

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

Varias medidas han sido adoptadas en materia de compras públicas con ocasión del estado de emergencia económica, social y ecológica desatada por el nuevo coronavirus COVID-19. Lo decretado por el Gobierno nacional busca asegurar la continuidad del sistema de contratación tanto para entidades públicas, como para alrededor de 232.000 contratistas del Estado<sup>2</sup>, permitiendo que empresas y personas naturales cuenten con recursos para cumplir con sus compromisos durante las excepcionales circunstancias de salud pública en las que se encuentra el planeta. Con el propósito de evitar interrupciones en los pagos de los contratistas o una suspensión de los procesos licitatorios que lleve a una parálisis en la ejecución del gasto público, se establece la obligación para las entidades estatales de recibir, dar trámite y pagar sus facturas y cuentas de cobro a través de medios electrónicos; la posibilidad de celebrar audiencias públicas virtuales<sup>3</sup>; y se prioriza la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes mediante los catálogos derivados de los acuerdos de marco de precios vigentes en la tienda virtual del Estado colombiano<sup>4</sup>. Otras intervenciones están encaminadas a facilitar la adquisición de bienes y servicios relacionados directamente con la prevención y mitigación de los efectos de la pandemia, para lo cual está prevista la construcción directa de acuerdos marco de precios de Colombia Compra Eficiente (CCE)<sup>5</sup>, así como la habilitación a los organismos del Estado para contratar sin proceso

- 1 Doctor en derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: ZÁRATE, ANÍBAL "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2020, pp. 3-7. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.01>.
- 2 Decreto Legislativo 440 de 2020, de acuerdo a las cifras de CCE. Disponible en línea: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/nuevas-normas-ante-covid-19>.
- 3 Decreto Legislativo 440 de 2020, en todo caso se debe garantizar la libertad de concurrencia de los proponentes para no paralizar el mercado de compras estatales. Según el concepto C-243 de 2020 de CCE, "las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones utilizadas por las entidades estatales deben permitir un intercambio de mensajes de datos en tiempo real, para que las personas puedan ver y escuchar lo que pasa en la audiencia, pero también escribir o hablar, garantizándose de este modo la participación, así como la veeduría ciudadana".
- 4 Artículo 5, Decreto Legislativo 440 de 2020.
- 5 Dispuestos en la tienda virtual de Colombia Compra como mecanismo de agregación de demanda.

licitatorio alguno todos los bienes y servicios necesarios para prevenir, contener y mitigar el COVID-19, a través de la declaratoria de urgencia manifiesta que haga cada entidad contratante<sup>6</sup>. Dada la relevancia de algunos bienes para la disminución del riesgo de contagio y para el tratamiento de los síntomas y complicaciones producidos por el virus, se establece una nueva reglamentación para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal. En efecto, el Decreto 544 del 13 de abril de 2020 dispone que los contratos que tengan por objeto la adquisición en el mercado internacional de estos equipos y elementos de protección personal “no se regirán por el Estatuto general de contratación de la Administración pública y, en consecuencia, le serán aplicables las normas del derecho privado, con independencia de que los mismos seas suscritos con personas naturales o jurídicas extranjeras”<sup>7</sup>.

Algunas medidas, como la ampliación de los plazos para la renovación de los registros públicos que administran las cámaras de comercio<sup>8</sup>, incluido el registro único de proponentes (RUP), buscan aliviar los costos que, para muchos empresarios, pueden significar trámites como su renovación<sup>9</sup>. En el caso específico del registro único de proponentes, el Decreto 434 de 2020 extiende el plazo de renovación hasta el quinto día hábil de julio de 2020<sup>[10]</sup>. La ampliación

6 Artículo 7, Decreto Legislativo 440 de 2020: “Se entiende comprobado el hecho que da lugar a declarar la urgencia manifiesta por parte de las entidades estatales, para la contratación directa del suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia del coronavirus COVID-19, así como para realizar las labores necesarias para optimizar el flujo de los recursos al interior del sistema de salud. Las actuaciones contractuales adelantadas con fundamento en la urgencia manifiesta se regirán por la normatividad vigente”.

7 Esta norma se expidió tomando en cuenta la urgencia e inmediatez con la que se necesitan estos elementos y dispositivos para afrontar la emergencia derivada de la pandemia.

8 Para cada uno de estos registros, diferentes normas y, en particular, el artículo 166 del Decreto Ley 19 de 2012, establecen como obligación el trámite de renovación, que es la actuación en el RUES gracias a la cual se prorroga la vigencia del registro en el tiempo y se da publicidad a los libros, actos y demás informaciones que deben presentar las personas naturales y jurídicas obligadas a estar inscritas en ellos. El titular de estos registros, con excepción del RUP que tiene un plazo distinto, debe realizar su renovación con una periodicidad anual, entre el 1.º de enero y el 31 de marzo. El artículo 1 del Decreto 434 de 2020 extiende el plazo de renovación de estos registros hasta el 3 de julio de este año.

