

**LA DIVULGACIÓN Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL  
EFECTOS EN LA NORMATIVIDAD DEL DECRETO 3806 DE  
SEPTIEMBRE 30 DE 2009**

**HENRY BALLESTEROS TORRES  
CÓDIGO 3500538**

**FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
NOVIEMBRE DE 2010**

*A mi esposa Luz Mary,  
quien fue, es y será la  
fuente de inspiración y el  
bastón fundamental donde  
beben y se sostienen mis  
sueños. A mi madre, a mi  
padre, ya no estás pero  
siempre serás mi ejemplo  
de vida.*

## **TABLA DE CONTENIDO**

	<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>1.</b>	<b>MARCO CONCEPTUAL</b>	2
<b>2.</b>	<b>ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL</b>	6
<b>2.1</b>	<b>Agentes de contratación</b>	7
<b>2.2</b>	<b>Normatividad</b>	11
<b>2.3</b>	<b>EL MERCADO DE LAS COMPRAS PÚBLICAS</b>	13
<b>3.</b>	<b>LA NUEVA NORMATIVIDAD Y EL IMPACTO DEL PROCESO INFORMATIVO</b>	15
<b>3.1</b>	<b>Dimensiones jurídicas</b>	15
<b>3.1.1</b>	<b>El contenido del Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009</b>	16
<b>3.2</b>	<b>Dimensiones instrumentales</b>	18
<b>3.2.1</b>	<b>Los derroteros de la divulgación</b>	19
<b>4.</b>	<b>METODOLOGÍA</b>	21
<b>5.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	23
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	24

## RESUMEN

El presente estudio se concentra en determinar por qué, la ausencia de divulgación sobre la normatividad contenida en el *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009* emitido para garantizar la eficiencia del sistema de contratación estatal, deteriora la transparencia del mercado por los vacíos que la comunicación democrática no ha logrado subsanar y que desajustan el buen ejercicio entre Estado y proveedores. Mediante la técnica de grupos de discusión se aportan conclusiones puntuales para la futura aplicabilidad de la normatividad de las compras públicas a través de los mecanismos dispuestos en la gran cruzada nacional contra la corrupción.

## PALABRAS CLAVE

Normatividad – Compras públicas – Divulgación – Políticas públicas de comunicación – Proveedores y Mipymes

## INTRODUCCIÓN

Si bien los sobornos en la contratación pública, las prebendas, la manipulación de los términos de referencia que acomodan pliegos hechos a la medida de determinados proponentes, el tinglado de corrupción que beneficia los intereses particulares, la irregularidad en los procesos de licitación por la presencia de monopolios de contratistas que se erigen como los dueños y señores del mercado de las compras públicas, han sido la constante en Colombia en la celebración de contratos entre el Estado y los proveedores de diversos sectores, surge hoy una ofensiva para contrarrestar esta práctica descomunal de corrupción.

En este sentido, acogiendo la política anticorrupción del Gobierno Nacional y su invitación para el logro de la transparencia de la contratación estatal mediante lo que el Gobierno Nacional ha dado en llamar la gran cruzada contra la inconsistencia de los contratos públicos y observando la aplicación del *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009*, la Contraloría General de la República, ha dispuesto la realización de diversos eventos para propiciar un escenario de encuentro entre funcionarios públicos y proveedores de distintos sectores dado que esto representa una oportuna vitrina para dar a conocer a los

compradores del Estado los lineamientos de la nueva política de transparencia en las compras estatales.

En virtud de estos vacíos, se lesiona en buena medida la garantía de la participación ciudadana toda vez que en la práctica, los proveedores se enfrentan al diseño de convocatorias estatales bajo una información ambigua en cuanto a requisitos de participación pues las cláusulas se blindan ante futuras objeciones; adicionalmente, los proponentes reciben la información de convocatorias a destiempo de manera que entran en desventaja con otros competidores o bien, no cuentan con herramientas abiertas de participación con las cuales acceder a la información de la normatividad mediante una adecuada y oportuna divulgación pública teniendo que procurarse por su propia cuenta estas fuentes informativas.

Para abordar debidamente esta problemática, inicialmente el presente análisis aproxima los escenarios de la contratación estatal y examina el mercado de las compras públicas para luego indagar por las dimensiones jurídicas que el *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009* dispone en aras de garantizar la transparencia y eficiencia en el mercado y así detectar dónde es necesario definir nuevos derroteros para el suministro de una información precisa y veraz. Finalmente, las conclusiones derivarán algunas luces claves para que en futuras revisiones al sistema de divulgación de la contratación pública, se revisen los mecanismos de participación de proveedores y la forma en que se accede a esta información como parte de un sistema democrático.

## **1. MARCO CONCEPTUAL**

En Colombia, un volumen representativo de los recursos del presupuesto estatal respecto a gastos de funcionamiento como de

inversión, corresponden a contrataciones públicas<sup>1</sup> donde el factor legalidad integral no es del todo intachable, situación que en el contexto internacional es frecuente toda vez que se ha detectado que los principales contratos públicos en Latinoamérica involucran empresas multinacionales, que con frecuencia se ven envueltas en corrupción<sup>2</sup> tal como ocurre en el medio colombiano.

