

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – SEDE BOGOTÁ
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

TRABAJO DE GRADO – MARCO LEGAL DE CONTRATACIÓN DE USAID
EN COLOMBIA Y MECANISMOS LEGALES PARA MEJORAR EL
DESEMPEÑO DE LOS IMPLEMENTADORES LOCALES DE USAID EN
COLOMBIA

AUTOR – MIGUEL ÁNGEL ATUESTA PLATA – ECONOMISTA

DOCENTE TUTOR – DR. NICOLÁS LOZADA PIMIENTO – ABOGADO –
MAGISTER EN DERECHO INTERNACIONAL Y GLOBALIZACIÓN

BOGOTÁ – COLOMBIA – 2018

ÍNDICE

1. “MARCO LEGAL DE CONTRATACIÓN DE USAID EN COLOMBIA”	6
1.1 RESUMEN	6
1.2 PALABRAS CLAVE	7
1.3 INTRODUCCIÓN	7
1.3.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	7
1.3.2 ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN ..	9
1.3.3 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.4 JUSTIFICACIÓN	13
1.5 OBJETIVOS PROPUESTOS	15
1.6 METODOLOGÍA UTILIZADA PARA OBTENER LOS OBJETIVOS PROPUESTOS	16
1.6.1 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO.....	16
1.6.2 TIPOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO.....	18
1.7 ARTÍCULO PRIMERO – MARCO LEGAL DE CONTRATACIÓN DE USAID EN COLOMBIA	18
1.7.1 PARTE I – LEY DE ASISTENCIA EXTRANJERA (FAA) DE 1961 (LEY PÚBLICA 87-195).....	19
1) Sección 101 – Políticas Generales	21
2) Sección 102 – Políticas de Asistencia para el Desarrollo.....	23

3) Sección 103 – Agricultura, Desarrollo Rural y Nutrición	26
4) Sección 110 – Costos compartidos y limitaciones de fondos.....	28
5) Sección 116 – Derechos Humanos	29
6) Sección 117 - Medio Ambiente y recursos naturales	31
7) Sección 126 – Desarrollo y Narcóticos	32
1.7.2 PARTE II – CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES (CFR)	
34	
1) 2 CFR 200	35
a.Subparte A – Acrónimos y Definiciones	36
b. Subparte B – Disposiciones Generales.....	41
c.Subparte C – Requerimientos pre-adjudicación y contenidos de los convenios federales.....	42
d. Subparte D – Requerimientos Post-adjudicación	47
e.Subparte E – Principios financieros.....	52
f.Subparte F – Requerimientos de auditoría.....	56
1.8 CONCLUSIONES.....	57
2. MECANISMOS LEGALES PARA MEJORAR EL DESEMPEÑO DE LOS IMPLEMENTADORES LOCALES DE USAID EN COLOMBIA	60
2.1 RESUMEN.....	60
2.2 PALABRAS CLAVE	61
2.3 INTRODUCCIÓN.....	61
2.3.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	61
2.3.2 ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .	63

2.3.3	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	64
2.4	OBJETIVOS PROPUESTOS	67
2.5	METODOLOGÍA UTILIZADA PARA OBTENER LOS OBJETIVOS PROPUESTOS.....	69
2.5.1	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO.....	69
2.5.2	TIPOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO.....	70
2.6	ARTICULO SEGUNDO – REGULACIONES FEDERALES CONTRACTUALES	72
2.7	CAPITULO 1 – REGLAMENTO DE ADQUISICIONES FEDERALES.....	74
2.7.1	DIFERENCIAS ENTRE LA CONTRATACIÓN PRIVADA Y LA CONTRATACIÓN FEDERAL	75
1)	Autoridad para contratar	75
2)	Modificaciones unilaterales	76
3)	Supervisión y auditoría	76
4)	Consideraciones políticas.....	76
5)	Terminación unilateral	76
2.7.2	PARTE I – FAR SUBCAPITULO A – GENERAL	77
1)	FAR Subparte 1.6 – autoridad para contratar, responsabilidades y desarrollo profesional	78
2)	FAR Subparte 4.11 – Sistema de Gerencia de Adjudicaciones.....	80
2.7.3	SUBCAPITULO B – PLANEACIÓN DE ADQUISICIONES	81
1)	FAR Parte 5 – Publicidad de Acciones Contractuales	81

2)	FAR Parte 9 – Calificaciones de los contratistas.....	83
2.7.4	SUBCAPÍTULO C – MÉTODOS Y TIPOS DE CONTRATOS	86
1)	FAR Parte 15 – Contratación Negociada.....	86
2.7.5	SUBCAPITULO E – REQUERIMIENTOS GENERALES DE CONTRATACION	91
1)	FAR Parte 33 – Protestas, disputas y apelaciones	91
2.7.6	SUBCAPITULO F – CATEGORIAS ESPECIALES DE CONTRATACION	96
1)	FAR Parte 37 – Contratación de Servicios	96
2.7.7	SUBCAPITULO G – GERENCIA DE CONTRATOS	99
1)	FAR Parte 42 – Administración de contratos y servicios de auditoría....	99
2)	FAR Parte 43 – Modificaciones contractuales	105
3)	FAR Parte 44 – Políticas y Procedimientos de Subcontratación.....	106
4)	FAR Parte 49 – Terminación de contratos	108
2.8	CONCLUSIONES.....	111
3.	REFERENCIAS – BIBLIOGRAFIA.....	113
4.	GLOSARIO	126
5.	LISTA DE APÉNDICES AL TRABAJO DE GRADO	129
5.1	APÉNDICE 1 – FAA (Traducción al Español)	129
5.2	APÉNDICE 2 – 2 CFR 200 (Traducción al Español)	129
5.3	APÉNDICE 3 – 48 CFR 1-51 (Traducción al Español).....	129

1. “MARCO LEGAL DE CONTRATACIÓN DE USAID EN COLOMBIA”

1.1 RESUMEN

ESPAÑOL

La Agencia de EE.UU. para el Desarrollo Internacional (*United States Agency for International Development* – USAID, por sus siglas en inglés¹) trabaja por mandato presidencial desde 1962 en Colombia, con el fin de “apoyar los esfuerzos del país hacer la transición desde un escenario de conflicto hacia una paz duradera”.² Para alcanzar estos objetivos, la agencia se vale de implementadores (locales y de los EE.UU.) que reciben instrumentos de cooperación. Estos instrumentos están definidos en el *marco legal de contratación* del Gobierno de EE.UU., y se localizan en capítulos específicos dentro del Código de Regulaciones Federales (*Code of Federal Regulations* – CFR). El nivel de conocimiento y/o interacción con el marco legal de contratación por parte de los implementadores locales de instrumentos de cooperación de USAID en Colombia es una de las causas por las cuales la “nacionalización” de las iniciativas de cooperación no ha alcanzado una mayor dinámica. Este artículo presentara una visión en mayor detalle de dicho marco legal y los instrumentos de cooperación de que dispone USAID para contratar en Colombia.

ENGLISH

The United States Agency for International Development (USAID) works with a presidential mandate since 1962 in Colombia, towards “supporting the country’s efforts to transition from a conflict scenario into a long-lasting peace”. To achieve

¹ Para los efectos de este artículo, todas las abreviaturas utilizadas son según sus siglas en idioma inglés. La motivación detrás de este enfoque es que el lector pueda remitirse a los documentos originales y pueda encontrar las siglas aquí citadas, en lugar de sus traducciones (N. del A.).

² (UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2016)

these objectives, the Agency uses both contractors and recipients (local and U.S. based) which are awarded cooperation instruments. These instruments are defined in the United States Government (USG) legal framework and are located in specific chapters within the Code of Federal regulations (CFR). The low level of knowledge and/or interaction with this Legal Framework from the local implementers of cooperation instruments is one of the causes for which the “nationalization” of the cooperation initiatives has not achieved a greater dynamic. This article will present an outlook in greater detail of said Legal Framework and the cooperation instruments that USAID has to operate in Colombia.

1.2 PALABRAS CLAVE

Marco legal de contratación, USAID, instrumentos de cooperación, implementadores locales, Agencia Presidencial para la Cooperación, Ministerio de Relaciones Exteriores, nacionalización, contrato, acuerdo de cooperación, convenio, donación.

1.3 INTRODUCCIÓN

1.3.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Aunque la cooperación entre los EE.UU. y Colombia se remonta a la guerra de independencia de 1810, la cooperación internacional, definida como “herramienta de colaboración que apoya procesos de desarrollo mediante la transferencia de recursos técnicos y financieros entre diversos actores del sistema internacional (gobiernos, entes territoriales, organizaciones de la sociedad civil, ONG)”³, sólo se inicia en los EE.UU. en 1961 cuando el Presidente John F. Kennedy aprueba la *Ley de Asistencia Extranjera*⁴ (Committee on International Relations - Committee on Foreign Relations, 2003), mediante la cual se reúnen todos los programas de

³ (Universidad del Rosario, 2015)

⁴ Foreign Assistance Act (FAA)

cooperación vigentes en la época bajo un solo techo, y se crea la USAID⁵. Asimismo, delimita qué criterios cumplen los países que pueden ser receptores de la ayuda estadounidense y en qué casos se prohíbe otorgar recursos de la Agencia. Durante el cuatrienio comprendido entre los años 2010 a 2014, la Presidencia de la República – mediante la ley 1444 de 2011 y el decreto 4152 del 3 de noviembre de 2011 – crea la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional (APC) Colombia, como la entidad del Estado encargada de “gestionar, orientar y coordinar toda la Cooperación Internacional pública, privada, técnica y financiera no reembolsable, que reciba y otorgue el país” (APC - Colombia, 2014).

La APC y USAID⁶, después de un año de negociaciones, suscriben en Junio 12, 2015 el *Acuerdo de Donación para Objetivos de Desarrollo (Development Objective Grant Agreement – DOAG) No. 514-DOAG-514-0*⁷ que busca prestar cooperación al Gobierno de Colombia para expandir la presencia del Estado, reconciliación, crecimiento económico del campo y recuperación y protección ambiental. Este documento estará vigente desde el año 2014 hasta el 2018.⁸ Este Acuerdo “se suscribe en desarrollo de y conformidad con los términos y condiciones del *Convenio General para Asistencia Económica, Técnica, y Afines* entre los Estados Unidos de América y Colombia, de fecha 23 de julio, 1962”, por lo que se constituye en la más reciente fase de una cooperación que lleva desarrollándose más de 50 años. El DOAG firmado en 2014 es solo una continuación del convenio de 1962, que lo actualiza, lo hace relevante para las

⁵ United States Agency for International Development

⁶ El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia es también una parte signataria de este documento, que cumple funciones específicas de facilitación de la firma del Acuerdo, pero no está involucrado en la operación día-a-día del mismo.

⁷ (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015)

⁸ El texto del acuerdo dice que “Este Acuerdo está diseñado dentro del contexto de la Estrategia de Cooperación para el Desarrollo del País de USAID 2014-2018 para la República de Colombia y dentro del contexto del objetivo general de dicha Estrategia”. Aun así, la fecha de firma del acuerdo fue el 12 de Junio de 2015 y estará vigente hasta el 30 de Septiembre de 2019.

circunstancias económicas y políticas actuales y lo ajusta para su implementación. Es de esperar que un implementador local – definido como una persona natural o jurídica establecida en el país beneficiario que posee la capacidad y la responsabilidad de asistir a USAID para alcanzar un objetivo de desarrollo – tenga un conocimiento operativo de este marco legal que le permita identificar los mecanismos a su disposición (lo que incluye, entre otros: protestas, solicitudes de información post-adjudicación, evaluaciones periódicas, etc.) para mejorar su desempeño, proteger sus derechos, solicitar indemnizaciones o – en el caso del donante – imponer su voluntad sobre las partes que se vinculan en un instrumento de cooperación.

1.3.2 ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Actualmente, el problema de investigación planteado en esta tesis no ha sido investigado por autores de habla hispana. Entre las causas para esta situación actual encontramos que la intención del Gobierno de EE.UU. de contratar entidades del país receptor no ha tenido un impulso real y efectivo hasta que se incorporó dentro del CFR el 2 CFR 200 (analizado en el apartado 1.7.2 de este artículo), lo que hizo que el tema no fuera relevante para las audiencias objetivo de este trabajo.

Esta nueva regulación existe como un instrumento para ayudar a que la FAA tenga un impacto real dentro de la cooperación internacional, por lo que el análisis de esta ley estatutaria entrega el contexto necesario para que los implementadores locales interesados en iniciativas de desarrollo entiendan su papel en el esquema de la USAID. Sin embargo, como en el caso del 2 CFR 200, la investigación del autor no encontró ninguna literatura publicada en español que tratara este problema de investigación hasta la fecha, así como ningún autor nacional que hubiera realizado algún trabajo sobre este marco legal.

Ámbito de aplicación del marco legal de EE.UU. para un contrato internacional

Cabe resaltar que el marco legal presentado en este trabajo no hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, y por esto un implementador local no puede recurrir a la justicia colombiana para resolver una controversia contractual originada en un instrumento de cooperación con el Gobierno de EE.UU. El ámbito de aplicación de este marco legal se extiende a todos los mecanismos a través de los que el Gobierno de EE.UU. ejecuta sus recursos en su país o en el extranjero. Ningún implementador local está obligado a licitar para recibir recursos de cooperación del Gobierno de EE.UU., pero en el momento que se hacen parte de un instrumento de cooperación, “Las entidades no federales deben cumplir con los requerimientos de esta legislación, independientemente de si la entidad no federal es un receptor o un sub-receptor de una adjudicación federal” (US Government Publishing Office, 2018).

