

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

Entre los cambios que introdujo la reciente reforma de 13 de abril de 2021 a las normas sobre contratación estatal<sup>2</sup>, encontramos que se determinan las reglas aplicables para la aceptación de garantías de estabilidad y calidad de las obras que tienen una vigencia inferior a cinco años<sup>3</sup>, se modifica el procedimiento y se establece el deber para las entidades contratantes de publicar el análisis empleado para determinar el valor estimado del contrato en la modalidad de selección de concurso de méritos<sup>4</sup>, y se imparten nuevas instrucciones sobre la información contable y financiera soporte de los indicadores de capacidad financiera y capacidad organizacional inscritos en el Registro Único de Proponentes (RUP).

Con este último cambio, el gobierno nacional recoge las necesidades de varias empresas que se vieron golpeadas por los efectos económicos de la pandemia y pretende aportar al proyecto de reactivación de la economía nacional a través de una mayor competencia y acceso a los distintos mercados que constituyen las compras públicas. La idea es que tanto en las inscripciones que se efectúen a partir del 1 de junio de 2021<sup>5</sup>, como en las reno-

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 26, 2021, pp. 3-7. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.01>.

2 Decreto de Presidencia, n.º 399 del 13 de abril de 2021.

3 Artículo 3, Decreto 399 de 2021; que modifica el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del Decreto 1082 de 2015.

4 Artículos 1 y 2, Decreto 399 de 2021; en la parte motiva del la norma se señala que el núm. 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 indica cómo hoy la entidad contratante no debe calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista es el concurso de méritos, pero que en razón de la importancia de conocer dichos valores y los criterios empleados por las entidades para definir el valor de esos contratos, y ante la inexistencia de una reserva legal de dicha información, era necesario eliminar dicha restricción y obligar a las entidades a hacer la publicación correspondiente.

5 La fecha originalmente prevista por el Gobierno nacional para que en los trámites de inscripción y actualización del RUP se incluyera información financiera de los últimos tres años fue a partir del 1 agosto de 2021. Sin embargo, y atendiendo a la posibilidad

vaciones que se adelanten entre el 1 de enero y el quinto día hábil del mes de abril de 2022, los proponentes registren en la información que se utiliza para calcular los índices de capacidad financiera (liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de intereses) y organizacional (rentabilidad sobre los activos y rentabilidad sobre el patrimonio), sus estados financieros de los últimos tres años fiscales y no solo el correspondiente al último año. En caso de que el proponente no cuente con la antigüedad suficiente, es decir, no tenga estados financieros definitivos para todos o algunos de estos ejercicios contables, deberá realizar la correspondiente actuación en el registro con la información financiera que tenga desde su primer cierre fiscal<sup>6</sup>. Otra es la situación de las sociedades recién constituidas, que carecen de estados financieros auditados con corte a 31 de diciembre, las cuales continuarán a realizar su inscripción en el registro con los estados financieros de corte trimestral o aquellos iniciales o de apertura, según corresponda<sup>7</sup>.

Entre las situaciones reguladas por el decreto presidencial, encontramos la de los proponentes que han mantenido vigente un registro cuyo acto de inscripción es anterior o se realizó durante 2019. Como en los libros del proponente ya reposa la información financiera correspondiente a los años fiscales 2018 y 2019, además de aquella de 2020 empleada para la renovación en 2021, el proponente solo deberá presentar en el trámite de renovación del próximo año la información financiera con corte a 31 de diciembre de 2021. En el caso de los proponentes inscritos luego de 2019, de cuyo registro no hayan cesado los efectos, se establece que estos podrán realizar por única vez y de forma gratuita el trámite de actualización del RUP durante el mes de junio de 2021, con el fin de aportar la información financiera de 2018 o 2019<sup>[8]</sup>. Esto permite que las empresas interesadas en participar en procesos de selección que se adelanten a partir de julio de 2021 puedan hacerlo aportando su información financiera de los últimos tres años. En todo caso, los proponentes que no cuenten con la información en el registro y no actualicen el mismo, deberán presentar para el trámite de renovación de 2022 la información financiera de los últimos tres años fiscales.

El decreto presidencial no modifica el contenido ni los requisitos exigidos por las normas contables para la preparación y presentación de los estados financieros que debe aportar el proponente al RUP. Tampoco altera la información soporte que exigen las normas de contratación a los proponentes, y que verifican las cámaras de comercio, para el cálculo de los indicadores de

de que las Cámaras de Comercio implementen con mayor celeridad dichas medidas de apoyo empresarial, mediante Decreto 579 de 31 de mayo de 2021, se redujo este plazo al 1 de junio de 2021.

6 Artículo 4, Decreto 399 de 2021.

7 Artículo 2.2.1.1.1.5.2, Decreto 1082 de 2015.

8 Artículo 4, Decreto 399 de 2021, modificado por el artículo 1, Decreto 579 de 2021.

capacidad financiera y organizacional, la cual varía en función del grupo NIF al que pertenece el proponente, y si se trata de personas naturales obligadas o no a llevar contabilidad, personas jurídicas nacionales, sociedades extranjeras, en situación de grupo empresarial o si se es vigilada de la Superintendencia de Sociedades, caso en el cual se debe aportar también la información que esta última exige para sus vigilados<sup>9</sup>. Aunque los indicadores de capacidad financiera y organizacional siguen siendo los mismos, estos corresponderán a los tres últimos años fiscales y no al año inmediatamente anterior, para los trámites de renovación o inscripción en el registro, dependiendo de la antigüedad del proponente. Asimismo, las cámaras de comercio deberán certificar indicadores de esos mismos años a partir del 1 de julio de 2021<sup>[10]</sup>. Pese al carácter transitorio de la medida, resta por conocer hasta cuándo las cámaras deberán certificar los indicadores de capacidad financiera y organizacional de los últimos tres años. Al no señalar un término el decreto, pareciera que la duración de la medida es indefinida, hasta que se logre la reactivación económica.