“Desde la perspectiva del poder se entiende la comunicación, como una permanente entrega de contenidos en la lógica de difundir todo lo que los gobiernos realizan, y de cómo se evalúan las condiciones de contratación y el desempeño de las instituciones frente a la tarea de informar oportunamente sobre estas necesidades de bienes o servicios a los empresarios o profesionales que quieran acceder a ese mercado del Estado”.<sup>3</sup>

Tal como sostiene Aranes Usandizaga, la comunicación debe jugar un papel dinámico en el sistema público para propender por una sociedad con mayores posibilidades de superar sus problemas de desempeño y es por esto que:

“la gestión comunicacional de las organizaciones modernas se debe, entre otras razones, al reconocimiento por parte de las teorías gerenciales del aporte que lo comunicacional brinda al desempeño organizacional de determinado funcionario público adscrito a un rol directivo dentro de la institucionalidad gubernamental. En lo que respecta a la contratación, la comunicación es fundamental por cuanto a ella le compete informar y mantener un puente entre las entidades y los proveedores pues de la tarea de tener bien enterados a nivel externo a los grupos que observan una actividad económica específica y que desean insertarse en el mercado estatal, depende la equidad de las compras públicas y su resultado transparente”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Documento Conpes 3186 de 2002 sobre la participación promedio de la contratación del sector público en el PIB.

<sup>2</sup> Transparencia Internacional para Latinoamérica y el Caribe (TILAC), agosto de 2009.

<sup>3</sup> ARANES USANDIZAGA, José Ignacio. “La comunicación institucional de la administración pública: entre la lógica autista-instrumental y la democracia”. 1996 (URL) <http://www.ehu.es/zer/zer1/12notinvaran.htm>.

<sup>4</sup> Ibídem

En la teoría de la comunicación pública, Bel Mallem distingue entre la información local y la información institucional interna y recalca que justamente la naturaleza de la información de las entidades oficiales debe velar hacia lo externo:

“en las licitaciones debe activarse una premisa de equidad en cuanto a derecho equilibrado de competencias, términos igualitarios y no de preferencia, márgenes de tiempo prudencial entre la fecha en que se expide una convocatoria y el tiempo razonable de recepción de propuestas dada la documentación que debe allegarse a esas instancias”.<sup>5</sup>

Pero no sólo Bel Mallem se ocupa de esta preocupación sino que teóricos como Habermas y De Moragas respectivamente, ya habían advertido sobre el peligro que entraña para las sociedades irradiar de manera desfasada, parcializada o en modo débil, las disposiciones que en el ámbito reglamentario, los gobiernos diseñan para preservar la transparencia y garantizar prácticas equitativas, sólidas y eficientes.

“Preocupa que los ciudadanos involucrados en actividades económicas que competen al desarrollo productivo enlazado con las metas de un gobierno específico, ignoren qué les rige, qué les ampara, qué les ofrece el seno de las instituciones para participar de los procesos donde ellos pueden ser agentes oportunos de desarrollo. Si no se les entera debidamente de las normas o si en el peor de los casos se les informa en forma esporádica sobre cómo insertarse en el mercado de lo estatal, ya desde ahí se comete una nulidad informativa que perjudica severamente la confiabilidad en lo público. El Estado debe asumir su responsabilidad al no activar esas fuentes de información al servicio de la comunidad empresarial”.<sup>6</sup>

Pero también De Moragas<sup>7</sup> llama la atención sobre el papel transversal de la comunicación en la medida que dentro de lo institucional

---

<sup>5</sup> BEL MALLEM, José Ignacio. *El derecho a la información local*. Madrid: Editorial Ciencia 3. 2005, p. 121

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona, Editorial Trotta, 2008. p. 32

<sup>7</sup> DE MORAGAS, Miguel. *Sociología de la comunicación de masas*. Barcelona, Gustavo Gili, 1984. p. 71

trasciende a lo público y permea alrededor de las necesidades que desde lo oficial se presenta. Mientras Bel Mallem establece que:

“el promover una práctica de gestión diferente es sumergir a los agentes del Estado en que lo institucional debe traslucirse y que las disposiciones y regulaciones deben darse a conocer en el momento exacto para conveniencia mutua de quienes tienen un mercado que activar como son las entidades mismas y de aquellos que pueden colmar los requerimientos del sector público en materia de competencias, bienes y servicios”.<sup>8</sup>

Dado lo anterior, la institucionalidad y el Estado en el medio colombiano no han sido propiamente portadores de transparencia en el mercado de las compras públicas razón por la cual a unos proveedores llega la información de modo tardío respecto al cómo convertirse en vendedores exitosos del Estado y competir en los periodos justos, con las herramientas exactas y con los productos pertinentes. La normatividad no se ha desplegado en toda su dimensión porque falta lo que los teóricos de la gestión moderna y de la comunicación corporativa y estratégica identifican como “activación de la práctica comunicacional e informativa en el engranaje de la participación democrática”.<sup>9</sup>

En consecuencia, para efectos de la presente reflexión, conviene asomarse a los escenarios de la contratación estatal en Colombia bajo una plataforma conceptual donde las bases de este examen se fundamentan en las teorías de la sociología de la comunicación en las que se deja en claro que el objeto social del Estado mismo son los grupos que confluyen en las sociedades que se comportan como agentes proactivos del desarrollo y del crecimiento.<sup>10</sup> Esto se traduce en que a partir de la comunicación se puede generar un espacio para

---

<sup>8</sup> Op. Cit 5 p. 133

<sup>9</sup> “Tercer Congreso de transparencia, eficiencia y modernidad estatal”, Santiago de Chile, marzo de 2009. (Primeras conclusiones).