9 Recordemos cómo el trámite de renovación de registros, como el mercantil, tiene un costo que varía en función del rango de activos del comerciante, mientras que otros, como el registro único de proponentes, tiene una misma tarifa que se cobra por igual a todos los titulares del registro y que para 2020 está en \$576.000 pesos. Véase Decreto 1074 de 2015, cap. 46.

10 El artículo 8 del Decreto 1510 de 2013 uniformizó el período de renovación para todos los proponentes entre el 1.º de enero y el quinto día hábil del mes de abril de cada año, ya que la información financiera que se exige es la misma para todos: estados financieros a corte de 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Hay que anotar cómo, antes

del término para renovar los registros públicos busca hacer posible el recaudo y la presentación de información soportada al formulario actualizada a 2020, en la medida en que el mismo Decreto 434 establece que las reuniones ordinarias de asambleas, en las que se estudia, entre otras cosas, la situación financiera de la empresa, podrán realizarse hasta dentro del mes siguiente a la terminación de la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional. Contrario al registro mercantil, para el cual están previstas sanciones al comerciante que incumpla con la renovación del registro<sup>11</sup>, la no renovación del RUP acarrea la cesación de efectos y la imposibilidad de obtener certificado del registro, documento que es necesario para participar en procesos de selección<sup>12</sup>. El vencimiento del registro comporta para el proponente la carga de inscribir nuevamente toda la información señalada en el artículo 9 del Decreto 1510 de 2013<sup>13</sup>, la cual deberá ser verificada otra vez por la Cámara de Comercio de su domicilio, y no adquirirá firmeza sino una vez transcurrido el término legal de diez días hábiles contados a partir de la fecha del acto de publicación de la información inscrita en el Registro Único Empresarial y Social (RUES). La medida, solicitada al Gobierno por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras), es además necesaria para evitar las congestiones que se presentan en las sedes de estas entidades por estas épocas de vencimiento del período de renovación, cuestión que aumentaría significativamente el riesgo de contagio. Aunque los canales virtuales de las cámaras están habilitados para estos trámites, y muchas de ellas han puesto a disposición de comerciantes y empresarios herramientas virtuales acerca de cómo fortalecer el teletrabajo y la productividad empresarial en estos momentos en que la economía seguramente se verá afectada, estas alternativas no están disponibles por igual en todas las regiones o zonas del país<sup>14</sup>. De ahí que la

del Decreto 1510 de 2013, la renovación del RUP debía hacerse dentro del mes anterior al mes de vencimiento del registro. Así, si el registro vencía, por ejemplo, en junio de 2012, el proponente debía renovarlo durante el mes de mayo del año siguiente.

- 11 Artículo 37, Código de Comercio, para quienes ejercen profesionalmente esta actividad sin tener vigente su registro.
- 12 Salvo los casos taxativamente señalados en la ley, como son la mínima cuantía, la contratación directa, las concesiones, los contratos para la prestación de servicios de salud, la enajenación de bienes del Estado, los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, y los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.
- 13 Compilado en el artículo 2.2.1.1.1.5.2., Decreto 1082 de 2015.
- 14 Departamento Nacional de Estadística (DANE), "Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación (TIC) en hogares y personas de 5 y más años de edad", Bogotá, 2019. Disponible en: [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/tic/bol\\_t](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/tic/bol_t).

ampliación de los períodos de renovación permita también ganar tiempo para la inversión y masificación en estos recursos digitales.

La flexibilización en las normas y procedimientos asociados con la contratación pública durante la emergencia sanitaria del COVID-19 prende, no obstante, algunas alertas<sup>15</sup> y activa una vigilancia al gasto público en todos los niveles de gobierno. En este sentido, la Procuraduría General de la Nación advirtió entre las amenazas más recurrentes “la compra de bienes o servicios con sobrepuestos, independientemente de las posibles distorsiones del mercado”<sup>16</sup>, así como la falta de justificación previa de la necesidad de los contratos<sup>17</sup>. Entre las recomendaciones dadas para asegurar la transparencia, eficiencia, moralidad y economía en la contratación pública durante la emergencia sanitaria, se insta a las entidades contratantes a publicar en tiempo real en sus páginas web y en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOPI) la información sobre el acto que declara la urgencia manifiesta y las contrataciones con ocasión de esta, para garantizar la apertura de esta información en datos abiertos. Como medida anticorrupción, se plantea la realización de estudios de mercado con el fin de optimizar recursos y establecer precios máximos a bienes o servicios necesarios para atender la pandemia, de acuerdo con las fuentes oficiales o sistemas de información de precios como el SISPA del DANE o la regulación de precios de la Comisión Nacional de Medicamentos y Dispositivos Médicos<sup>18</sup>.