De acuerdo con el derecho internacional privado, la regulación que se aplica en el desarrollo de estos instrumentos de cooperación es el marco legal de contratación analizado aquí, y excluye cualquier legislación de los países receptores. Dicho en otros términos, si un implementador local acepta los fondos del Gobierno de EE.UU., también acepta su regulación, su ámbito de aplicación y los foros de solución de controversias contractuales definidos previamente en la legislación, los cuales son presentados a lo largo de este trabajo.

1.3.3 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las actividades individuales bajo el acuerdo bilateral entre el Gobierno de EE.UU. y el Gobierno de Colombia (DOAG) cumplen objetivos de desarrollo, que son metas estratégicas de mejora planteada como el “deber ser” para una situación de vulnerabilidad en una población o área geográfica determinada. Estos se realizarán

mediante instrumentos de cooperación, los cuales son mecanismos legales utilizadas por el Gobierno de EE.UU. para implementar actividades en beneficio de un país receptor. Es necesario anotar que la vigencia de los DOAG es de cuatro años, pero que la cooperación entre EE.UU. y Colombia se ha extendido por un periodo de tiempo superior al de los DOAG. Por ello, la indagación no se circunscribe al DOAG vigente, sino que abarca el problema de implementación que tienen los programas de USAID en Colombia.

De acuerdo con su propósito legal, se dividen en instrumentos de adquisición (contratos) e instrumentos de asistencia (acuerdos cooperativos y donaciones). Los Instrumentos de Adquisición (contrato) se basan en una relación legal mutuamente vinculante y se utilizan cuando el propósito principal de la actividad a ser financiada es la adquisición de bienes o servicios – mediante préstamo, arrendamiento o canje – de bienes o servicios para el beneficio directo de USAID u otra entidad del Gobierno de EE.UU. (USAID, 2015). Por otra parte, los instrumentos de asistencia (acuerdos cooperativos y donaciones) se basan en una relación de confianza mutua entre las partes y se utilizan cuando el propósito principal de la actividad a ser financiada es la transferencia de dinero, bienes, servicios u otras cosas con valor monetario real a un implementador para la realización de un propósito público de apoyo o desarrollo autorizado por los estatutos federales (USAID, 2015).

Estos instrumentos están contenidos dentro del marco legal operativo de USAID, que consiste en el conjunto de leyes, estatutos, regulaciones, órdenes ejecutivas y jurisprudencia que delimitan los alcances de los instrumentos contractuales de que dispone USAID para trabajar en suelo extranjero. Ejemplos de los componentes de este marco legal son, aparte de la *Ley de Asistencia Extranjera (Foreign Assistance Act – FAA)*, el CFR (Office of Federal Register, 2015) y el *Reglamento de Adquisiciones Federales (Federal Acquisition Regulation – FAR)* (General

Services Administration - Department of Defense - National Aeronautics and Space Administration, 2005), que rigen a todas las agencias del Gobierno de EE.UU. Dentro de la regulación específica de la Agencia se encuentran el *Sistema de Directivas Automatizado (Automated Directives System – ADS)* y el *Reglamento de Adquisiciones de la Agencia para el Desarrollo Internacional (Agency for International Development Acquisition Regulation - AIDAR)* (USAID, 2015), los cuales constituyen complementos y suplementos del cuerpo legislativo presentado previamente.

La asistencia internacional para el desarrollo – en la forma en la que se conoce actualmente – tomó forma después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial en 1945. El Departamento de Estado de los EE.UU. – encabezado por su secretario, George C. Marshall – desarrolló un plan (comúnmente denominado “Plan Marshall”) que proveyó montos significativos de asistencia para el desarrollo a los países europeos devastados por el conflicto más grande que el mundo ha visto. Esta asistencia se proporcionó en dinero y en especie, tanto en temas financieros como en temas técnicos, y el éxito de este esfuerzo permitió que el continente europeo reconstruyera su infraestructura, fortaleciera su economía y le dio estabilidad política a la región, la cual no ha soportado un conflicto armado a gran escala entre sus países desde entonces.

Basados en este éxito, los EE.UU. propusieron un programa de asistencia internacional para el desarrollo, pero sus objetivos eran principalmente políticos y se basaban en contrarrestar la “amenaza comunista”, por lo que los países beneficiarios se decidían de acuerdo con su afinidad política. Ciertamente, una aseveración como la anterior no puede lanzarse a la ligera y sin sustento. Oficiales del Departamento de Estado – encabezados por el embajador George F. Kennan – abogaron por “una contención paciente pero firme, vigilante y de largo plazo de

las tendencias expansivas soviéticas” (American Council on Foreign Relations, 2016) como parte de lo que se llegó a conocer como la estrategia de “contención” dentro de la “Doctrina Truman” y que finalmente dieron origen a la *Organización del Tratado del Atlántico Norte* (OTAN).

El Gobierno de EE.UU. veía que la asistencia extranjera, por medio de la estabilización de la política interna de los países beneficiarios, la promoción de su desarrollo económico y la construcción de su poder militar, sería la mejor avenida para contraatacar la expansión soviética. El tratado era (y aun es) un instrumento de naturaleza militar, por lo que se requerían alternativas civiles que vieran más allá de la ya mencionada “amenaza comunista”.

Durante el período comprendido entre 1949 y 1960, los líderes de los EE.UU. establecieron agencias tales como la *Agencia para la Seguridad Mutua* (1951), la *Administración para Operaciones en el Extranjero* (1953) y la *Administración para la Cooperación Internacional* (1955), la cual existió hasta Septiembre 4 de 1961, fecha en la cual se firma la Ley Pública 87-195 o *Ley para la Asistencia Extranjera* (*Foreign Assistance Act - FAA*).

1.4 JUSTIFICACIÓN

Las iniciativas de desarrollo por parte de donantes extranjeros se han convertido en partes importantes de la estrategia del Gobierno de Colombia para ayudar a ciudadanos de escasos recursos, comunidades apartadas o desplazadas por la violencia. Desde un punto de vista más general, estas iniciativas han contribuido a mejorar la gobernabilidad, el respeto a los derechos humanos, la protección al medio ambiente y la búsqueda de la paz – definida como la ausencia de confrontación armada en un país (Real Academia de la Lengua Española, 2016) – entre los distintos actores del actual conflicto colombiano.

La APC está facultada para actuar como el interlocutor oficial entre la comunidad internacional y las instituciones colombianas en materia de coordinación y gestión de programas, proyectos e iniciativas de Cooperación Internacional (APC - Colombia, 2014), por lo que esta agencia se encuentra en una posición ideal para servir de facilitador y orientador para los implementadores locales interesados en trabajar con USAID – y de una manera más amplia – con el Gobierno de EE.UU. Como parte de su estrategia general de trabajo, USAID debe ayudar a construir capacidad de respuesta por parte de los gobiernos de los países que reciben su asistencia y los implementadores locales que puedan llevar a cabo actividades de beneficio para los habitantes de esos países, con el fin de reducir la necesidad de asistencia externa en el futuro. Para reducir esta necesidad, los planes de trabajo deben incentivar el uso de implementadores locales, que se conviertan no solo en receptores, sino en proveedores de capacidad local que puedan recibir instrumentos de cooperación e incentivar a otros implementadores a replicar sus logros. La iniciativa *USAID Forward* para estimular la contratación a implementadores locales tiene tres objetivos (USAID, 2016):

- Producir resultados a una escala significativa a través del fortalecimiento de la Agencia,
- Promover el desarrollo sostenible mediante asociaciones y soluciones locales de alto impacto, e
- Identificar y mejorar soluciones innovadoras y que rompan los paradigmas, a desafíos intratables para el desarrollo internacional.

Estos objetivos solo se pueden alcanzar cuando todas las partes encargadas del diseño y la implementación de estas estrategias conocen los mecanismos que tienen a su disposición, operan sin el temor a transgredir las leyes o la regulación y dan rienda suelta a su creatividad para resolver los problemas especiales a los que

la cooperación internacional – por su naturaleza social y su enfoque sin ánimo de lucro – se enfrenta diariamente.

Este trabajo pretende ser un punto de partida para investigaciones jurídicas más detalladas sobre este marco legal. Sin embargo, la investigación realizada no encontró doctrina jurídica en español que trate sobre el problema jurídico planteado o que avance los objetivos propuestos en el trabajo. Por esta razón cada uno de los artículos anexa las traducciones del autor de cada una de las regulaciones analizadas. Esto redundará en mejores posibilidades de comprensión y utilización práctica del análisis socio-jurídico realizado.

1.5 OBJETIVOS PROPUESTOS

Este artículo dará mecanismos de comprensión básica para que los lectores que no están familiarizados con los temas aquí tratados puedan informarse y deseen conocer en mayor profundidad cuál es el fundamento para que esta cooperación haya nacido y sea uno de los temas de mayor vigencia en las relaciones internacionales. Por último, el propósito del trabajo de grado es compilar todos los temas que atañen al giro ordinario del negocio de la agencia en una forma organizada, que permita acceder a una comprensión operativa de la utilidad que sus labores en contratación tienen para el gobierno del país que presta la asistencia, del país receptor y los individuos que se benefician de dicha asistencia.

Problema de investigación

¿Cómo se aplica el marco legal de contratación de USAID en el extranjero?

Este problema de investigación se plantea debido a la falta de comprensión de los mecanismos de cooperación de USAID con Colombia, pues el marco legal que los contiene permanece inexplorado por aquellos a cargo de su implementación. Este desconocimiento se presenta durante las tres etapas de la implementación (pre-

contractual, contractual y post-contractual). Para poder entender el problema de investigación aquí planteado, el desarrollo de este artículo se enfocara en dos objetivos específicos:

- 1) Análisis de la legislación norteamericana que autoriza a USAID a cumplir su misión,
- 2) Análisis de la regulación que permite que los implementadores locales puedan presentar iniciativas de desarrollo válidas y sean partícipes de la cooperación entre EE.UU. y Colombia.

1.6 METODOLOGÍA UTILIZADA PARA OBTENER LOS OBJETIVOS PROPUESTOS

Este trabajo de grado está clasificado como un proyecto de investigación socio-jurídica, en el cual se “estudia la relación del mundo jurídico con la realidad concreta (especialmente el fenómeno de la validez normativa). En este caso estamos hablando de una relación Derecho-sociedad”⁹. En la realización de esta investigación, se utilizaron los siguientes métodos:

1.6.1 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO

INVESTIGACIÓN TEORICO-DOCUMENTAL: Esta es una de las principales líneas seguidas en el desarrollo de este trabajo, pues la recolección de los datos se realizara en amplia medida mediante fuentes documentales. Estas fuentes documentales han sido claramente identificadas en el cuerpo y la bibliografía del trabajo de grado, así como en cada uno de los artículos que la componen.

Uno de los desafíos que deben afrontar los investigadores interesados en este tema de estudio es la escasez de documentación sobre los fundamentos legales de

⁹ (USTA, 2008)

USAID en idioma español. Esto se debe a que la agencia – hasta el año 2014 – exigía que los implementadores que deseaban obtener instrumentos de cooperación tuviesen una cierta capacidad bilingüe que les permitiera entender las expectativas de la Agencia y desempeñar sus funciones sin mayores tropiezos. En la práctica sin embargo, el resultado de esta política fue cerrar las puertas a organizaciones capaces de hacer el trabajo pero que carecían de esa capacidad bilingüe.

A partir del año 2015, la Agencia comienza a aceptar que los documentos soporte – incluidos en las propuestas y aplicaciones – fuesen presentados en su idioma original. Esta iniciativa – que en su momento fue vista como un gran avance – se reveló insuficiente para estimular a los implementadores locales a competir por los instrumentos de cooperación y su impacto no ha sido significativo.

En vista de lo aquí expresado, uno de los objetivos principales de este ejercicio investigativo es presentar el marco legal de contratación de USAID y su aplicación en Colombia, pero no simplemente como una traducción del original. La investigación teórico-documental entrega al lector de este trabajo la legislación base para poder presentar propuestas y obtener instrumentos de cooperación y la interpretación del autor sobre esta legislación, entendida como un punto de vista que puede ser desafiado, contestado y desarrollado con más profundidad por nuevas investigaciones.

TRABAJO DE CAMPO: El uso del trabajo de campo complementa la investigación teórico-documental mencionada en el punto anterior. Esta técnica se utilizó para presentar estadísticas de adjudicaciones, tasas de éxito, entrevistas con implementadores locales ganadores y otros indicadores que permitirán tener un panorama más amplio de la situación a resolver. Las bases de datos presentadas asisten al investigador para establecer la validez de las conclusiones generadas en su utilización y la pertinencia de su uso.

1.6.2 TIPOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO

INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA: Con la cual se pretende identificar las características y distinciones del DOAG entre el Gobierno de EE.UU. y el Gobierno de Colombia que permite y regula el trabajo de USAID en este país.

Una vez se haya realizado una recolección de información y fuentes documentales que permitan tener un panorama general del estado actual de la cuestión, se procederá a analizar los datos compilados para avanzar en los objetivos presentados previamente en este documento.

INVESTIGACIÓN PROPOSITIVA: En esta fase de la tesis y dentro de los artículos de reflexiones originales que serán presentados, el investigador presentará su propuesta para solucionar los problemas que plantea la hipótesis de investigación.

Estos artículos deberán estar al alcance de los beneficiarios propuestos en la tesis (implementadores colombianos de iniciativas de desarrollo, USAID, APC Colombia, asesores e investigadores independientes) y ofrecer soluciones creativas a los desafíos encontrados en la investigación.