<sup>10</sup> Autores como Harold Lasswell (1948); Talcott Parsons (1988); Anthony Giddens (1991); George Ritzer (1995) o Miguel Ruiz (2005), entre otros, han construido los fundamentos de lo que representa la sociología de la comunicación y la cultura de masas en un sistema democrático.



crear la cultura de la ética estatal en que la transparencia, la eficiencia y la consistencia sean los pilares sobre los cuales se lleve a cabo la contratación estatal y por los cuales se rija el mercado de las compras públicas.

Pero ampliar la visión de lo que significa contratar con el Estado y venderle con éxito, es una tarea que exige un esfuerzo desde el seno de las entidades que están requiriendo del mercado externo estándares de calidad en la gama de bienes y servicios que demanda su actividad pública. Es por esto que esa dinámica y ese ejercicio tienen que lograrse desde un enfoque de la Comunicación Pública que promueva desde la institucionalidad gubernamental, el valor de la gestión con un componente indispensable que no es otro que el proveedor mismo.

En efecto, si el vendedor desde afuera capta la atención desde dentro de las entidades públicas, que sea porque el enfoque de la Comunicación Pública ha cumplido su cometido de irradiar la normatividad, sus bondades y sus efectos así como también porque se ha sabido llegar con la información cabal de pliegos equitativos razonables. En síntesis, lo que Habermas identifica como:

“la disyuntiva entre la moral y la acción misma de comunicar lo veraz o distorsionar lo que se necesita para crear necesidades ficticias”.<sup>11</sup>

## **2. ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Es conveniente observar para el propósito de este análisis, los antecedentes de la contratación en Colombia que en las tres primeras décadas del siglo Veinte, concedió al Estado el papel decisivo en tres tareas específicas como el orden público, la defensa de la propiedad y la aplicación de la justicia. Siendo así, la contratación estatal prácticamente era inexistente dado el tamaño del Estado que apenas admitía pocas funciones en contraste con el sector privado que

---

<sup>11</sup> Op. Cit. 6 p. 67

concentraba buena parte de la actividad productiva. Con el surgimiento de otro modelo de Estado, las tres décadas posteriores a los años 30, dan pie a un ente regulador de la actividad económica del sector privado donde el Estado escasamente avizora su dirección al derecho administrativo.

Dadas estas circunstancias, Colombia empieza a advertir las secuelas de un Estado proteccionista y tras la reforma constitucional de 1968, el papel ejecutor permea lo privado y al observarse la monopolización de las funciones, la contratación del Estado se torna esencial pero con visos de desborde hasta convertirse en un aparato burocrático donde la inserción directa de trabajadores se volvió descomunal y luego el sindicalismo cobró vida hasta que a finales de los años 70, el Estado monopoliza gran parte del sector privado logrando debilitarlo y es así como el principal contratante pasa a ser el Estado mismo derivando agentes diversos en el mecanismo de la contratación

## **2.1 Agentes de contratación (Estado-Divulgación-Proveedores)**

### **➤ El Estado**

Ese Estado que se convierte en un músculo poderoso de la contratación, es el mismo que inesperadamente se ve abocado a fenómenos como el de una clase empresarial corrupta traducida en un conglomerado de empresas públicas, mixtas, industriales y comerciales que monopolizan las compras públicas y suprimen de tajo la competencia. Sin embargo, sobreviene con la Constitución de 1991 el desmonte del Estado proteccionista bajo las concepciones neoliberales que le imprimen un papel regulador y que al mismo tiempo le marcan el reto de convertirse en competente.

En el contexto de la Ley 80 –como se observará más adelante-, la contratación estatal se torna necesaria toda vez que la contratación directa administrativamente hablando ya no es fuerte y el tema de los

contratos cobra fuerza hasta precisar el desarrollo del derecho administrativo por parte del sector privado dado que el Estado deja de ser contratante por administración para ser contratante por licitación o por contrato en la medida que precisa de bienes y servicios mas no de personal en sí mismo.

Esta evolución de modelo de Estado deja abierta una plataforma en que las reglas de juego involucran un ejercicio de *divulgación* y un agente adicional y vital llamado *proveedor*. Este es el engranaje de las licitaciones públicas donde el proceso de contratación se rige por la licitación pública. Al relacionar ya el papel del Estado en esta dinámica, es preciso entender por qué los otros agentes requieren examinarse con detenimiento en este estudio puesto que en la *normatividad de la contratación estatal* a partir del enfoque de la información se busca establecer el vínculo entre la transparencia y eficiencia del mercado de las compras públicas y el conocimiento o no de las normas.

### ➤ **La divulgación**

Los mecanismos con que el Estado irradia a los proponentes la información existente respecto a las necesidades de compra de sus entidades, se limita a los portales de estas en la red y a la página de Contratos.gov donde se publican las licitaciones sin que exista un mecanismo más abierto que oriente a los proveedores sobre dónde acceder a la información para no llegar demasiado tarde cuando las consultas se hacen únicamente a través de esos medios.

En los portales de los que disponen las entidades, no siempre se cuelga a consideración y consulta abierta toda la información sobre qué se requiere contratar, a dónde dirigirse de manera específica, qué requisitos exactos y puntuales reunir, a quién presentarlos y cómo, justo en el tiempo razonable para el cumplimiento de los mismos. Esa falencia en la divulgación conlleva a preguntarse el por qué la

información no se pone a disposición en el tiempo real de cumplimiento de las condiciones.