- 15 A través del mecanismo de control preventivo declarado exequible (Corte Constitucional, Boletín de prensa del 7 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/boletinNo53.pdf>), la Contraloría informó recientemente que alertó sobre posibles sobrecostos en contratos de compra de mercados para la población más vulnerable y en la adquisición de elementos para la salud, con lo cual dice haber facilitado que varias entidades corrigieran errores que habrían afectado seriamente los presupuestos públicos. En una sola muestra realizada por la entidad, “de 21 contratos por el COVID-19, los posibles sobrecostos se redujeron \$7.566 millones”. Disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa>.
- 16 Directiva 16 del Procurador, del 23 de abril de 2020: “Así mismo, convenios que no eran prioritarios, entre ellos los de publicidad para resaltar la imagen de alcaldes, gobernadores o partidos políticos, o la adquisición de material publicitario impreso, radial, fotográfico o virtual sobre prevención del COVID-19, dirigido a población con acceso a televisión e internet y que cuentan con información suficiente”. Disponible en línea: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-identifico-riesgos-de-la-contratacion-por-emergencia-sanitaria-de-covid-19.news>.
- 17 “En algunos casos no quedó claro si los recursos estaban destinados a contener la emergencia o hacen parte del giro ordinario de las funciones de la entidad. Entre estos figuró la adquisición de ayudas humanitarias sin identificar la población vulnerable con base en la cual se determinó el número de mercados y compra de bienes, sin cotizaciones o fuentes de información sobre precios”. *Ibíd.*
- 18 Véase Decreto Legislativo 507 de 2020; las medidas que el decreto comprende hacen referencia a la disposición de funciones a entidades administrativas, como el DANE o la Comisión de Precios de Medicamentos, para la publicación periódica de listados de productos, seguimiento estadístico de precios, publicación periódica de precios promedio de los bienes de primera necesidad e inspección y vigilancia de los sectores concernidos, así

Para nadie es un secreto que la corrupción en la contratación pública es rampante<sup>19</sup>, de ahí que algunos de los escritos que proponemos a nuestros lectores en este número veinticuatro se acerquen a este fenómeno, para insistir en la necesidad que adquiere el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia en la actividad contractual del Estado y como estrategia de lucha anticorrupción, o denunciar cómo el uso indebido de los convenios o contratos interadministrativos permite eludir procedimientos de selección, afectando el principio de selección objetiva. De cara a este principio y como estrategia de lucha anticorrupción, otros autores exponen cómo se estableció por vía legal en Colombia la adopción de pliegos tipo para ciertos procedimientos de selección contractual, cambio que sin embargo permite cuestionar el alcance de la potestad discrecional de las entidades contratantes para la confección del pliego de condiciones, máxime cuando el acceso de competidores locales o de pequeñas y medianas empresas podría verse entorpecido por la exigencia de criterios de selección desproporcionados fijados desde el centro. Es de este modo que uno de los artículos que se presentan estudia las recientes medidas adoptadas por las directivas europeas y el derecho español sobre contratación pública para fomentar la concurrencia y participación de estas empresas en las licitaciones públicas, las cuales incluyen la división del contrato en lotes y las limitaciones establecidas en relación con la solvencia que han de acreditar los operadores económicos. A pesar de los enfoques y métodos particulares, las distintas experiencias de académicos de Colombia, España y Brasil contenidas en el presente número coinciden en que la importancia de erradicar las malas prácticas en la contratación pública no solo se explica por el detrimento significativo sobre los recursos públicos. Hoy en día esta se concibe también como un instrumento en manos de los poderes contratantes para el logro de unos fines que van más allá de la adquisición de bienes y servicios, y que incluyen, entre otros propósitos, la protección y defensa de los derechos humanos.

¡Una provechosa lectura!

como para la adopción de medidas para prevenir especulación, acaparamiento y usura, a más de la remisión por parte de las entidades territoriales de información pertinente sobre las materias señaladas.

- 19 Se recomienda la obra de la profesora Mónica Safar, en donde se hace una presentación del fenómeno en las compras públicas y las medidas para combatirlo. Véase MÓNICA SAFAR, "Contratación pública y corrupción", en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, t. 4, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 294 y ss.