1.7 ARTÍCULO PRIMERO – MARCO LEGAL DE CONTRATACIÓN DE USAID EN COLOMBIA

El marco legal de contratación de USAID en Colombia incluido en este artículo consta de la *Ley de Asistencia Extranjera* de 1961 y el Capítulo 2, Sección 200 del *Código de Regulaciones Federales*. El artículo incorpora como apéndices traducciones – realizadas por el autor – de la normatividad analizada, para facilitar su lectura y comprensión. En este análisis, la legislación presentada se trabaja de acuerdo al orden en el que se encuentra consignada en los documentos originales.

No existe un orden alfabético o cronológico que permita presentarla de otra forma sin causar una confusión a los lectores que consulten simultáneamente la normatividad desde la fuente.

1.7.1 PARTE I – LEY DE ASISTENCIA EXTRANJERA (FAA) DE 1961 (LEY PÚBLICA 87-195)

Esta ley, promulgada en 1961 como consecuencia de una orden ejecutiva del presidente John F. Kennedy, separa por primera vez la asistencia militar de la asistencia humanitaria y reconoce que es una ley “para promover la política exterior, la seguridad y el bienestar general de los EE.UU. asistiendo a las gentes del mundo en sus esfuerzos hacia el desarrollo económico, su seguridad interna y externa y para otros propósitos” (Committee on International Relations - Committee on Foreign Relations, 2003, p. 4). Esta ley ha sido modificada más de 200 veces en años sucesivos desde 1962, con el fin de responder a las necesidades cambiantes de la asistencia extranjera.

La FAA expone la política de desarrollo exterior de EE.UU. y establece las condiciones bajo las cuales pueden proveer asistencia a otros países. Está dividida en dos partes, la primera presenta las políticas de asistencia humanitaria y para el desarrollo, mientras que la segunda trata de las políticas relacionadas con la asistencia militar y de defensa.

Para los propósitos de este escrito, solo se considera la Parte I mencionada aquí, pues la asistencia militar no es manejada por USAID, y para el caso colombiano, tampoco es recibida por la APC. La Parte I de la FAA consta de 12 capítulos y 124 secciones que definen los alcances de la legislación allí consignada, las cuales están organizadas de acuerdo al objetivo de desarrollo que buscan atender, y dentro de éste se ubican en orden alfabético. Mientras que el conocimiento y estudio de cada una de estas secciones es de gran importancia académica, para el caso

colombiano no todas las secciones aplican dentro de los objetivos de asistencia planeados por el Gobierno de EE.UU.

El criterio establecido por el investigador para seleccionar las secciones y capítulos a ser analizados se basa en el peso específico que cada sección tiene sobre el diseño de la *Estrategia País de Cooperación para el Desarrollo (Country Development Cooperation Strategy – CDCS)* para Colombia. Así pues, secciones tales como la sección 104 (Población y Salud), 124 (Países menos desarrollados), 129 (Asistencia a bancos centrales de países en transición), entre otras, han tenido muy poco o ningún peso dentro del diseño de la CDCS, mientras que las secciones que serán analizadas han parametrizado dicha estrategia, al ser claves para tratar los problemas de desarrollo en Colombia.

Aunque no se trate en este artículo, cabe resaltar que la Parte II establece condiciones para que un país pueda ser receptor de asistencia por parte de los EE.UU., como por ejemplo la Sección 502b, la cual prohíbe la entrega de asistencia o equipos de seguridad y/o control a los criminales a países cuyas malas prácticas en defensa de los derechos humanos hayan sido documentadas (excepto en casos especiales y con autorización expresa del Presidente). Esta sección tiene su equivalente en la Parte I, Sección 116, la cual especifica que dichas malas prácticas incluye tortura, desaparición forzada, detención prolongada sin levantamiento de cargos y castigos inusualmente crueles, inhumanos o degradantes. Además, castiga a aquellos países que no protejan adecuadamente a la niñez de ser explotada u obligada a servir en cuerpos armados legales o ilegales.

Para certificar el cumplimiento de estas condiciones, las investigaciones tienen en cuenta el grado de cooperación del país receptor con las investigaciones realizadas por organizaciones internacionales tales como la ONU o el *Comité Internacional de la Cruz Roja*, los resultados de anteriores esfuerzos diplomáticos para prevenir o

corregir estos actos y si el país receptor comete o tolera violaciones serias a la libertad religiosa. Este reporte debe ser presentado anualmente y las investigaciones no solo abarcan a los países receptores de asistencia, sino a todos los países que integran la ONU (U.S Government Printing Office, 2017).

1) Sección 101 – Políticas Generales

En esta sección, la norma procede a establecer las razones por las que proporcionar asistencia a otras naciones es beneficioso para los EE.UU. pues, de acuerdo con el texto de la ley¹⁰ “Las libertades individuales, la prosperidad económica y la seguridad del pueblo de los EE.UU. se mantienen y se mejoran dentro de una comunidad de naciones que respete las libertades y los derechos civiles y económicos individuales y que trabaje unida para utilizar sabiamente los limitados recursos del planeta en un sistema económico abierto e igualitario.

Adicionalmente, la norma reafirma los ideales humanitarios tradicionales del pueblo de EE.UU. y renueva su compromiso de ayudar a los habitantes de las naciones en desarrollo para acabar con la pobreza, el hambre, las enfermedades y la ignorancia” (U.S Government Printing Office, 2017)¹¹.

De acuerdo con lo anterior, los objetivos específicos de la FAA siguen tan vigentes hoy como el día en que la ley fue promulgada, a saber:

¹⁰ A menos de que se mencione específicamente otra acepción, el término “el Congreso” en este artículo se refiere al Congreso de los EE.UU.

¹¹ El ideal establecido en esta ley no se ha cumplido, antes por el contrario cada vez existen más poblaciones victimizadas por los cuatro males (Four Evils (Castella, 2012)) presentados arriba. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por múltiples causas tales como la explosión demográfica (la población mundial en 1960 era de tres mil millones de personas y para el año 2015 sobrepasó los siete mil quinientos millones (Total Population of the World by Decade, 1950–2050, 2017)), la mayor longevidad de los individuos (la expectativa promedio de vida en 1960 era de 53 años y en 2010 superó los 70 años (World Population Growth, 2017)), y la ralentización del desarrollo económico (pasando de un incremento promedio del PIB de los EE.UU. de 4.54% en la década de los 60 a 1.33% en la última década (U.S. GDP by Year Compared to Recessions and Events, 2017)) han significado que el presupuesto disponible sea reducido cada año y deba usarse para mitigar los efectos de los cuatro males para más personas que viven por más tiempo. Esto ha disminuido la efectividad de las intervenciones a nivel global, a pesar de que la calidad de las intervenciones individuales (acciones contra la pobreza y el hambre, vacunas, nivel de escolaridad) ha aumentado significativamente.

- Alivio de las peores manifestaciones físicas de pobreza en la mayoría de los pobres del mundo,
- Promoción de condiciones que permitan a los países en desarrollo lograr un crecimiento económico auto-sostenible y una distribución igualitaria de sus beneficios,
- Estímulo a procesos de desarrollo en los cuales los derechos civiles y económicos individuales sean respetados y mejorados,
- Integración de los países en desarrollo dentro de un sistema económico internacional abierto e igualitario, y
- Promoción de “gobernanza”¹² a través del combate a la corrupción y la mejora de la transparencia y la responsabilidad.

Estos objetivos proporcionan a las agencias encargadas de administrar la cooperación el “qué hacer”, pues son la medida del éxito en la ejecución de la norma. Pero la redacción de la ley evita proporcionar el “cómo hacerlo”, y la regulación que ejecuta la ley estatutaria también evita hacer esto de manera deliberada, pues la intención del legislador es promover enfoques innovadores por parte de los oferentes/contratistas para solucionar los problemas de desarrollo.

Como puede verse, para el caso colombiano, los objetivos de la FAA son de vital importancia para la sostenibilidad de nuestro país, pero la norma exige que exista un compromiso político y monetario por parte del gobierno del país receptor (sección 110), así como un cierto grado de participación de todos los sectores de la sociedad civil y el sector privado (secciones 102 y 116) para que la asistencia extranjera permita alcanzar grandes acuerdos nacionales y así poder aspirar a reducir la brecha entre un país desarrollado y un país receptor de asistencia.

¹² Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía – Definición de la Real Academia de la Lengua. (El uso del concepto de gobernanza o/y gobernabilidad en Colombia, 2017)

2) Sección 102 – Políticas de Asistencia para el Desarrollo

DESCRIPCIÓN

En esta sección, la ley reconoce la magnitud de la tarea impuesta arriba, así como el hecho de que los países en desarrollo no están en capacidad de alcanzar esas metas por sí mismos, acepta que los países “ricos” (término usado en la época en la que se promulga la ley para los países desarrollados) deben tener un compromiso de largo plazo para contribuir con recursos adicionales para el desarrollo y recomienda que sean los EE.UU. quienes tomen la delantera – en coordinación con otras naciones – para movilizar recursos públicos y privados para dichos fines.

Así mismo establece que la asistencia para el desarrollo debe contextualizar y respetar las diferencias entre los países receptores y adaptar las actividades a la necesidad particular, lo que evita el concepto del enfoque único que ha demostrado no ser exitoso. La norma apunta a que los países receptores sean los principales artífices de sus estrategias de desarrollo y la asistencia de los EE.UU. sea un facilitador para hacer realidad esas metas específicas, y señala además que estos países deben demostrar que la asistencia está siendo apropiadamente utilizada para el beneficio de sus habitantes, además de establecer los criterios para medir el éxito de las acciones ejecutadas.

Este capítulo también apunta a proveer la asistencia para el desarrollo con un enfoque de género y protección a las poblaciones vulnerables (niños, adultos mayores, personas en condición de discapacidad, minorías por razones de orientación sexual, política o religiosa) y eliminar las barreras para el desarrollo de esos grupos poblacionales.

La ley establece que los principios para llevar a cabo los propósitos de asistencia serán:

- La responsabilidad del desarrollo es del pueblo de los países en desarrollo. La asistencia de EE.UU. apoyará los esfuerzos de auto-ayuda de estos países y dará mayor énfasis en apoyar a países que respondan positivamente a este enfoque.
- La planeación del desarrollo es responsabilidad de cada país soberano, y la asistencia de EE.UU. colaborará para apoyar las metas de desarrollo elegidas por el país receptor.
- Esta asistencia priorizará las iniciativas gubernamentales que mejoren el nivel de vida de sus habitantes más pobres y mejoren su capacidad de participar en el desarrollo de sus países.
- Para decidir en qué países se concentrará la asistencia, la norma entrega criterios para que el Presidente de EE.UU tome decisiones informadas y consistentes al respecto. Estos criterios son:
 - o Productividad agrícola y uso intensivo de mano de obra campesina,
 - o Reducción de la mortalidad infantil,
 - o Control de la explosión demográfica,
 - o Promoción de la equidad en la distribución del ingreso,
 - o Reducción de las tasas de desempleo/subempleo
 - o Disminución del analfabetismo
 - o Compromiso en el combate de la corrupción y mejora en los índices de transparencia y responsabilidad de los sectores públicos y privados.

Basado en estos principios generales, la ley garantiza el compromiso continuado de los EE.UU. con el desarrollo global y refuerza su liderazgo en esta materia.¹³

¹³ El monto de la asistencia para el desarrollo de los EE.UU. para el año fiscal 2015 fue de \$28.5 billones de dólares, que corresponde al 24.2% de la asistencia de todos los países donantes. (OFFICIAL DEVELOPMENT ASSISTANCE, 2017)

ANÁLISIS

La norma entrega a las agencias los parámetros que la regulación y la interpretación de las demás secciones deben seguir, y esa es su razón de ser dentro de la FAA. Por esta razón, la ley es deliberadamente amplia y si se quiere, vaga, pues como ya se mencionó, esta flexibilidad estimula la innovación, libera a las agencias de la minucia del diseño de sus actividades, promueve la competencia y traslada la carga del diseño del “como” a los proponentes interesados, que ya son expertos en la materia objeto de los instrumentos contractuales.

Uno de los aspectos más interesantes de esta sección es el enfoque diferenciado que la norma proporciona para proveer asistencia a países que se encuentren en distintas fases de desarrollo. Por ejemplo, para países que tengan un bajo ingreso per cápita y presenten dificultades para acceder al financiamiento externo, la asistencia será prestada en términos concesionales, es decir, sin contraprestación alguna ni obligación de parte.

Este es un dato no menor, pues durante el diseño de la CDCS, los distintos portafolios de asistencia deben tener en cuenta el contexto país bajo el cual están operando. Por ejemplo, en un país como Haití, con instituciones débiles, bajos niveles de gobernabilidad y altos índices de corrupción, la asistencia no requiere mayor compromiso del gobierno o garantía de devolución de los recursos.

Por otro lado, para países que – como Colombia – están en una situación de menor subdesarrollo y cuenten con mayores oportunidades de asegurar financiamiento multilateral a bajo costo, la asistencia deberá apuntar a la realización de actividades que faciliten su acceso a mercados privados de capitales, inversiones y desarrollo de habilidades y capacidades técnicas que representen beneficio para el pueblo de EE.UU. y sean financiados – total o parcialmente – con recursos compartidos del país receptor, otros donantes y/o el sector privado (Council on Foreign Relations,

2017).

3) Sección 103 – Agricultura, Desarrollo Rural y Nutrición

DESCRIPCIÓN

Los objetivos de esta sección son los siguientes:

- Evitar el hambre, las hambrunas y la desnutrición,
- Expandir significativamente la provisión de servicios básicos a los pobres rurales para mejorar su capacidad de auto-sostenerse, y
- Crear empleo rural en granjas y fuera de ellas para proveer una base económica más viable, para mejorar los salarios, estándares de vida y las contribuciones de la población rural al bienestar económico y social de sus países.