Dado este panorama, la Contraloría General de la República diseñó el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, Sice,<sup>12</sup> como un regulador de esa divulgación que es paso importante para garantizar transparencia. Justo por ser el portal del Sice una fuente funcional como sistema, es que se insiste en avanzar en la transparencia y control de la contratación estatal pues el trabajo realizado por la Contraloría amerita que este sistema sea incluido en la ley colombiana dado que la infraestructura y el proceso de capacitación que el proyecto viene adelantando entre los actores de la contratación estatal, ha servido para llamar la atención sobre la importancia de divulgar las licitaciones y convocatorias en general y la forma como los proveedores pueden prepararse para competir con éxito y convertirse en vendedores exitosos del Estado.

Como una alternativa eficaz y regulada, el Sice opera bajo un sistema de información que integra todos los datos relevantes de proceso de contratación estatal, permitiendo su autorregulación, control institucional y publicidad de las operaciones. No obstante, queda la tarea de inyectar mayor difusión tanto de las bondades en sí del Sistema, como de las iniciativas de cada entidad en materia de compras públicas.

La divulgación como agente activo de la contratación, demanda del Estado colombiano el esfuerzo de diseñar una política pública de comunicación que:

“cumpla con la tarea de transmitir al gran público, en lenguaje accesible, decodificado, informaciones precisas de un sector o

---

<sup>12</sup> Comité para la operación del Sice- Decreto 3512 de 2003 Acuerdo número 0009 de 2006 (publicado en el diario oficial 46395 del 18 de septiembre de 2006)

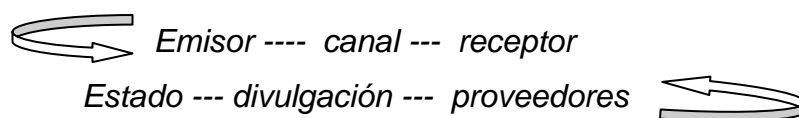
temática determinada para que el sector o proveedor interesado en un área específica encuentre un vehículo a utilizar cuando desee consolidar una tarea de negociación precisa”.<sup>13</sup>

Este concepto desarrollado por los teóricos de la divulgación de la gestión pública, amerita un trabajo en políticas, planes y programas de información proactiva que consolide los mecanismos de comunicación incluyente y no meramente unidireccional.

### ➤ **Los proveedores**

.En la dinámica de la contratación estatal se incluye en este análisis, la fuente primaria que rige toda teoría de la comunicación por cuanto en la definición del tema y del problema de investigación, intentamos establecer el vínculo entre la transparencia y eficiencia del mercado de las compras públicas y el conocimiento o no de las normas mediante el enfoque de la información.

En esencia y en su expresión más simple, en el proceso de comunicación intervienen tres componentes -el emisor, el canal y el receptor- que trasladados a la contratación estatal se escenifican en el Estado, la divulgación y los proveedores.



Siendo así, ya descritos los dos primeros como agentes de esta relación, conviene detallar el sentido de los proveedores en esta interrelación pues estos esperan que el sistema nacional de contratación pública sea una ventana abierta para oportunidades de trabajo. Es por esta razón que como grupo importante para los negocios estatales, desde el sector público debe impulsarse un nuevo método de compras gubernamentales para imprimir transparencia de

<sup>13</sup> KYMLICKA, W y WAYNE, N. "El retorno del ciudadano. Una revisión de producción reciente" en *Teoría de la ciudadanía*. Berlín, Malthos Ed., 2002

manera que venderle al Estado sea un ejercicio libre donde se supriman los intermediarios y los contratos a dedo en una atmósfera de legalidad e igualdad de condiciones.

## 2.2 Normatividad

Para efectos del presente estudio, tras una breve descripción del escenario general de las compras públicas en el país, puede afirmarse que con la Ley 80 nace la contratación estatal en Colombia. En el numeral 5º. del *Artículo 24 de la ley 80* se deja en claro que:

“en los pliegos de condiciones o términos de referencia a) se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria del cierre, c) se definirá con precisión las condiciones de costos y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, d) no se exigirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad de ayudada de los datos, informes y documentos que se suministren, e) se definirán reglas a todos los proponentes y contratista y que impidan la formulación de ofrecimientos, extensiones limitadas o que dependan de exclusiva voluntad de la entidad. e) se fijará plazo para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía, igualmente se hará en pleno el derecho a las certificaciones de los pliegos, los términos de la referencia y los contratos que contradigan este numeral”. (*Del Diario Oficial*).

En cuanto a la etapa precontractual, la Ley 80 indica que antes de la celebración de contratos, los pliegos deben establecer los requisitos de participación en los que tenga lugar la delimitación de los proponentes, la calidad de las exigencias, la consistencia de los fundamentos, la solicitud de documentación objetiva y comparativa y la excelencia de los criterios de clasificación. En este aspecto, la Ley es clara en que el conjunto de aspectos de las propuestas como el precio, el plazo, la calidad, la experiencia, el cumplimiento, la organización y los equipos

son criterios sobre los que debe ejercerse un margen estricto de vigilancia pues son estos los más susceptibles de manipulación.

Ahora bien, la normatividad busca que los elementos indispensables de los pliegos y las convocatorias de participación en las compras públicas, clarifiquen el objeto del contrato, la financiación, el presupuesto oficial que en cumplimiento del *Decreto 287 del 96*, no se refiere a un número sino a un formulario de cantidades aproximadas y precios con los ítems y cada uno con sus precios unitarios. Adicionalmente, se está haciendo un esfuerzo porque la normatividad proteja a los proveedores en aspectos claves como los plazos de ejecución, los cronogramas razonables en cuanto a las actividades a desarrollar, los productos a vender, los servicios a ofrecer una vez la apertura de la licitación se divulgue. Estos factores son esenciales para no cambiar sobre la marcha las reglas de juego.

