a seleccionar el mejor proponente, sino a tener los necesarios 10 kilos de papel que les permita a los responsables de la contratación defenderse de la inevitable "empapelada"

**E**l escenario: que los ciudadanos tengan formas de verificar en qué y cómo se invierten los recursos públicos es parte importante de la democracia bien entendida. También es necesario que el Estado cuente con instrumentos represivos para investigar y castigar a quienes por dar o por recibir erosionan los dineros de todos, en corrupción.

Si atendemos las cifras que periódicamente se publican sobre los niveles de ineficiencia del gasto público y sobre corrupción, es fácil concluir que hay mucho que hacer todavía por mejorar los esquemas e instituciones que operan en nuestro país en esos aspectos.

Pero en lo que sí han sido muy eficientes esos sistemas e instituciones es en constituirse en un riesgo jurídico alto para quienes trabajan en lo público, de verse obligados a enfrentar costosos y larguísimo procedimientos administrativos y judiciales en los que se cuestionan sus actuaciones.

Ese riesgo jurídico es tan grande que muchas compañías de seguros no ofrecen cobertura para las actuaciones de algunos servidores u ofrecen pólizas que amparan sensiblemente menos siniestros que los que se les protegen a los directores y oficiales de las grandes corporaciones privadas.

Las repercusiones personales del riesgo pueden ser tan devastadoras que las denuncias se usan como un instrumento de destrucción política o venganza personal. Será tal ese nivel que en los corrillos jurídicos y periodísticos hemos inventado un colombianismo para describir su uso. Se trata de la acción no escrita de "empapelamiento".

Las consecuencias: pues bien, no hay almuerzo gratis. El temor que los servidores públicos colombianos le tienen a las "ias" es costoso para el país.

Un costo obvio es que perdemos muchos posibles buenos servidores públicos que no prestan su concurso a la cosa pública, ahuyentados por la idea de terminar en las kafkianas garras de los organismos de investigación.

Pero un costo tan grande o mayor se encuentra en el diseño de términos de referencia y condiciones para licitaciones o concursos que no se dirigen a seleccionar el mejor proponente o las propuestas más favorables, sino a tener los necesarios 10 kilos de papel que les permita a los responsables de la contratación defenderse de la inevitable "empapelada".

De la forma que yo entiendo, el objetivo de la gran mayoría de procesos de selección de contratistas para el Estado es muy sencillo: una vez identificada la necesidad estatal, se debe procurar la persona que la logre por el menor precio.

Para ese propósito, nada como una licitación. Entregadas las condiciones, los potenciales proponentes las deben evaluar para que, en el ánimo de ser beneficiados con el contrato, ofrezcan lo mejor que puedan y finalmente la entidad estatal contrate con el más favorable.

Para lograrlo se necesitaría que los términos de referencia se limitaran a exigir lo estrictamente necesario, ya que con cada aspecto superfluo o "decorativo" que se evalúe se está incrementando el riesgo de no seleccionar al mejor e incrementando los sobrecostos que se deberán pagar para que el proponente, además de ofrecer lo que el Estado sinceramente requiere, ofrezca los "plus decorativos". Y eso es precisamente lo que produce el riesgo jurídico de las "ias" en la selección de contratistas.

Para ilustrar mi punto, veamos cuatro aspectos de la contratación que se ven negativamente afectados



EMILIO JOSÉ ARCHILA  
Socio de Archila Abogados y  
director de Derecho Económico  
en la Universidad Externado

en la dirección que estoy exponiendo. En esta ocasión presentaré el primero de ellos, dejando los tres restantes para mi próxima columna.

Lo mejor es enemigo de lo bueno.

Una parte muy significativa del gasto estatal es el funcionamiento. Para casi todos los casos de compras o de suministro, la calidad y las condiciones

de los bienes o servicios que se necesitan son estándares determinados por la condición de *commodity* de lo que se recibirá.

Por su parte, para los eventos de inversión, la regla general es que la entidad pública es quien mejor puede determinar la necesidad específica que tiene el servicio y, por consiguiente, las condiciones de calidad e idoneidad con las cuales quedará satisfecha la necesidad.

En ese orden de ideas, en todos esos eventos, las características mínimas de lo que se ofrece deben ser una condición de admisibilidad y no un criterio de evaluación. Cualquier condición adicional que se evalúe y califique implicará una compensación adicional en precio, que no se justifica. La entidad estatal no necesitaba esas condiciones adicionales y, en esa medida, si las contrata, está pagando de más.

Pero una contratación así de sencilla parecería sospechosa a las entidades de control.

Por esa razón, solo para proteger a los encargados de la contratación con una apariencia de complejidad y seriedad en los criterios de selección, se incluye como criterio de valoración el ofrecimiento de cantidades, calidades o características por encima de lo que se había previsto como suficiente por parte de la entidad convocante.

info@archilaabogados.com