Asimismo, esta sección también proporciona algunos de los mecanismos que pueden utilizarse para propiciar el desarrollo propuesto, tales como la creación y el fortalecimiento de instituciones locales de orden gubernamental, financiero y empresarial – intensivas en mano de obra – y sistemas e infraestructura para el mercadeo de los productos rurales. Para complementar estos mecanismos, la Sección 103 también provee la autoridad necesaria para cooperación en el desarrollo de caminos rurales, sistemas de manejo del agua, mejora de suelos e instalaciones de almacenamiento agrícola.

ANÁLISIS

En Colombia en particular, la USAID acaba de adjudicar – 2 de Marzo de 2017 – la actividad de “*Alianzas Comerciales de Productores y Mercados de USAID (PMA)*”¹⁴, cuyos objetivos son exactamente los que se describen en esta sección, y están asociados de manera directa con el apoyo del Gobierno de EE.UU. a los

¹⁴ <https://www.usaid.gov/news-information/fact-sheets/red-producers-markets-alliance>

acuerdos de paz de la Habana en general, y específicamente con el aspecto del desarrollo rural integral.¹⁵

Es de resaltar que aunque esta es la actividad más recientemente contratada en esta área, el trabajo de la USAID ha tenido iniciativas similares en Colombia desde su llegada al país, y en los últimos 15 años ha implementado los programas de *Desarrollo Alternativo Municipal (ADAM)*, *Mas Inversión para el Desarrollo Alternativo Sostenible (MIDAS)* y las actividades de *Colombia Responde (CELI Norte/Sur, Central y Montes de María)* que – en coordinación con los gobiernos locales y nacionales – coadyuvaron a elevar el nivel de vida, la escolaridad y las oportunidades económicas de comunidades afectadas por el conflicto armado, la economía ilícita y el aislamiento geográfico (Correa D. P., 2017). Así pues, la utilidad de esta sección para la relación Colombia-EE.UU. es evidente y se sustenta en amplia evidencia tangible.

Otro de los aspectos importantes – que demuestra el compromiso del Gobierno de EE.UU. con el tema – es el lenguaje incluido en esta sección que asocia al desarrollo rural con la protección medioambiental y permite establecer programas enfocados en la prevención, adaptación y mitigación de los efectos de la deforestación en los países en desarrollo.

Es clave para quienes deben implementar la ley que se señale el camino para evitar que las actividades de conservación de bosques y selvas se desarrollen de manera antagónica a las actividades de desarrollo rural, pues la ampliación de la frontera agrícola requiere de un esfuerzo concertado entre ambientalistas, economías rurales y las comunidades residentes en el área. Solo así puede considerarse cualquier desarrollo rural como una actividad socialmente necesaria, económicamente viable, ambientalmente responsable y sostenible a largo plazo.

¹⁵ (Acuerdo de Paz de La Habana, 2017)

Por último, esta sección autoriza las actividades de investigación y desarrollo para la agricultura, y prioriza las necesidades de los pequeños agricultores con el fin de aumentar la productividad, maximizar los beneficios de estos agricultores y compartir los resultados de la investigación de la manera más amplia posible para convertirlos en multiplicadores que mejoren el proceso productivo del minifundio.

4) Sección 110 – Costos compartidos y limitaciones de fondos

DESCRIPCIÓN

A pesar de su brevedad, esta sección es de capital importancia para las relaciones bilaterales entre el Gobierno de EE.UU. y el gobierno del país receptor, pues impide que se preste cualquier tipo de asistencia para el desarrollo bajo esta ley hasta que el gobierno del país beneficiario se haya comprometido a contribuir con – por lo menos – el 25% de los costos de los programas de desarrollo, de una manera real y verificable. Esto obliga a las agencias que prestan esta asistencia a presentar y socializar las actividades que se proponen llevar a cabo, y que estas sean aceptadas e interiorizadas por el país beneficiario, el cual deberá soportar parte de la carga financiera de la actividad.

ANÁLISIS

Para el caso colombiano, esta negociación ocurre de manera “macro” cada 4 años. En esta negociación, la USAID presenta a la APC la CDCS (Country Development Cooperation Strategy, 2017), la cual contiene las actividades planeadas para el próximo cuatrienio. Cuando la APC ha socializado la CDCS y el Gobierno de Colombia ha aceptado las actividades propuestas, representantes de ambos gobiernos redactan y firman el DOAG, mediante el cual aseguran la destinación de los fondos de ambos gobiernos, los objetivos que se lograrán con esos fondos y la distribución de los fondos entre los distintos objetivos de desarrollo. Esta firma

“saca de circulación” los fondos para el Congreso e impide que sean comprometidos en otras actividades durante la vigencia del DOAG. De todas formas, estos fondos deben utilizarse con prontitud y eficiencia, pues a pesar de que es muy difícil que el Congreso autorice reprogramar esos fondos, no es imposible y – como se ha evidenciado desde las elecciones de 2016 en EE.UU. – las prioridades políticas pueden cambiar el enfoque de la asistencia para el desarrollo y los dineros disponibles para la misma.¹⁶

5) Sección 116 – Derechos Humanos

DESCRIPCIÓN

Esta sección describe las limitaciones que la norma impone a los países receptores de asistencia para el desarrollo en los aspectos relacionados con los Derechos Humanos. Establece que la agencia que otorga los fondos debe hacer una verificación de tópicos tales como la protección de la niñez contra el reclutamiento forzoso, la servidumbre y/o los abusos de naturaleza sexual. También la protección contra la tortura, detenciones arbitrarias y cualquier otro atentado contra la vida, la libertad y la seguridad de las personas como derechos humanos reconocidos internacionalmente. Aun así, permite la asistencia para países que padezcan de estos problemas, siempre y cuando la agencia pueda demostrar que dicha asistencia beneficiará directamente a las personas necesitadas de ese país.

Dentro de esta sección se proveen lineamientos específicos de como certificar el cumplimiento de la ley, estos son:

- Estado de la protección a los derechos humanos reconocidos internacionalmente,
- Estado de la protección a la niñez contra el trabajo indeseado y la

¹⁶ Esta sección se ubica en este lugar dentro de la norma, habida cuenta de su clasificación alfabética, por lo que hay una desconexión entre los contenidos de esta y las secciones aledañas. (n. del a.)

explotación,

- las votaciones de la comisión de la ONU para los derechos humanos, y
- el estado de la protección a los refugiados, entre otros.

Además, exige investigaciones detalladas sobre estos aspectos para establecer si se puede desembolsar la asistencia propuesta o no. Esto con el fin de seguir un proceso justo y no impedir las actividades de desarrollo sin una base tangible, pues al considerar que la asistencia debe beneficiar a los pueblos y no a los gobiernos, las poblaciones no se beneficiarían si su gobierno es infractor de los aspectos ya señalados y serían victimizadas nuevamente.

ANÁLISIS

Se exige un reporte anual para el Congreso sobre estos temas para cada uno de los países que reciben asistencia y estos reportes toman en consideración variadas fuentes tales como la ONU, agencias de cooperación de otros países, otros donantes, etc., y asigna fondos específicos para el desarrollo de estos reportes. Por último, condena y establece consecuencias claras¹⁷ para el tráfico de personas y el grado de tolerancia que los gobiernos de los países beneficiarios tengan sobre los criminales que ejercen estas actividades o los protejan.

Una ley solo es efectiva mientras establezca claramente las infracciones que tipifica, y las consecuencias de estas infracciones. Esta sección – y su contraparte para la asistencia militar, la sección 502 – tiene el contenido adecuado y los mecanismos necesarios para garantizar que la FAA sea efectiva y ayude a mejorar las condiciones de vida de las personas que habitan los países en desarrollo que se benefician de la asistencia del Gobierno de EE.UU.

¹⁷ Consecuencias tales como: prohibición de asistencia militar y para el desarrollo y acceso restringido a fuentes de financiación multilateral. Estas consecuencias han sido aplicadas a países como Argentina, Chile, Uruguay y Sudáfrica, durante la década de los 70 y más recientemente en Argelia, Chad, Nigeria, Siria y Turquía. (Cohen, 2017)

Cabe anotar que para Colombia, el 15 de septiembre de 2011 se emite la *Determinación y Certificación* respecto de los Derechos Humanos¹⁸, en la cual se establece que las observaciones relacionadas con la interinidad de la Fiscalía, la aprobación del nuevo Código Penal Militar y los esfuerzos en el combate a los grupos armados ilegales y la corrupción eran adecuados para atacar las recomendaciones de reportes anteriores, refuerza el compromiso de los EE.UU. con Colombia y aprueba el desembolso de nuevos recursos de cooperación (Department of State, 2017).

6) Sección 117 - Medio Ambiente y recursos naturales

DESCRIPCIÓN

En esta sección la norma señala la importancia de impedir la continua degradación de los recursos naturales en los países en desarrollo, pues estos eventos deterioran la capacidad de satisfacer las necesidades humanas básicas, lograr desarrollo económico sostenible y prevenir tensiones internacionales y conflictos. La ley también ordena a EE.UU. tomar el liderazgo en el desarrollo y revisión de políticas medioambientales seguras y cooperar extensamente con los países en desarrollo para alcanzar un desarrollo ambientalmente adecuado.

La FAA autoriza al Presidente a entregar asistencia destinada a desarrollar y fortalecer la capacidad de los países en desarrollo para proteger y gestionar adecuadamente sus recursos naturales. También ordena promover políticas de restauración de la tierra, la vegetación nativa, el agua, la vida silvestre y todos aquellos bienes ambientales sobre los cuales dependen el crecimiento económico y el bienestar humano, especialmente de las poblaciones más vulnerables.

ANÁLISIS

¹⁸ Determination and Certification of the Colombian Government with Respect to Human Rights Related Conditions - <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/09/172462.htm>

Antes de tomar cualquier iniciativa a este respecto, debe considerarse el impacto de estas actividades en el medioambiente, por lo que la norma obliga a realizar análisis de impacto y análisis medioambientales completos para cualquier programa propuesto con fondos de asistencia extranjera. Los procedimientos requeridos por esta sección se desarrollan con más detalle dentro del Capítulo 2 del CFR, Sección 216, pero para enmarcar el aspecto medioambiental de los programas de cooperación, la agencia desarrolla las *Evaluaciones Ambientales Iniciales (Initial Environmental Examinations – IEE)*. Estos documentos utilizan la regulación mencionada para hacer el correspondiente estudio del área geográfica y evaluar el impacto ambiental que pueden tener las actividades propuestas dentro del CDCS.

En Colombia, la oficina de iniciativas medioambientales de USAID realizó la evaluación LAC-IEE-15-02¹⁹, mediante la cual demostró que los efectos ambientales de la CDCS podían ser significativos²⁰, y por consiguiente, los implementadores deben proponer iniciativas de prevención, mitigación y adaptación al cambio climático a nivel de cada adjudicación federal.

7) Sección 126 – Desarrollo y Narcóticos

DESCRIPCIÓN

Esta sección es utilizada para que la norma reconozca los desafíos que presentan el cultivo y comercialización ilícita de narcóticos para el desarrollo sostenible, y la victimización que este tráfico hace de las poblaciones más pobres de los países más vulnerables.

Para hacer frente a este problema, la FAA establece que la mejor solución

¹⁹ LAC-IEE-15-02 - <http://gemini.info.usaid.gov/repository/pdf/41981.pdf>

²⁰ Dentro de las iniciativas propuestas, los impactos más significativos los causan las actividades de construcción, el uso de pesticidas y fertilizantes y el procesamiento de cultivos y sus subproductos (Office of Environment, USAID/Colombia, 2017)

disponible – además del control directo a la ilegalidad – es proveer a dichas poblaciones con alternativas lícitas de desarrollo económico sostenible, real y duradero. Por eso, asigna a la agencia encargada de proporcionar la asistencia las tareas de:

- Priorizar las actividades de desarrollo alternativo,
- Socializar los efectos de la producción y comercialización ilegal de narcóticos, y
- Compartir su experticia y conocimiento de los problemas del desarrollo con otras agencias del Gobierno de EE.UU. responsables del control directo al narcotráfico para desarrollar soluciones conjuntas.

ANÁLISIS

Como se menciona en el estudio de la Sección 103, las actividades para el desarrollo económico sostenible son uno de los pilares de la operación de USAID en Colombia, pero mientras que el programa PMA fortalece a las organizaciones que ya están operando de manera habitual para que se fortalezcan, las autoridades de esta sección están enfocadas a alcanzar a aquellas organizaciones y/o grupos de ciudadanos que desean abandonar la economía ilícita, pero no cuentan con el conocimiento, los fondos o el apoyo necesario para evitar volver a ser victimizados por quienes se lucran de su actividad.

Con el fin de cerrar esta brecha en el cubrimiento, USAID lanzó *el Programa de Desarrollo Comunitario y Oportunidades Lícitas (Community Development and Licit Opportunities – CDLO)* cuyo propósito es “fortalecer la capacidad de las comunidades afectadas por el conflicto para ser socios efectivos y confiables con el estado Colombiano y el sector privado en la implementación de actividades integrales de desarrollo económico y social, incluyendo la promoción de la sustitución de cultivos ilegales y el desarrollo alternativo” (DEVEX, 2017). Esta

actividad estará enfocada únicamente en organizaciones de base y aquellos que se “gradúen” como socios efectivos y confiables” podrán después acceder a las actividades y beneficios del programa PMA ya mencionado. Así responde la agencia en Colombia a la responsabilidad que la ley le asigna en esta sección.