En los criterios de clasificación y adjudicación se trabaja en una normatividad más consecuente con divulgar la necesidad de una veeduría ágil y eficaz específicamente en la tarea de valoración de los criterios de clasificación donde juegan aspectos técnicos y aspectos financieros en los que es necesario velar por la garantía de las pólizas y demás reglas de cumplimiento. En cuanto a las facilidades para los proveedores, la Ley 80 si bien es visionaria respecto a que estos pueden participar bajo la figura de consorcio o unión temporal, o bien con el Certificado de Registro Único de Proponentes.

No obstante, el Estado debe concentrarse en aplicar con estricta funcionalidad la tarea de divulgación de las normas dispuestas tal como así lo estipula el *Artículo 1º del Decreto Ley 2170 de 2002*, donde se establece que:

“Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular

observaciones al contenido de los documentos antes mencionados. Los proyectos de pliegos de condiciones o de términos de referencia, en los casos de licitación o concurso público, se publicarán en la página web de la entidad cuando menos con diez (10) días calendario de antelación a la fecha del acto que ordena la apertura del proceso de selección correspondiente. En el evento en que el proceso de selección sea de contratación directa, este término será de cinco (5) días calendario.” (*Del Diario Oficial*).

Por su parte, el *Artículo 6* del mismo Decreto establece que:

“La consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, se surtirá a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-Sice) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados”.

Si bien el *Decreto 3512 de 2003* reglamentó la Ley 598 de 2000 la cual creó el Sice, es claro que el sustento legal de la publicación de los pliegos e invitaciones se encuentra en el *Decreto Ley 2170 de 2002*, que a su vez remite al Sice con fines de publicidad de los procesos contractuales celebrados por las entidades públicas.

Hoy, cuando el país cuenta con la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública gracias al *Decreto 3806 de* septiembre 30 de 2009, es claro que la divulgación es una parte esencial en el proceso de la contratación estatal pero este ejercicio requiere de la activación de una política pública concebida expresamente para el impulso de la transparencia y eficiencia como más adelante se desglosa.

### **2.3 El mercado de las compras públicas**

Los negocios entre el Estado y el sector privado no se han caracterizado por estructurar fuentes más dinámicas en donde se ubiquen necesidades reales y vendedores preparados para desplegar la bondad de su producto o servicio. En consecuencia, los pequeños y medianos empresarios constantemente reclaman de parte del Estado,



un esquema que permita fortalecer el Marco Legal y Regulatorio pero dentro de un contexto de integridad y transparencia en el sistema de adquisiciones públicas puesto que otro común denominador es encontrar un mercado viciado que ya cuenta con un pull preferencial de proveedores sobre el cual no es fácil.

Por su parte, en la generación de mecanismos legales para el mejoramiento de la relación Estado-proveedores, hace falta todavía incrementar prácticas sanas desde las instituciones y anular el carrusel de prebendas, tráfico de influencias y estímulo económico ilícito a los agentes decisorios del proceso de contratación. Sólo así los proveedores empezarán a propiciar un universo claro como vendedores en la plataforma que el Estado les muestre respecto a la relación comercial que traspasa la subjetividad de las valoraciones de jefes de compras que incluso llegan a prestarse para los acuerdos camuflados que riñen con el deber ser de su tarea que es la selección regida por un marco técnico y ético.

Cuando Bel Mallem se refiere a la información institucional y a la información local, insiste en que los universos de las compras desde el sector oficial se permean en tanto esos universos identificados como “necesidades claves a resolver desde lo externo”, requieren de un andamiaje comunicacional marcado por un valor ético y un valor funcional.<sup>14</sup> La permeabilidad -según afirma- recae en que el objeto a contratar, llámese bien o servicio, debe contar con todo el mecanismo de irradiación a quienes están en capacidad de llenar esa necesidad de una entidad equis para que se beneficie el mercado y redunde en los pequeños y medianos empresarios la realidad de ser agentes activos de un proceso y no sujetos invisibles únicamente dispuestos a rellenar un requisito o un formulismo preconcebido.

---

<sup>14</sup> Op. Cit. 5 p. 138

Estos componentes de los escenarios de la contratación estatal invocan el derecho a regularse a partir del *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009* bajo márgenes de eficiencia, transparencia y evolución como se examina en el segundo capítulo del presente contenido.

### **3. LA NUEVA NORMATIVIDAD Y EL IMPACTO DEL PROCESO INFORMATIVO**

#### **3.1 Dimensiones Jurídicas**

Antes de examinar el alcance del *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009*, conviene relacionar brevemente a la luz de la legislación que rige hoy la contratación estatal, qué normatividad contextualiza el mercado de las compras públicas. En primera instancia, la Ley 80 de 1993 en sus Artículos 1 – 46 y 47 – 81. Posteriormente, esta misma ley con normas reglamentarias y sentencias de constitucionalidad que de modo siguiente da paso a la Ley 1150 de 2007 para así estipular el Decreto 2474 de 2008, reglamentario de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Las anteriores regulaciones dan pie al Decreto 2025 de 2009 que introduce reformas al Decreto 2474 de 2008 y que anteceden al Decreto 4828 de 2008 que termina reglamentando el régimen de garantías en la contratación estatal el que a su vez es reformado por el Decreto 931 de 2009 y por el Decreto 2493 del mismo año. Sobrevienen así los Decretos 4444 de 2008 sobre enajenación de bienes del Estado por parte de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en desarrollo de lo previsto en el literal e) del numeral 2° del *Artículo 2°* de la Ley 1150 de 2007 para confluir en el Decreto 4881 de 2008 que parcialmente reglamenta la Ley 1150 de 2007 en materia de verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio el cual fue modificado por el Decreto 836 de 2009.