Tampoco se señala un término para el cumplimiento de los deberes que se incluyen para las entidades estatales. Conviene precisar que la reforma impacta por igual a las entidades sometidas al estatuto general de la contratación pública, como a aquellas que, estando sometidas a régimen especial, vienen empleado el RUP para verificar los requisitos contenidos en dicho registro. En primer lugar, para los procesos de selección cuyo acto de apertura o invitación se publique a partir del 1 de julio de 2021, las entidades estatales deberán verificar los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional contenidos en el certificado del RUP, teniendo en cuenta el mejor año fiscal que se refleje en dicho certificado<sup>11</sup>. Por el contrario, en los procesos de selección en los que se publique el aviso de convocatoria antes de julio de este año se seguirán aplicando las normas vigentes a la fecha de entrada del reglamento, de manera que la entidad solo podrá tomar los indicadores financieros y de organización del proponente correspondientes al año fiscal inmediatamente anterior, así este no sea el mejor indicador del proponente. Además, en el momento de establecer los indicadores de capacidad financiera y de organización, las entidades estatales deberán, a partir del 1 de julio de 2021, tener en cuenta la información que conste en el registro. No es claro si en el cumplimiento de su deber de análisis las entidades tendrán que incluir datos financieros de los últimos tres años, o cuáles son los años fiscales que deberán emplear para adelantar el mismo.

9 Contenidas en el artículo 2.2.1.1.1.5.2, Decreto 1082 de 2015, el capítulo IV del título VIII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), el Concepto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública del 21 de marzo de 2017.

10 Artículo 5, Decreto 399 de 2021, modificado por el artículo 2, Decreto 579 de 2021.

11 Artículo 6, Decreto 399 de 2021, modificado por el artículo 3, Decreto 579 de 2021.

Los datos contenidos en el RUP pueden servir para el análisis de los mercados que son las compras públicas. Las entidades, como responsables del proceso de compra, a veces revisan indicadores de años anteriores, informaciones del mercado, pero no directamente la información de los proponentes. Pero esto tampoco es uniforme, lo cual es el reflejo de carencias como la falta de profesionalización de los compradores públicos. Estos datos en el registro podrían servir para conocer mejor el sector y cómo se ha comportado un nicho de negocio con ocasión de la pandemia, de manera que los indicadores de capacidad financiera y organizacional que se establezcan sean más adecuados y proporcionales al objeto a contratar y permitan una mayor concurrencia.

Queda por advertir que el reglamento guarda silencio con relación al tema del índice de liquidez que hace parte de la fórmula que se emplea para calcular la capacidad residual o K de contratación de los proponentes, que es un requisito habilitante adicional a los contenidos en el RUP y que se exige para los procesos de contratación de obra pública. Hasta ahora, la liquidez que hace parte de los indicadores de capacidad financiera del proponente es la misma que se emplea para el cálculo de la capacidad residual y se acredita con el certificado del RUP para aquellos proponentes obligados a estar inscritos en el registro, o directamente ante la entidad con los estados financieros auditados del último año, para quienes no tienen que cumplir con ese deber<sup>12</sup>. Puesto que al aplicar la metodología para el cálculo de la capacidad residual las entidades estatales tendrán que seguir empleando la liquidez del año inmediatamente anterior y no el mejor indicador de los últimos tres años, en la práctica, la omisión de esta materia en el decreto en comento conducirá a escenarios en donde la liquidez de la capacidad financiera como requisito habilitante no necesariamente será la misma que se use para el cálculo del K de contratación.

Esta regulación en materia de compras públicas se espera que tenga efectos positivos al permitir una mayor concurrencia de empresas que pudieron verse afectadas por la situación de pandemia, pero su eficacia en últimas dependerá de varios factores, como la determinación de los requisitos habilitantes de capacidad financiera y organizacional que hagan las entidades estatales a partir del conocimiento de los distintos sectores y del análisis de la situación financiera de los posibles oferentes. La medida regulatoria, entendida en su sentido general como forma de intervención del Estado en los mercados que son las compras públicas, busca precisamente conciliar la necesidad para la Administración de saber que el contratista es apto para

12 Como ocurre con las sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia; artículos 2.2.1.1.1.5.1 y 2.2.1.1.1.6.4, Decreto 1082 de 2021; Colombia Compra Eficiente (CCE), *Guía para determinar y verificar la capacidad residual del proponente en los procesos de contratación de obra pública*, Bogotá, 2017.

cumplir adecuadamente con el objeto del contrato y la realidad económica que actualmente pueden estar enfrentando algunas industrias. Es a partir de este sentido general del término regulación que el presente número propone estudiar diferentes actuaciones públicas, no solo en los sectores económicos calificados como servicio público, sino también en mercados de infraestructura, servicios de salud y compras públicas, así como en actuaciones especiales relacionadas con la protección de bosques, o incluso de datos personales.

¡Una provechosa lectura!