Como se explica al comienzo del artículo, aunque toda la norma es obligante para las agencias de los EE.UU. que operen en el extranjero, las secciones aquí expuestas dieron forma al diseño de la CDCS que fue concertada entre USAID y el Gobierno de Colombia y refuerzan el compromiso de EE.UU. con el desarrollo del país y la solución a los problemas contemplados en la Sección 101 que se presentan en nuestro país.

Esta norma entrega la autoridad para prestar asistencia para el desarrollo, pero también se requiere la autoridad para hacer contratos, suscribir convenios y hacer donaciones a nombre del Gobierno de EE.UU. Así surge el CFR, el cual es analizado a continuación.

1.7.2 PARTE II – CÓDIGO DE REGULACIONES FEDERALES (CFR)

El CFR es la codificación anual de las reglas generales y permanentes que son publicadas en el Registro Federal²¹ por los departamentos y agencias de la rama ejecutiva del Gobierno de EE.UU.

El CFR está dividido en 50 títulos que representan las áreas más amplias sujetas a regulación federal. Cada título se divide en capítulos que se asignan a las agencias encargadas de emitir regulaciones sobre esa área en particular, los capítulos se dividen en partes, y las partes en secciones, las cuales son la unidad básica del código.

El propósito del CFR es presentar el texto oficial y completo de las regulaciones de

²¹ Diario Oficial del Gobierno de EE.UU., en circulación impresa desde 1935 y disponible en internet desde 1994 (Office of Management and Budget, 2017)

las agencias en una publicación unificada y estándar, así como proveer una referencia exhaustiva y conveniente para aquellos que necesitan conocer el texto de dichas regulaciones (National Archives, 2017).

Las regulaciones son también conocidas como “legislación administrativa”, pues su propósito es el desarrollo y la aplicación de las leyes estatutarias, por lo que la regulación tiene efecto similar a la ley²².

En este artículo se analizará el Título 2 (donaciones y acuerdos) y dentro de éste, las partes, subpartes y secciones que atañen directamente a la operación de USAID. De este modo, se profundiza en el 2 CFR 200, que proporciona la regulación de la *Oficina de Gestión del Presupuesto (Office of Management and Budget – OMB)*. Al igual que en el capítulo asignado a la FAA, mientras que otras partes de la regulación no incluidas en este artículo son ciertamente importantes, no afectan positiva ni negativamente el giro ordinario de la operación de la Agencia en Colombia y por lo tanto son excluidas del análisis presentado.

1) 2 CFR 200

Esta regulación fue emitida el 1º de enero de 2014 y también es conocida como la

²² De acuerdo con el Artículo 1, Sección 1 de la constitución de los EE.UU., “todos los poderes legislativos aquí concedidos deberán ser investidos en el Congreso de los EE.UU”. El pueblo de los EE.UU. delega en el Congreso, quien a su vez no puede volver a delegar. Esto conduce a preguntar ¿Cómo pueden las agencias ejecutivas emitir legislación, si – de acuerdo con la doctrina de no delegación – esto es una atribución exclusiva de la rama legislativa? La Ley estatutaria – por su misma naturaleza – no puede cubrir explícitamente todos los procedimientos administrativos requeridos por cada agencia. Por esta razón, la Ley de Procedimientos Administrativos permite delegar en las agencias de la rama ejecutiva la construcción de la regulación que administra la ley estatutaria que permite la operación de dichas agencias.

La doctrina Chevron (Center for Effective Government, 2017) indica que para determinar el alcance de la autoridad regulatoria, la Corte Suprema debe determinar el alcance de la ley estatutaria, esto es, si la norma trata específicamente el asunto en cuestión. Si es así, la Corte se remite a la ley estatutaria. Si no es así, la Corte debe determinar si la regulación establecida por la agencia se basa en una “interpretación permisible” de la ley estatutaria. Si la respuesta es afirmativa, la Corte debe remitirse a la regulación establecida por la agencia, dándole, de hecho, fuerza de ley.

Cuando este no es el caso, la Corte no desarrolla su propia regulación, sino que ordena a la agencia desarrollar la regulación apropiada. En la sentencia judicial INS vs. Chadha , se estableció que una vez que el Congreso delega su autoridad para redactar normas (rulemaking) de manera explícita y deliberada, debe obedecer su propia decisión hasta que esa delegación sea legislativamente alterada o revocada. (INS v. Chadha, 2017). Es bajo esta autoridad que las agencias promulgan las normas contenidas en el CFR.

“*Súper Circular*”, pues combina ocho regulaciones federales existentes previamente y tiene por objeto proporcionar reglas públicas claras que faciliten y hagan más fluida la relación entre la agencia que otorga los fondos y las entidades encargadas de llevar a cabo las actividades de desarrollo.

Esta norma permite mejorar la administración de los acuerdos y donaciones federales desde el momento de la solicitud inicial, hasta el cierre del convenio. Cabe acotar que – para Colombia – esta regulación no afecta directamente las relaciones entre los gobiernos del país donador y el país beneficiario, pues debido a la imposibilidad del Gobierno de Colombia de adaptar sus reglas de contratación a la regulación de otra nación, a la fecha – aparte de los DOAG – no ha sido posible acordar otros instrumentos de cooperación Gobierno a Gobierno por parte de USAID²³.

Este capítulo del CFR está organizado en seis subpartes de acuerdo a la naturaleza de la relación que regulan, así:

a. Subparte A – Acrónimos y Definiciones

DESCRIPCIÓN

Esta subparte consta de 99 secciones organizadas en orden alfabético en su idioma de origen y presenta la terminología necesaria para poder navegar e interpretar adecuadamente el resto de la parte 200 del CFR.

ANÁLISIS

²³ El *Rapid Appraisal Tool* es una herramienta que utiliza el Gobierno de EE.UU. para evaluar la capacidad de los gobiernos de los países receptores de ayuda para recibir y manejar los recursos de cooperación por sí mismos. Dentro de este análisis, uno de los criterios que más peso tiene es si las instituciones objetivo pueden adoptar partes de la legislación de los EE.UU. para minimizar el riesgo de fraude, desperdicios o abusos. El estudio, realizado en el 2012 para Colombia, no es público, por lo que no puede ser incluido como fuente bibliográfica para este artículo. Después de analizar la contratación de varias entidades tales como la Contraloría General de la Nación, FONADE, Unidad de Víctimas, entre otras, este estudio concluyó que no era posible que la contratación estatal de Colombia adoptara ningún tipo de legislación extranjera como norma supletoria de las leyes de contratación existentes, y eso excluye a las entidades estatales como posibles receptores directos de recursos federales (n. del a.).

Estas definiciones son claras y auto-evidentes, por lo que no ameritan un análisis profundo de cada una. De acuerdo con las formas idiomáticas del inglés, el lenguaje incluido es práctico y conciso, con el fin de facilitar su uso y aplicación. Sin embargo, es importante destacar tres definiciones que serán más claves para la comprensión de la norma. Para facilitar su comprensión, estas definiciones serán analizadas de manera derivativa y sin seguir el orden alfabético de la norma.

- *Adjudicación Federal (Federal Award) – 2 CFR 200.38*

DESCRIPCIÓN

El objetivo de esta sección es proveer el significado del término, que dependiendo del contexto puede ser (a) o (b)

- (a) Asistencia de tipo financiero que recibe una entidad no federal directamente de una agencia federal, o indirectamente, a través de otra entidad no federal, o contrato mediante la modalidad de reembolso de costos bajo el FAR que recibe una entidad no federal directamente de una agencia federal, o indirectamente, a través de otra entidad no federal.
- (b) Instrumento que establece los términos y condiciones de los acuerdos o contratos generados en (a). Estos instrumentos se dividen en donaciones, acuerdos cooperativos y otras transferencias de recursos (financieros y/o en especie), además de los contratos de reembolso de costos bajo el FAR. Es necesario mencionar que dentro de esta definición no se cubren los otros tipos de contratos (ej. precio fijo, tiempo y materiales, etc.) que la agencia usa. La razón es que el uso de otros tipos de contratos ignoran las externalidades (no económicas) inherentes a los propósitos públicos cuya consideración es fundamental para alcanzar los objetivos de desarrollo.

ANÁLISIS

Un caso práctico para apreciar la diferencia es el contrato de costo reembolsable entre USAID y FEDESARROLLO²⁴ para establecer la línea base de producción de narcóticos de los cultivos ilícitos en zonas afectadas por el conflicto. Este contrato se considera una adjudicación federal. Por otro lado, el contrato de precio fijo entre USAID y el Centro de Convenciones Windham²⁵ para la presentación de los premios “Mujeres con Coraje” no se considera una adjudicación federal, aún si ha sido otorgado por la Agencia.

- *Acuerdo de Donación (Grant Agreement) 2 CFR 200.51*

DESCRIPCIÓN

Los acuerdos de donación son instrumentos legales de asistencia financiera entre una agencia federal y una entidad no federal, o dos entidades no federales usando fondos federales. Su objetivo es regular la relación entre las dos entidades para la transferencia de recursos de valor monetario (financiero o en especie) para la consecución de un propósito público autorizado por la ley de los EE.UU.²⁶

ANÁLISIS

El propósito de un acuerdo de donación no puede ser la adquisición de un bien o servicio para beneficio directo del Gobierno de EE.UU. o la entidad no federal que adjudica el acuerdo. Por ejemplo, el acuerdo de donación entre USAID y *Foreign Language Institute*²⁷ para enseñar inglés a menores de edad de comunidades vulnerables en el Chocó persigue un objetivo de desarrollo de manera directa,

²⁴ AID-514-C-17-00001 -

<https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/RecipientProfile.aspx?DUNSNumber=881715841&FiscalYear=2017>

²⁵ AID-514-O-16-00031-

<https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/RecipientProfile.aspx?DUNSNumber=882865396&FiscalYear=2016>

²⁶ Para la asistencia extranjera, estos propósitos públicos están definidos por la FAA (n. del a.)

²⁷ AID-514-A-17-00004 -

<https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/RecipientProfile.aspx?DUNSNumber=881717839&FiscalYear=2017>

mientras que el contrato entre USAID y AVANTI²⁸ para enseñar inglés a empleados no bilingües de la agencia no consigue un resultado que avance los objetivos de la FAA de manera directa, y no podría adjudicarse como un acuerdo de donación. Cuando es necesario que la agencia participe en la implementación de la donación para alcanzar el propósito público, se requiere la utilización de un acuerdo cooperativo (Help with Regs, 2017).

- *Acuerdo Cooperativo (Cooperative Agreement) 2 CFR 200.24*

DESCRIPCIÓN

Un acuerdo cooperativo es también un acuerdo de donación. La diferencia radica en el nivel de “*Participación Sustancial*” (*Substantial Involvement*) (FHI 360, 2017)). La definición de este término no se encuentra en la ley estatutaria, y tampoco se encuentra en la regulación general. Por esto, corresponde a la agencia federal regular las condiciones de esta participación, de acuerdo con las políticas habilitadas para tal fin por la OMB en su circular 95-224 para la implementación de donaciones y acuerdos cooperativos (Office of Management and Budget, 2017). Para dar claridad a esta definición, debe mencionarse que USAID ha definido los elementos de participación sustancial como:

- Aprobación de los planes de implementación del receptor de los recursos,
- Aprobación de personal clave denominado específicamente,
- Colaboración y participación conjunta entre USAID y el receptor de los recursos en la implementación, y
- Autoridad de la agencia de detener y cancelar cualquier actividad de construcción dentro del acuerdo.

²⁸ AID-514-O-15-00015 -

<https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/RecipientProfile.aspx?DUNSNumber=881716682&FiscalYear=2016>

ANÁLISIS

Debido a la menor carga operativa que genera un acuerdo de donación comparado con un acuerdo cooperativo, la OMB sugirió en la circular ya mencionada su preferencia por el otorgamiento de acuerdos de donación en lugar de acuerdos cooperativos. Sin embargo, la necesidad de la agencia de asegurar la adecuada ejecución de los recursos entregados para actividades de desarrollo ha significado que en la práctica, en Colombia exista una relación de 9:1 entre el número de acuerdos de cooperación y acuerdos de donación, y de 20:1 entre el valor total de los recursos obligados a través de los dos tipos de acuerdos (Willis, 2017).

Para demostrar las distinciones entre los acuerdos cooperativos y los acuerdos de donación se dan dos ejemplos: El acuerdo de donación entre USAID y *The Nature Conservancy* (TNC)²⁹ tenía como objetivo determinar el estado de conservación de las cuencas hidrográficas de la región del eje cafetero. El objetivo de este estudio no necesitaba de la participación de USAID en ningún momento del proceso y por lo tanto, su adjudicación como un acuerdo de donación era procedente.