Bajo esta perspectiva, en el *Decreto 4533 de 2008* que reglamenta el mecanismo de iniciativa privada (parágrafo 2° del Artículo 32 de la Ley

80 de 1993), cobra vida el *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009* con el que la entidad controladora se alista a apoyar al Gobierno Nacional en su cruzada anticorrupción por la transparencia democrática en las compras estatales.

### **3.1.1 El contenido del Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009<sup>15</sup>**

Para comprender el impacto del proceso informativo que se observa frente a la nueva normatividad en las compras públicas, se analiza por qué el *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009* imprime un impositivo de irradiación informativa de su contenido por cuanto figuran las Mipymes como eje central de la más reciente disposición.

En efecto, cuando la Ley 1150 del año 2007 intentó introducir nuevas normas en procura de la eficiencia y transparencia frente a lo que la Ley 80 de 1993 había determinado como prelación en la contratación pública, el factor de transformación fue justo la selección de los contratistas que antes en el proceso sólo contemplaba a la licitación o concurso de mérito pero que observó la necesidad de vincular a quienes deseen convertirse en proveedores del Estado mediante convocatorias públicas o contratación directa. En el Decreto que compete al presente análisis, el factor divulgación parece encontrar un asidero muy importante en las Mipymes porque estas son la base central de hoy para el crecimiento comercial y la competitividad internacional. Como el Decreto incluye en las convocatorias la participación de las Mipymes a través de uniones temporales o consorcios, se precisa de una divulgación más intensa y específica dado que el Decreto tal como está estipulado busca estructurar y afianzar tareas como:

- Capacitar a los proveedores en herramientas conceptuales y técnicas que le otorguen consistencia a su participación en los

---

<sup>15</sup> Se recomienda la observación del Decreto 3806 de 2009

procesos de contratación estatal dentro de una plataforma de garantías en cuanto a eficiencia y transparencia bajo estricto cumplimiento de la normatividad vigente.

- Adelantar un examen estructurado, sistémico y convenientemente articulado del marco legal respectivo del proceso contractual Ley 80/1993, Ley 1150 de 2007, decretos reglamentarios D. 2474 de 2008, D. 3576 de 2009 entre otros, puesto que en sus fases y procedimientos aparece el Sice y el Secop<sup>16</sup> sumados a la jurisprudencia en aras de un ejercicio eficaz y preciso de la gestión pública bajo dos derroteros esenciales como la productividad y la competitividad al interior de las entidades públicas.
- Difundir la importancia que tiene apropiarse de una exitosa ejecución contractual teniendo como base de partida de las compras públicas, la planeación y entrenamiento en las condiciones jurídicas que son las que finalmente describen las necesidades requeridas. Sobre esta base se da paso a la definición de un objeto del contrato de manera clara con miras a adelantar una selección coherente y profesional que garantice la correcta ejecución del contrato.

Siendo así, este Decreto se constituye en un reto para la administración pública por cuanto mide el grado de incidencia que su divulgación tiene sobre las Mipymes y los proveedores en general para acceder a la contratación estatal dentro de garantías de transparencia y eficiencia y activar un mercado importante pero tradicionalmente viciado por prácticas insanas.

La concepción de este Decreto remarca vectores de la gestión pública en que deben estar comprometidos los agentes de la contratación estatal de acuerdo con lo consignado por el Consejo de Estado que

---

<sup>16</sup> Sistema Electrónico para la Contratación Pública que funciona a manera de portal único de contratación del Gobierno Nacional y forma parte de la Organización Interamericana de Instituciones de Compras Gubernamentales.

enfatisa cómo la Administración tiene el derecho y a la vez la obligación de proporcionarle capacitación, actualización y gerencia ética a los funcionarios de las entidades oficiales así como los medios para apropiarse de la importancia de la gestión eficiente.<sup>17</sup> En consecuencia, la nueva normatividad a través del Decreto en referencia que constituye el eje central de este análisis, conlleva a estimular el ejercicio del impacto del proceso informativo por cuanto es una clara invitación a que se difundan ampliamente las características que rigen ahora el mercado de las compras públicas.

Con el reciente anuncio del Gobierno Nacional respecto a la gran cruzada anticorrupción, la necesidad de diseñar y activar una política de comunicación conveniente para la irradiación oportuna, eficaz, proactiva y eficiente de lo que hay que hacer para convertirse en vendedor exitoso del Estado, cobra pleno sentido y adquiere a la luz de este Decreto la dinámica de la democracia participativa. Un proveedor bien enterado encaja de manera articular en la dinámica de las compras estatales porque agiliza la confianza, posiciona la credibilidad y otorga prácticas de complementariedad y alcance a la eficacia de la transparencia. Pero ¿cómo imprimir una política de divulgación que promueva el desarrollo de las Mipymes, la expansión de los proveedores, el impulso del Estado y la competitividad equilibrada y funcional? Es justo el interrogante que da luces al problema aquí planteado y es cómo demostrar que la ausencia o presencia de la divulgación de la normatividad incide en el ejercicio de la transparencia y la eficiencia en el mercado de las compras públicas y que a continuación se describe.