Por otra parte, cuando USAID estableció como objetivo la prevención, mitigación y adaptación de las consecuencias de las inundaciones estacionales en las poblaciones ribereñas de la cuenca hidrográfica del río Magdalena, celebró un acuerdo cooperativo, también con TNC³⁰. Este programa tenía elementos indeterminados que precisaban personal de características profesionales muy especiales, necesitaba un cronograma y un plan de ejecución preciso y pertinente, exigía retroalimentación y mediación constante entre USAID los habitantes de

²⁹ AID-514-G-10-00004 -

<https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/TransactionDetails.aspx?RecordID=6F5FDCEF-E16C-4F97-A501-5B33B25706E5&AwardID=14378331&AwardType=G>

³⁰ AID-514-A-13-00004 -

<https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/TransactionDetails.aspx?RecordID=03DA678A-22B1-65AA-9D63-82248FE86070&AwardID=2271179&AwardType=G>

dichas poblaciones y requería llevar a cabo actividades de construcción de farillones³¹ y obras de arte³² para disminuir los efectos de las inundaciones (Correa P. , 2017). Aquí, el acuerdo cooperativo proporcionó a USAID la capacidad de supervisión necesaria para asegurar el uso adecuado de los recursos y el alcance de los objetivos de desarrollo.

b. Subparte B – Disposiciones Generales

DESCRIPCIÓN

Esta subparte tiene 13 secciones (organizadas – como todas las subpartes a partir de esta – de manera derivativa) y el objetivo de las disposiciones generales es clarificar el propósito general de la parte 200 del CFR, así como aclarar que no se le deben imponer obligaciones adicionales a los implementadores, ni tampoco obligaciones que no sean consistentes con lo que se consigna en esta regulación.

Aclara también las subpartes que aplican a cada tipo de instrumento de cooperación y las excepciones (que no se otorgan a nivel de agencia, pues son estudiadas por la OMB caso por caso) y las leyes estatutarias que otorgan la autoridad para emitir la regulación (que, en el caso de la FAA, fue previamente explicada).

ANÁLISIS

Esta sección deposita en las agencias la responsabilidad de hacer cumplir la norma a los implementadores y, mediante esta delegación, establece requerimientos uniformes para las operaciones del Gobierno de EE.UU. A pesar de delegar esta responsabilidad, la OMB conserva la autoridad para revisar las actuaciones

³¹ Aunque la palabra farillón no está aceptada en el Diccionario de la Real Academia Española, con esto se pretende designar el crestón o parte de un filón que sobresale del suelo. En el caso específico de la prevención de inundaciones, los farillones son barreras de tierra construidas artesanalmente por las comunidades (n. del a.)

³² En ingeniería civil en Colombia se denomina obras de arte a aquellas estructuras tales como puentes, bóvedas, pontones, vados y alcantarillas – entre otras – utilizadas para el manejo de las aguas en construcción de carreteras.

individuales de las agencias destinadas a interpretar la norma, lo que asegura consistencia, efectividad y eficiencia en la implementación de la misma (Palacios, 2014).

La regulación presenta instrumentos de cooperación variados que pueden ser usados para enfrentar los múltiples desafíos del desarrollo, pero que para la USAID y el caso colombiano (por el estado particular del país y los objetivos específicos que se plantean en la CDCS) carecen de aplicabilidad. Por ejemplo, el *Programa Nacional de Almuerzos Escolares* y el *Programa de Asistencia Alimentaria de Emergencia* son asuntos que pueden ser de importancia para el país, pero deben ser atendidos por las autoridades locales.

c. Subparte C – Requerimientos pre-adjudicación y contenidos de los convenios federales

Esta subparte consta de 13 secciones y su objetivo es presentar instrucciones y otros asuntos pre-adjudicación que deben ser considerados en el proceso licitatorio de los instrumentos de cooperación. Asimismo indica cómo hacer uso de los avisos de oportunidades de financiación, cómo hacer uso de los criterios de revisión de méritos en las adjudicaciones federales y cómo hacer el análisis del riesgo que presentan los implementadores.

La norma obliga a la agencia otorgante a elegir entre los tres tipos de adjudicaciones federales (donaciones, acuerdos cooperativos o contratos), de acuerdo con las necesidades de implementación. También establece el contenido obligatorio de las solicitudes de los implementadores y de las adjudicaciones federales, y quiénes no pueden acceder a la financiación ofrecida. Como en la subparte anterior, mientras que todas las secciones incluidas dentro de esta subparte son de importancia para la operación, la norma es taxativa y el campo para análisis es limitado. Sin embargo, hay tres secciones que son capitales para

entender el marco operativo:

- *Uso de acuerdos de donación, acuerdos de cooperación y contratos – 2 CFR 200.201*

DESCRIPCIÓN

Esta sección impone a las agencias que otorgan financiación federal la obligación de escoger el mecanismo para acometer el objetivo de desarrollo entre las opciones ofrecidas por la norma y que se analizaron en la subparte correspondiente a acrónimos y definiciones. Además, la norma ofrece la opción de otorgar *Adjudicaciones federales de monto fijo*, que son instrumentos de cooperación para establecer pagos fijos a cambio de “avances” concretos predefinidos y previamente evaluados dentro del acuerdo.

ANÁLISIS

La mayor parte de esta sección se dedica a explicar en qué consisten las adjudicaciones de costo fijo, las cuales son utilizadas para construir las capacidades operacionales de organizaciones que no hayan contratado anteriormente con el Gobierno de EE.UU. La agencia otorgante desarrolla el presupuesto de estas adjudicaciones junto con el valor de los avances y otorga estas adjudicaciones a organizaciones de base con poca o ninguna estructura financiera, pero que poseen la capacidad técnica de implementar instrumentos de cooperación (Sullivan, Carter, & Zuskar, 2017).

El pago en avances preestablecidos evita que la agencia audite los costos reales que el implementador incurra en el desarrollo, lo que a su vez remueve el requerimiento de tener un sistema contable revisado y aprobado por la agencia. Con esta opción de adjudicación federal, la norma amplía la base competitiva de implementadores y aumenta la sostenibilidad de los esfuerzos de cooperación, lo

que permite que más entidades accedan a los recursos para el desarrollo.

Uno de los ejemplos de la utilización de este mecanismo en Colombia, es la donación de costo fijo entre USAID y *Solar Electric Light Fund*³³ para implementar un sistema de electrificación solar para la población indígena de Sabana de Crespo en el departamento del Cesar. Los avances se establecieron para un pago del 30% a la firma del acuerdo (para dar alguna medida de financiación a la naciente organización), 20% a la verificación de que todos los equipos necesarios fueran ubicados en el pueblo y el 50% restante a la recepción y aprobación del trabajo por parte de las autoridades indígenas de la localidad.

El uso de esta alternativa para la mitigación del elemento de riesgo por medio de estos avances – obligaciones claras, expresas y exigibles – permitió la adjudicación federal sin la auditoría previa que se requiere en las adjudicaciones federales por reembolso de costos, lo cual optimiza la solución del problema de desarrollo.

- *Oportunidades de financiación – 2 CFR 200.202/203*

DESCRIPCIÓN

En estas dos secciones, la norma clarifica la exigencia de hacer públicas las oportunidades de financiación que las agencias deciden ofrecer. También aclara qué características deben tener los avisos de oportunidad y hace saber a las agencias que las evaluaciones deben basarse en los criterios expresamente publicados dentro de los avisos de oportunidad, con el fin de hacer posible para todos los interesados competir justamente por los fondos federales.

ANÁLISIS

Los requerimientos presentados por estas secciones son muy específicos y son de

³³ AID-514-A-13-00002 - <https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/TransactionDetails.aspx?RecordID=C542E264-8DA1-CFB5-2BA5-BDFC834C633E&AwardID=42742028&AwardType=G>

extrema utilidad para los interesados en recibir fondos federales para sus iniciativas, pues obligan a que las agencias federales entreguen información completa y relevante acerca de las oportunidades de financiación, lo que las hace accesibles globalmente (Powell, 2017). Asimismo, al especificar los tiempos y sitios de publicación, garantiza la transparencia del proceso e iguala el campo de juego. Sin embargo, uno de los desafíos que enfrentan los implementadores locales para acceder a las oportunidades publicadas en estos sitios web es la barrera del idioma, y – desafortunadamente – la regulación no aporta instrumentos para su solución diferentes al conocimiento del idioma de EE.UU.

- *Análisis federal del riesgo presentado por los solicitantes (2 CFR 200.205)*

DESCRIPCIÓN

El objetivo de esta sección es ayudar a que las agencias federales mitiguen el riesgo de fraude, desperdicio o abuso que puedan causar los receptores de fondos federales durante la ejecución de sus iniciativas. La norma establece cuáles son los aspectos de las entidades solicitantes que deben revisarse antes de la adjudicación:

- Estabilidad financiera,
- Calidad de sus sistemas administrativos,
- Desempeño histórico demostrable,
- Reportes de auditoría, y
- Habilidad de implementar los requerimientos impuestos por la regulación federal.

Las bases de datos que deben ser verificadas y cuáles son los mínimos para adjudicar los fondos federales.

ANÁLISIS

La mitigación del riesgo considera que las agencias federales deben revisar este

listado de requisitos, pero no elabora sobre el “cómo” revisar estos aspectos. Esto lo profundiza USAID a través del proceso de inspección pre-adjudicación, cuyas políticas están definidas en el ADS, Capítulo 303 (USAID, 2017). Su conocimiento y análisis brinda a los aspirantes instrumentos para mejorar su organización y aumentan las probabilidades de recibir fondos federales e implementarlos con éxito.

En algunos casos, las organizaciones disponibles para implementar actividades de desarrollo no están en un nivel en el que aprueben la inspección, pero se necesita implementar las actividades de todas formas. Esta sección permite adjudicar a organizaciones así, siempre y cuando se tomen medidas discrecionales de adaptación al riesgo.

- *Información contenida en una adjudicación federal – (2 CFR 200.210)*

DESCRIPCIÓN

En esta sección, la norma delimita la información que debe incluirse de manera obligatoria en los acuerdos. Se divide en:

- Información General
- Términos y Condiciones Generales
- Términos y Condiciones específicas de la agencia o del acuerdo
- Indicadores de desempeño para la adjudicación federal

También aclara que los términos y condiciones deben ser los mismos para todas las adjudicaciones de una misma agencia y deben hacerse disponibles para el público en general.

ANÁLISIS

Estos requerimientos están precisados para que la adjudicación federal no requiera

de documentos adicionales para su interpretación y/o ejecución. Los términos y condiciones pueden estar incorporados por referencia para reducir la carga operativa de quienes redactan los acuerdos, pero si la entidad no federal los solicita en texto completo, la agencia debe proporcionarlos. Esta posibilidad habilita a este tipo de entidades a acceder a un conocimiento más completo y detallado de su propio acuerdo (Polanckova, 2017).

Los indicadores de desempeño son la medición del éxito de la actividad. Esto es especialmente importante en adjudicaciones federales de asistencia, pues los objetivos son, en gran medida, intangibles. Por esto, se establecen distintas medidas como reportes, impactos públicos medibles, avances de implementación, etc. que sean relevantes para verificar el cumplimiento del acuerdo (Rein, 2017).

Basados en los requerimientos de esta subparte, las agencias deben operar de manera transparente, pública y consistente con la ley en todas sus actuaciones pre-adjudicación, para garantizar que las entidades receptoras de fondos federales conozcan sus obligaciones y asistan a USAID a lograr los objetivos de desarrollo.

d. Subparte D – Requerimientos Post-adjudicación

DESCRIPCIÓN

La subparte D de la parte 200 del CFR cubre los procedimientos administrativos necesarios para la ejecución de las adjudicaciones federales, después de su firma. Consta de 45 secciones organizadas de acuerdo al procedimiento administrativo que cubren, así:

- 1) Estándares para el manejo financiero y programático
- 2) Estándares para propiedad y equipos
- 3) Estándares para adquisiciones
- 4) Reportes financieros y de desempeño

- 5) Monitoreo y manejo de sub-recipientes
- 6) Retención y acceso de archivos
- 7) Remedios para el incumplimiento

El primer procedimiento es de la mayor importancia para entender toda la subparte, por lo que su objetivo y análisis se presentan con detalle, pero por su extensión y relevancia, el procedimiento relativo a los remedios para el incumplimiento será analizado en profundidad en un artículo aparte. Los procedimientos restantes son operativamente importantes, pero no presentan un aporte al desarrollo de la CDCS ni tienen relevancia en este análisis, por lo que no serán presentados aquí.

- *Estándares para el manejo financiero y programático (2 CFR 200.300/309)*

DESCRIPCIÓN

En este apartado se incluyen 11 secciones que tratan los aspectos financieros de las adjudicaciones federales – políticas, medidas del desempeño y manejo financiero – costos compartidos, revisión de presupuestos y planes programáticos, e ingresos por razones programáticas. Indica que las adjudicaciones federales deben proteger al medio ambiente, el bienestar público y prohibir la discriminación.

La norma requiere la utilización de indicadores estándares de desempeño aprobados por la OMB para los implementadores y las agencias, y estas deben asegurarse de que los implementadores correlacionen la información financiera al desempeño operacional.

La sección de manejo financiero busca habilitar a las agencias a tener un control efectivo, actualizado y completo sobre los resultados financieros de cada adjudicación federal, así como salvaguardar los recursos económicos y los activos que pertenecen al Gobierno de EE.UU. Para esto, la norma dispone de mecanismos tales como reportes de gastos y facturación, documentación general y específica de

cada adjudicación, etc.

La sección de control interno obliga a los implementadores a desarrollar y mantener una estructura que tenga un control positivo sobre las adjudicaciones federales recibidas, la cual debe seguir las guías que para tal fin emite la Contraloría General de los EE.UU. Ese control debe permitirles reaccionar cuando se encuentren instancias de incumplimiento o riesgo evidente.

El apartado correspondiente a pagos regula el ciclo, modalidades de pago y velocidad del dinero federal desde el momento en que se genera la obligación en contra del Gobierno de EE.UU., su verificación y aceptación, hasta el momento del pago al implementador.

El área de costos compartidos describe qué tipos de contribuciones pueden calificar para ser consideradas como costo compartido, qué adjudicaciones federales las requieren y en cuáles este requerimiento puede ser sobreseído para incentivar la participación de más aspirantes. También abre la posibilidad de recibir las contribuciones en dinero o en especie.