### **3.2 Dimensiones instrumentales**

Para la tarea eficaz del Estado y para la actividad empresarial, la divulgación y la consulta pública se convierten en un instrumento sin el cual no es posible una retroalimentación proactiva necesaria para

---

<sup>17</sup> Art. 184 de la ley 136 de 1994

crear mercados confiables y dinámicos. En la teoría de Giddens, se advierte claramente que:

“la sociología de la comunicación es un componente articular del buen gobierno porque sin esa reciprocidad de lo público y lo privado, los Estados están conminados al señalamiento y la ciudadanía a la desconfianza y la improductividad. De modo que comunicar la planificación de los estamentos es vincular a los grupos comprometidos con el desarrollo”.<sup>18</sup>

Cuando se da paso a este instrumento tal como lo aclara el Gobierno Nacional, las ventajas residen en reducir el riesgo financiero, reducir los costos directos, aumentar la cuota de mercado, incrementar los beneficios sociales para las comunidades locales y para las mismas Mipymes.<sup>19</sup>

La dimensión instrumental de la divulgación consiste en darle a esta el papel real que tiene en el proceso de la contratación estatal una vez que la consulta pública pasa a ser un componente vital para gestionar la comunicación bidireccional entre el Estado y el empresariado. Esa dimensión instrumental de la divulgación permite mejorar el proceso de adopción de decisiones y establecer un puente de confiabilidad y comprensión mutua en el que participan activamente entidades, Mipymes y proveedores en general interesados en confluir en un mismo propósito de desarrollo. La viabilidad del mercado adquiere más dinamismo en la medida que aumente la participación pues a largo plazo es posible redundar en beneficios conjuntos.

### **3.2.1 Los derroteros de la divulgación**

---

<sup>18</sup> GIDDENS, Anthony. *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*. Barcelona, Atheneum, 1984. p. 68

<sup>19</sup> Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. “Compras públicas para Mipymes” en *Boletín Oficial* No. 57.

En los principios de gestión para la divulgación de información de la normatividad vigente para el mercado de las compras públicas se enfatiza en:

- Irradiar la información y el alcance de los decretos en una etapa temprana
- Suministrar información comprensible
- Orientar sobre el acceso a los mecanismos de participación
- Apoyar el proceso de las consultas con la organización de encuentros entre las entidades estatales y los proveedores para un acercamiento funcional

Estos principios son consecuentes con lo que los teóricos de la sociedad de la divulgación como De Moragas, Parsons y Lasswell, denominan “factores de red sostenible” donde los agentes de las relaciones entre lo público y lo privado concurren para un beneficio colectivo. En efecto, como bien sostienen los veedores de la transparencia, cada vez más los sectores se ven obligados a tener en cuenta los retos del desarrollo como un planteamiento en el cual la consulta pública no puede sustraerse por cuanto esta es una parte decisiva dado que repercute en la gestión empresarial ya que como dimensión instrumental reduce los riesgos financieros que generalmente se dan por los retrasos, las actuaciones judiciales y la difusión a medias.

El Estado debe servirse de una política pública de comunicación que conciba a la divulgación para sostener a:

- un público bien informado con miras a comprender mejor el equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes del mercado estatal
- una contribución significativa en el tiempo al ejercicio de la oferta y la demanda del sector oficial

- un diseño de interrelación de confianza empresarial con quienes se constituirán en socios comerciales del Estado

El diseño de una política pública de divulgación de las compras estatales apunta a vincular a los proveedores como participantes centrales de la contratación pública y a que estos intervengan en igualdad de condiciones con amplia capacidad de competitividad. Comulgando con esta perspectiva, una política pública de divulgación de la normatividad estatal sobre las compras públicas, debe ceñirse a lo que desde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se define como la tarea en que:

“el sector de las Mipymes es el músculo empresarial necesario para continuar creciendo pues no en vano son estas empresas las que sustentan el mayor empleo en el país”.<sup>20</sup>

En virtud de esto, la formulación de una política pública debe asegurar que la información sobre las compras estatales de las entidades llegue en forma precisa a quien tenga que llegar para garantizar

- la transparencia de las licitaciones y convocatorias
- la rendición de cuentas
- la apropiación de los principios, las prácticas y los procedimientos para acceder al mercado de las compras públicas

Adicionalmente en todo material impreso o electrónico que proporcione conocimiento sobre las compras dispuestas a someterse a consideración de los proveedores en general y las Mipymes, se debe desplegar toda la información concerniente a la gestión de ese mercado público para garantizar la anulación de privilegios o negocios acordados de modo previo y amañado.

---

<sup>20</sup> Ibídem



#### **4. METODOLOGÍA**

Para efectos del hallazgo de factores conducentes a determinar las falencias de divulgación de la normatividad contenida en el *Decreto 3806 de septiembre 30 de 2009* para las Mipymes y los proveedores que desean insertarse al mercado de las compras públicas, se seleccionó la técnica de grupos de discusión cuyos participantes figuran en una base de datos de la Firma Esse Consultores cuya tarea es organizar encuentros entre las entidades estatales y las Mipymes para apoyar al Gobierno Nacional en el acercamiento a la transparencia y eficiencia de la contratación pública. Se identificaron tres sectores – Defensa-Telecomunicaciones-Comercio Exterior- y por cada grupo se invitaron a diez proveedores para que expresaran su experiencia como vendedores del Estado.