Por último, en el aspecto de los ingresos por razones programáticas, la norma indica cuándo se considera que una adjudicación federal recibe ingresos adicionales por razones programáticas y estimula a los implementadores a generar esos ingresos para mitigar el costo en fondos federales e incrementar la sostenibilidad de las iniciativas a futuro. Asimismo explica cómo adicionarlos a los costos y los usos posibles.

ANÁLISIS

Las regulaciones proporcionadas por la norma dentro de este apartado trasladan la carga del desempeño a los implementadores y entregan los mecanismos necesarios para que esos implementadores diseñen actividades que sean pertinentes para el

logro de los objetivos de la FAA sean alcanzables. Si el diseño considera la protección medioambiental, busca el bienestar público y tiene en cuenta a todos los posibles beneficiarios sin distinción de raza, credo o género³⁴, se hace más fácil de financiar con fondos federales.

Durante la implementación, las adjudicaciones federales que demuestren que su ejecución es efectiva, tienen metas claras y las alcanzan y mejoran los resultados de la intervención federal, reciben evaluaciones positivas (Hiles, 2015). A sus implementadores se les considera aptos para recibir más asistencia y los convierte en potenciadores de desarrollo, cuyas lecciones aprendidas se usan para ayudar a otros aspirantes a proponer mejores iniciativas.

Uno de los aspectos más importantes que se presentan en esta subparte es el de ingresos programáticos, debido a que las actividades de desarrollo pueden en ocasiones generar unos ingresos económicos. Los ingresos que se generan dentro de las actividades federales no pueden ingresar al presupuesto general del Gobierno de EE.UU.³⁵, debido a que no proceden de los canales regulares de recaudo (Studebaker, 2017).

Los métodos de uso autorizados para estos fondos son tres:

- El método aditivo añade el ingreso programático al valor original de la adjudicación, con el fin de avanzar en mayor medida el logro de los objetivos. Este método contribuye en gran medida a la sostenibilidad posterior de las actividades de desarrollo. Una de las aplicaciones de este método es la financiación de los proyectos de cosecha de moluscos en el Pacífico, los cuales usan el ingreso extra para apoyar a nuevas cooperativas y ampliar la base de beneficiarios.

³⁴ Es por lo menos inusual que se incluya una subsección de “*nondiscrimination*” dentro de una sección enteramente dedicada al manejo financiero de las adjudicaciones federales. (n. del a.)

³⁵ De acuerdo con la Constitución, el Gobierno de EE.UU. genera sus ingresos a través de impuestos, derechos y consumos (Davies, 2017)

- El método deductivo reduce el valor original de la adjudicación en la medida en que se recibe el ingreso programático, y su uso es apropiado cuando hay restricciones presupuestales en los fondos asignados, los objetivos de desarrollo tienen un costo claramente determinado y no se requieren fondos adicionales para la sostenibilidad futura del proyecto. Un ejemplo es la financiación para mejorar un beneficiadero de café, que tiene un costo definido y puede generar ingresos por sí solo rápidamente.

- El método colaborativo permite usar el ingreso programático para financiar los costos compartidos que el implementador debe traer al programa, pero no incrementan ni reducen el costo de la adjudicación federal. Este método es apropiado cuando los implementadores no tienen capacidad financiera o están en áreas económicamente deprimidas, como es el caso de organizaciones indígenas, o cooperativas campesinas en zonas de posconflicto.

Dependiendo de las necesidades programáticas, los implementadores pueden proponer el uso combinado de estos métodos, mejorar su flujo de caja y ayudar con la sostenibilidad de su proyecto (University of Washington, 2017).

Debido a los requerimientos de control interno para recibir los fondos federales, muchas entidades declinan trabajar con el Gobierno de EE.UU. Sin embargo, las medidas de mitigación del riesgo colaboran para que los aspirantes sepan cuál es su estado real en esta área y usen el mecanismo más apropiado para recibir los fondos y garantizar su ejecución.

En Colombia, una muestra del uso apropiado de estas regulaciones por parte de un implementador local, lo presenta el acuerdo cooperativo entre USAID y la *Consultoría para los Derechos Humanos y el Desarrollo (CODHES)*³⁶ para

³⁶ AID-514-A-14-00006 - <https://www.usaspending.gov/transparency/Pages/TransactionDetails.aspx?RecordID=E35E22EA-4D91-4ECC->

posibilita la participación de la sociedad civil en la implementación de la ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas). Esta adjudicación federal fue propuesta por el aspirante después de la firma de la ley. La organización interesada demostró más allá de duda razonable que sus indicadores y metas están alineados con la FAA, que su programa no discriminaría entre beneficiarios y tenía el interés general de los beneficiarios como consideración primordial. Además demostró que la organización tenía los controles internos necesarios para manejar apropiadamente los recursos federales solicitados y que aporta recursos de contrapartida amplios y bien sustentados, y fue por estas razones que – a pesar de no ser una iniciativa del Gobierno de EE.UU. – USAID acepta la solicitud y otorga la financiación federal para este propósito público.

e. Subparte E – Principios financieros

DESCRIPCIÓN

Esta subparte tiene por objeto establecer los roles y responsabilidades de cada una de las partes para el manejo financiero de las adjudicaciones federales. Consta de 75 secciones organizadas de manera derivativa dentro de la norma de acuerdo al aspecto financiero que regulan, de la siguiente forma:

- 1) Disposiciones generales (2 CFR 200.400/401),
- 2) Consideraciones básicas (2 CFR 200.402/411),
- 3) Costos Directos e Indirectos(2 CFR 200.412/415),
- 4) Consideraciones especiales para entidades estatales, locales e indígenas (2 CFR 200.416/417),
- 5) Consideraciones especiales para instituciones de educación superior (2 CFR 200.418/41), y
- 6) Disposiciones específicas para determinados tipos de costo (2 CFR

200.420/475).

Las tres primeras subdivisiones son importantes para el diseño de todas las adjudicaciones federales por lo que serán analizadas aquí, mientras que las dos siguientes son específicas de tipos de entidades domésticas que no implementan los objetivos de la FAA. La última subdivisión tiene un nivel de especificidad más apropiado para un análisis económico y por esto, ninguna de las tres subdivisiones será tratada en este artículo.

El objetivo de las disposiciones generales es enmarcar el desarrollo del resto de la norma, y señalar a que tipos de adjudicaciones federales y a qué tipo de implementadores se les deben aplicar.

Las secciones dedicadas a las consideraciones básicas ilustran la naturaleza y organización de los diferentes costos en los que los implementadores incurren en el desarrollo de las adjudicaciones federales y las características que estos costos deben cumplir para ser admitidos dentro de un presupuesto federal. Asimismo establecen las limitaciones para la admisión.

Finalmente, las secciones que versan sobre costos directos e indirectos amplían la regulación y proveen guías para poder establecer el tipo de costo incluido dentro del presupuesto federal y el tratamiento que se le debe dar, en consonancia con su origen e incidencia dentro de la adjudicación federal.

ANÁLISIS

La característica de esta subparte es que las secciones incluidas son denominadas “principio”, con lo cual se establece de antemano su carácter fundacional, más que regulatorio. Esta regulación no especifica taxativamente la estructura de costos que un implementador debe proponer dentro del presupuesto de una adjudicación federal, sino que admite que los aspirantes conserven su estructura de costos,

siempre y cuando se asimile al contenido de estas secciones.

Es interesante comprobar que – hasta la publicación del 2 CFR 200 – la agencia no era consistente en la aplicación de las normas a los implementadores locales. Esta subparte, en especial, no se aplicaba en adjudicaciones federales al exterior de EE.UU., al considerar que los implementadores locales estaban regulados por las leyes de sus países. Esto causaba instancias de fraude, desperdicio y abusos, e impedía que el Gobierno de EE.UU. cumpliera el mandato de la FAA. Pero, aún con la publicación de la norma, se observa que las agencias que expiden la regulación fueron cuidadosas de no convertir estos principios en “camisas de fuerza” que impidieran el correcto desempeño de los implementadores locales, y permitieran construir capacidad local con una base más grande de aspirantes (Federal Register, 2017).

Pasando a los principios en sí mismos, la admisibilidad de un costo se mide de acuerdo a la necesidad que la adjudicación federal tenga de este. Para tal fin, la norma establece que deben seguirse las guías de los *Principios Contables de Aceptación General (Generally Accepted Accounting Principles – GAAP)*³⁷, lo cual crea un estándar al que los implementadores locales pueden ceñirse. Estos estándares son de conocimiento público y de uso común, por lo que su adopción no requiere grandes cambios al interior de las organizaciones que ya operan con otros donantes internacionales.

Una de las principales áreas de discusión es la diferencia entre un costo admisible, un costo razonable y un costo asignable (2 CFR 200.403/405). La norma zanja esta polémica cuando afirma que un costo asignable es aquel que es exclusivo de una adjudicación federal, beneficia directamente a la misma y es necesario para el

³⁷ Los GAAP son reglas y estándares obligatorios para la creación y mantenimiento de reportes financieros uniformes por parte de compañías inscritas en bolsa (US Accounting Board, 2017).

logro de las metas del programa. Si esto solo fuese parcialmente cierto, el implementador debe estar en capacidad de asignar al programa únicamente la porción correspondiente al Gobierno de EE.UU.

Un costo razonable, por otro lado, es aquel que por su naturaleza y monto, no excede lo que una persona prudente³⁸ pagaría en las circunstancias prevalentes en el momento de la compra. Toda circunstancia excepcional debe quedar adecuadamente documentada.

Cuando un costo es asignable y razonable, no está cubierto en las limitaciones y/o exclusiones regulatorias y ha sido tratado consistentemente en todas las actuaciones del implementador, se considera como admisible y la norma permite que el Gobierno de EE.UU. pague la obligación que surge de la adquisición del mismo.

Sin embargo, existen costos en los que los implementadores incurren pero no son directamente asignables a una adjudicación federal, tales como los costos administrativos, arriendos y depreciaciones de bienes reales, entre otros. Estos costos se clasifican de acuerdo con el 2 CFR 200.414 como costos “indirectos” y su cobro es permitido por la presente regulación.

Las agencias tienen la capacidad de auditar y establecer tasas de costos indirectos para los implementadores. Aun así, debido a los tiempos de proceso para obtener un *Acuerdo de Tasa Negociada para Costos Indirectos (Negotiated Indirect Cost Rate Agreement – NICRA)*, muchos implementadores optan por no presentar costos indirectos dentro de sus iniciativas, lo que va en detrimento de su habilidad operacional y no permite su crecimiento futuro.

El Gobierno de EE.UU., consciente de esta situación, habilita a los

³⁸ Un individuo razonablemente prudente es quien usa su buen juicio y sentido común en el manejo de cualquier asunto práctico (Washington State Legislature, 2017)

implementadores a presentar una tarifa “mínima” de costos indirectos, del 10 por ciento sobre los costos directos reales de la adjudicación federal. Esta prerrogativa se ofrece para reducir la carga operativa de la agencia y ayudar a organizaciones principiantes a adaptarse a los requerimientos operativos del Gobierno de EE.UU. y no descapitalizarse durante la implementación. Cabe anotar que una vez el implementador decida hacer uso de esta prerrogativa, no puede cambiar el porcentaje a menos de que obtenga un NICRA de manera oficial.

Esta subparte da tanto a las agencias como a los implementadores unos elementos comunes para el manejo de los asuntos financieros pertinentes a las adjudicaciones federales, aclara la operatividad necesaria para recibir los recursos financieros ofrecidos por el Gobierno de EE.UU. y posibilita la consecución de los objetivos de la FAA.

f. Subparte F – Requerimientos de auditoría

DESCRIPCIÓN

El objetivo de esta subparte es regular los estándares que rigen las auditorías de entidades no federales que implementan adjudicaciones federales. Está dividida en 21 secciones y organizada en cinco partes, así:

- 1) General (2 CFR 200.500),
- 2) Auditorías (2 CFR 200.501/507),
- 3) Sujetos de auditoría (2 CFR 200.508/512),
- 4) Agencias federales (2 CFR 200.513), y
- 5) Auditores (2 CFR 200.514/520).

Para este propósito ofrece una regulación uniforme y consistente para todas las agencias que desarrollen este tipo de actividades. Establece que si un implementador gasta una cantidad igual o superior a \$750,000 en dólares de los

EE.UU. durante un año fiscal de implementación será sujeto de auditoría para ese año.

ANÁLISIS

Esta subparte también establece las responsabilidades de cada uno de los participantes dentro de este proceso, y el manejo de los hallazgos de las auditorías. Para Colombia, existe una lista de firmas de auditoría certificadas en US GAAP que son las encargadas de llevar a cabo estas evaluaciones. Los costos de las auditorías son costos admisibles, pero es responsabilidad del implementador proponerlos en su presupuesto y ejecutarlos durante la vigencia de la adjudicación federal.

Los implementadores están obligados a contratar a los auditores, a entregar toda la información que sea necesaria para el normal desarrollo de las auditorías y a resolver positivamente los hallazgos de la evaluación. Es importante señalar que el papel de las agencias no es de ningún modo pasivo, pues tienen la responsabilidad de acompañar a los implementadores y a los auditores durante el proceso, hacer seguimiento a los hallazgos y a su resolución y hacer públicas las oportunidades de mejora que estas evaluaciones generan. Como los estándares de esta subparte son información nueva para los implementadores – especialmente los locales – los requerimientos parecen en ocasiones demasiado restrictivos y desestimulan la competencia, pero cumplen con su objetivo principal de proteger los recursos públicos, construir capacidad local y ayudar al logro de los objetivos de la FAA.