##### **Primer grupo (Sector Defensa)**

Este grupo que participó en un evento de negocios con las entidades adscritas al Ministerio de Defensa encuentra estas prácticas comunes:

- Selección de proveedores ya posicionados por largo tiempo
- Imprecisión en la información que suministran los jefes de compra de las entidades sobre requisitos y documentos exactos a presentar

##### **Segundo grupo (Sector Telecomunicaciones)**

Este grupo que participó en un evento de negocios con las entidades del Estado que canalizan servicios de Telecomunicaciones y tecnología encuentra estas prácticas comunes:

- Requisitos no acordes con las necesidades reales del sector
- Documentación innecesaria e inconsistencia en la experiencia de celebración de contratos con el Estado pues exigen un tiempo no mayor a dos años lo cual desvirtúa la capacidad real de los proponentes pues algunos no registran contratos recientes pero sí un historial anterior a ese periodo fijado

##### **Tercer grupo (Sector Comercio Exterior)**

Este grupo que participó en un evento de negocios con las instituciones oficiales vinculadas al comercio exterior, encuentra estas prácticas comunes:

- Los jefes de compra de las instituciones oficiales se limitan a dar una información que no direcciona a los proveedores hacia los contactos directos para cierre de negocios

- Las licitaciones desglosan unas exigencias que operan y casan con exclusividad para oferentes elegidos con antelación a la oferta pública
- Los mecanismos de divulgación se dan a conocer sobre el tiempo límite de la fecha de cierre de las ofertas

## **5. CONCLUSIONES**

### **➤ Del orden estratégico**

Se precisa de un sistema de correctivos para flexibilizar la capacidad de los proveedores de competir en igualdad de condiciones y ganar espacios de confiabilidad en el contexto de la gobernabilidad a través de una efectiva transparencia en la contratación pública mediante una política pública de comunicación que garantice el buen gobierno y fortalezca la transparencia en el mercado de las compras públicas.

### **➤ Del orden esquemático**

En el mercado de las compras públicas, las malas prácticas desestabilizan la confianza de los proveedores por cuanto la arbitrariedad en los procesos licitatorios, los sobornos, el despilfarro por la celebración de contratos o adquisición de bienes o prestación de servicios innecesarios, dan una resultante de gravedad que reta al Estado a crear un sistema de blindaje y transparencia para frenar el desangre del erario público.

### **➤ Del orden factorial**

Activar la práctica comunicacional en bien mutuo donde a los agentes de este ejercicio –Estado y proveedores- les una el interés de generar contratos veraces en capacidad, mérito, compromiso, forma y cumplimiento y donde la asignación presupuestal no conduzca a ineficiencias de modo que el criterio de eficiencia para la evaluación de la gestión en la mayoría de entidades estatales no se rija por la

capacidad de un organismo para ejecutar su presupuesto pues bajo esta premisa han ocurrido contrataciones dispares puesto que las entidades públicas aceleran contratos innecesarios para no perder los recursos presupuestados sin que opere una coherencia en cuanto a la necesidad real y la necesidad infundada o amañada.

➤ **Del orden evaluativo**

En la multiplicidad de eventos donde tienen lugar los encuentros entre Estado y proveedores, aún es incipiente el mecanismo de obtención de información puntual a través de los jefes de compra de las entidades. En muchos escenarios de encuentro, la información entregada se limita únicamente a proporcionar datos elementales como una dirección electrónica, una página web, unos números telefónicos de recepción y alguna idea vaga de qué se requiere en realidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### ***Documentos***

- BELTRÁN, Luis Ramiro. La comunicación y el desarrollo democrático en Latinoamérica: memoria de una quimera irrenunciable. México, *Congreso de información, Estado y desarrollo*, 2008

- Documento Conpes 3186 de 2002 sobre la participación promedio de la contratación del sector público en el PIB.

- Decreto 3806 de 2009

- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. “Compras públicas para Mipymes” en *Boletín Oficial* No. 57.

### ***Publicaciones***

BEL MALLEM, José Ignacio. *El derecho a la información local*. Madrid: Editorial Ciencia 3. 2005

DE MORAGAS, Miguel. *Sociología de la comunicación de masas*. Barcelona, Gustavo Gili, 1984

Departamento Nacional de Planeación. *Manual de buenas prácticas para la gestión contractual pública*. Bogotá, 2004

DODD, Liz y ASFAHA, Samuel. *El reequilibrio en la cadena de suministro: poder de compra, productos básicos y políticas de competencia*. Ginebra, South Centre, abril 2008

GIDDENS, Anthony. *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*. Barcelona, Atheneum, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona, Editorial Trotta, 2008

MORENO MOLINA, José Antonio. *La contratación pública en los países de la Comunidad Andina: un estudio comparado con el derecho de la Unión Europea*. Lima, Comunidad Andina, 2007

### **Revistas**

- GONZAGA MOTTA, L y U. DA SILVA. "Crítica a las políticas de comunicación: entre el Estado, la empresa y el pueblo"; en *Revista Comunicación y Cultura* N° 7. Madrid, Ethos, 2006.

- KYMLICKA, W y WAYNE, N. "El retorno del ciudadano. Una revisión de producción reciente" en *Teoría de la ciudadanía*. Berlín, Malthos Ed., 2002

### **Consultas Online**

Disponible en

[http://www.dykinson.com/bookPolíticas\\_de\\_comunicacion\\_en\\_Latinoamerica--26015...1.html](http://www.dykinson.com/bookPolíticas_de_comunicacion_en_Latinoamerica--26015...1.html) (Consultado el 7 de septiembre de 2010)

Disponible en <http://www.ehu.es/zer/zer1/12notinvaran.htm>. ARANES USANDIZAGA, José Ignacio. "La comunicación institucional de la administración pública: entre la lógica autista-instrumental y la democracia". 1996 (URL) (Consultado el 2 de septiembre de 2010)