1.8 CONCLUSIONES

La visión deseada para esta investigación es convertirse un punto de partida para que se planteen nuevas inquietudes en el tema de asistencia internacional que consoliden los procedimientos que facilitan la cooperación entre países y

beneficiar a los habitantes de los estados participantes.

El marco legal que le permite a USAID operar en Colombia ha sido presentado detalladamente en el desarrollo del artículo. De acuerdo con la FAA, los objetivos de desarrollo que se plantean en la norma son de gran importancia para Colombia y a pesar de los vaivenes políticos, el monto de los recursos asignados para cooperación y desarrollo ha permanecido estadísticamente estable, al igual que el número de adjudicaciones federales. Sin embargo, los instrumentos de cooperación otorgados a implementadores locales no han aumentado, lo que ha impedido la “nacionalización” de las actividades de desarrollo.

Una de las razones para este estado de cosas es que los aspirantes a recibir recursos de cooperación no conocen la FAA. El artículo presenta y analiza los objetivos de la Sección 101 y las Políticas de asistencia de la Sección 102, para evitar que las propuestas de cooperación presentadas por implementadores locales sean descartadas en la primera evaluación. Asimismo, los aspirantes – por la misma característica de sus problemas de desarrollo – que utilicen el marco legal expuesto en el trabajo y presenten sus iniciativas encajándolas dentro de la CDCS actual o futura, harán posible que estas reciban financiación con recursos federales.

Por otro lado, el 2 CFR 200 es una regulación extensa y de muy reciente aparición. Además, su organización y redacción no son muy accesibles para un operador legal extranjero y esto ha dificultado su asimilación por parte de un implementador no domiciliado en EE.UU. Además, el nivel de conocimiento del idioma inglés en la comunidad de implementadores se constituye en una causa fundamental para la poca difusión que tanto la ley estatutaria como las regulaciones presentadas en este artículo carezcan a la fecha del suficiente análisis en español que permita a los aspirantes internalizar los objetivos de las normas.

A partir de lo anterior, es posible soportar la tesis presentada, pues la descripción y

el análisis presentados por este artículo permiten que un aspirante interesado en ofrecer una iniciativa de desarrollo para recibir una adjudicación federal conozca el marco legal de contratación de USAID en Colombia e incremente sus posibilidades de presentar una actividad que se rija por las normas contenidas dentro del 2 CFR 200, desarrolle los objetivos de la FAA y resuelva un problema de desarrollo de su propia comunidad, mediante el uso de fondos federales de cooperación.

[FIN DEL PRIMER ARTÍCULO]

2. MECANISMOS LEGALES PARA MEJORAR EL DESEMPEÑO DE LOS IMPLEMENTADORES LOCALES DE USAID EN COLOMBIA

2.1 RESUMEN

ESPAÑOL

Uno de los elementos importantes para poder competir en el medio de la contratación federal es conocer la regulación relativa a los tipos de contratos que utiliza el Gobierno de EE.UU. y en qué circunstancias se negocia con cada tipo de acuerdo con la necesidad a solucionar.

Con este fin, el autor hace una presentación del *Reglamento de Adquisiciones Federales (Federal Acquisition Regulation - FAR, por sus siglas en inglés³⁹)* y selecciona los capítulos, subcapítulos y partes que puedan ayudar a que los implementadores locales se desenvuelvan mejor en la Contratación Federal. Los temas seleccionados están organizados – al igual que en el FAR – de acuerdo *Agencia de EE.UU. para el Desarrollo Internacional* al momento contractual en el que ocurren.

Para cada una de las partes seleccionadas se presenta su descripción y el análisis del autor, con la finalidad de entregar al lector una perspectiva interior de los aspectos contractuales más relevantes para recibir más contratos, desempeñar un mejor trabajo y ayudar a la (*United States Agency for International Development – USAID*) a alcanzar los objetivos de desarrollo trazados para Colombia.

INGLÉS

One of the key elements for a local implementer to compete in the Federal Contracting environment is knowing the regulation related to the types of contracts

³⁹ Para los efectos de este artículo, todas las abreviaturas utilizadas son según sus siglas en idioma inglés. La motivación detrás de este enfoque es que el lector pueda remitirse a los documentos originales y pueda encontrar las siglas aquí citadas, en lugar de sus traducciones (N. del A.).

used by the U.S. Government and which particular circumstances surround its use. To this end, the author is presenting the Federal Acquisition Regulation and selecting the chapters, subchapters and parts that may assist the local implementers do perform better in Federal Contracting. Selected topics are organized – as in FAR – in accordance with the contractual time frame in which they occur.

For each of the selected parts, the author presents its description and its analysis, aiming to deliver to the reader an insider’s look of the most relevant contractual aspects to receive more awards, perform better and support USAID to achieve the development objectives outlined for Colombia.

2.2 PALABRAS CLAVE

USAID, mecanismos legales, *Reglamento de Adquisiciones Federales*, contrato, acuerdo de cooperación, donación, convenio, implementador local, protestas, disputas, evaluación de desempeño, licitación, terminación por incumplimiento, terminación por conveniencia, *Acuerdo Negociado de Tasas de Costos Indirectos*, subcontrato, contrato de reembolso de costos.

2.3 INTRODUCCIÓN

2.3.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El Derecho de los contratos con el Gobierno de EE.UU. es un mundo muy especializado y lleno de detalles. Muchas empresas, oficinas de abogados y profesionales independientes enfocan su negocio exclusivamente en la contratación federal. Sin embargo, los contratos federales difieren sustancialmente de los contratos entre contrapartes de derecho privado. Por ejemplo, cuando un contratista federal incumple un contrato, el significado de esta acción generalmente va más allá del solo incumplimiento, y puede traducirse en la violación de leyes criminales específicas.

Es de esperar que un implementador local – definido como una persona natural o jurídica establecida en el país beneficiario que posee la capacidad y la responsabilidad de asistir a USAID para alcanzar un objetivo de desarrollo – tenga un conocimiento operativo del marco legal que le permita identificar los mecanismos a su disposición (tales como protestas, solicitudes de información post-adjudicación, evaluaciones periódicas, etc.) para mejorar su desempeño, proteger sus derechos, solicitar indemnizaciones o – en el caso del donante – imponer su voluntad sobre las partes que se vinculan en un instrumento de cooperación.

Uno de los elementos importantes para poder competir en el medio de la contratación federal es conocer la regulación relativa a los tipos de contratos que utiliza el Gobierno de EE.UU. y en qué circunstancias se negocia con cada tipo de acuerdo con la necesidad a solucionar. Esto permite que los implementadores locales busquen especializarse en el tipo de contratos (o acuerdos o donaciones) que potencie sus capacidades, aproveche su experiencia, minimice el riesgo de incumplimiento y maximice la utilidad que obtienen en el giro ordinario de su negocio.

Asimismo, una de las consideraciones más ignoradas por las entidades que apenas despuntan como contratistas federales es la importancia de un presupuesto operacional exhaustivamente detallado, que tenga en cuenta todos los aspectos del giro operacional de su proyecto. Pero la falta de experiencia y la creencia generalizada de que los presupuestos son estimados globales – pues nadie puede ver el futuro – impiden que se identifiquen e implementen acciones remediales que permitan el logro de los objetivos contractuales.

Finalmente, aunque puede no ser el escenario más deseado por un implementador local, es importante resaltar que convertirse en subcontratistas dentro de contratos

más grandes adjudicados a implementadores estadounidenses u organizaciones internacionales que reciban adjudicaciones federales es una forma bastante menos riesgosa de adquirir experiencia y conocimiento del mercado. Para poder hacer esto, el implementador local debe estar familiarizado con la regulación que hace posible operar en estas condiciones y posteriormente concursar para adjudicaciones federales propias.

2.3.2 ESTADO DEL ARTE DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La contratación del Gobierno de EE.UU. – como se menciona en la descripción del problema de investigación – ha corrido por cuenta de implementadores de los EE.UU., reservando algunas pocas actividades de características básicas y poco valor agregado para contratistas locales. Debido a esta situación, no ha existido un interés real por parte de la academia en Colombia de investigar la regulación federal de contratación y no hay trabajos en español que ofrezcan un cuerpo de conocimiento relevante para el desarrollo de este trabajo.

Foros para resolución de controversias

Es importante mencionar que las controversias contractuales relativas a la implementación de instrumentos de cooperación de EE.UU. solo pueden ser discutidas en los foros establecidos para tal fin, que se presentan en la sección 2.7.5 de este artículo. El Gobierno de EE.UU. haciendo uso de su inmunidad soberana, no acepta la solución de controversias contractuales en cortes ajenas al ordenamiento jurídico estadounidense. Por esta razón, el alcance de este trabajo no intenta abordar el problema de aplicación del marco legal de contratación estadounidense en el sistema jurídico colombiano.

Casuística

Como parte de la investigación realizada, este artículo presenta en algunos

apartados tales como disputas, protestas o resolución de contratos, casos reales que han sido decididos en los foros para tal fin, para mejorar la comprensión del análisis presentado.

2.3.3 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El planteamiento a desarrollar en este artículo surge a raíz de la inquietud del investigador relativa al porqué de la asistencia extranjera para el desarrollo en Colombia, tema tratado en el artículo anterior de este trabajo. Específicamente, la observación personal de los últimos seis años indicaba que casi todas las adjudicaciones de la USAID eran adjudicadas a contratistas extranjeros y los contratos obtenidos por implementadores locales eran muy pocos y por montos menores al Umbral de Adquisiciones Simplificadas (*Simplified Acquisition Threshold – SAT*) de USD\$150,000.

Para confirmar esta observación, la fuente utilizada es la página del Gobierno de EE.UU. www.usaspending.gov, la cual contiene la información del gasto federal desde Octubre 1, 2010. Esta página es creada por orden de la *Ley Federal de Responsabilidad y Transparencia Financiera* de 2006 (*Federal Funding Accountability and Transparency Act – FFATA*), la cual tiene por objeto garantizar que la *Oficina de Gestión del Presupuesto (Office of Management and Budget – OMB)* compile, indexe y mantenga la información mencionada en un sitio único. Esto tiene el fin de “empoderar a cada [ciudadano de EE.UU.] de la capacidad de hacer al Gobierno [de EE.UU.] responsable por cada decisión de gasto” (Purdue University, 2012).

La recopilación de datos para los años 2011 – 2017 arrojó los siguientes resultados:

	Contratos	Prime	Sub	Total
Total Contratos USAID	140	\$ 112,348,332	\$ 13,793,463	\$ 126,141,795

Contratistas locales	38	\$ 652,671	\$ 10,032,776	\$ 10,685,447
Contratistas Extranjeros	102	\$ 111,695,661	\$ 3,760,687	\$ 115,456,348

Tabla 1. Estadísticas de Adjudicaciones Federales 2011-2017

Con estas cifras se desarrollan las gráficas y análisis de los datos a continuación:

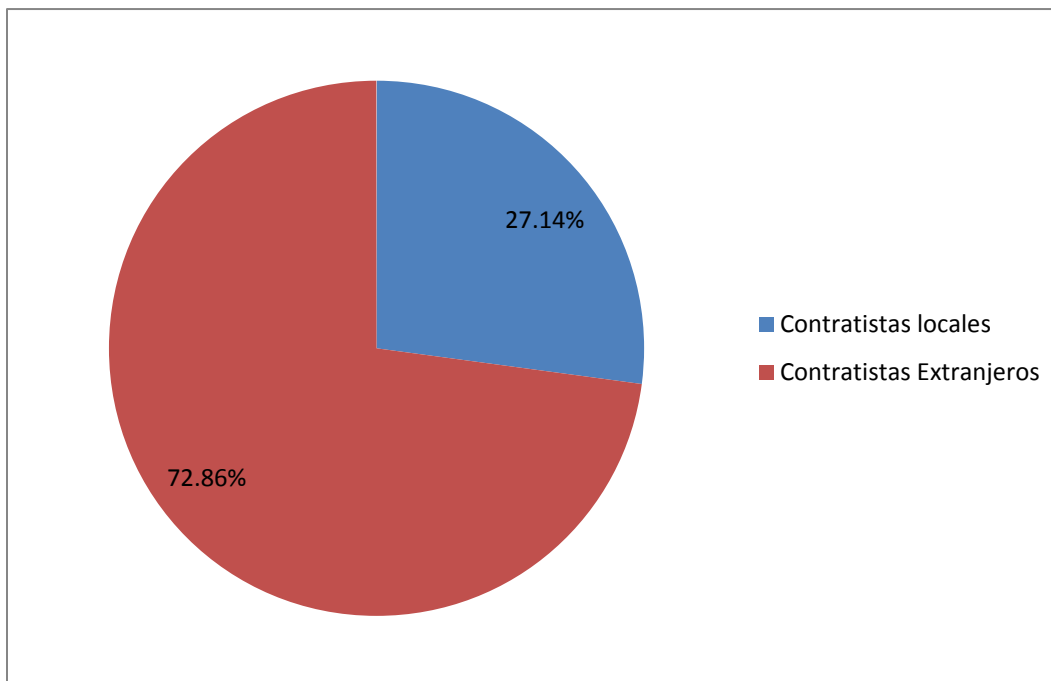


Gráfico 1. Número de Contratos

Por número de contratos, la situación no muestra un panorama demasiado complejo, pues aunque la relación de adjudicaciones entre locales y extranjeros⁴⁰ es de 1:4 y la diferencia es estadísticamente significativa, el número de contratos recibido es importante, con un promedio de 5.8 por año.

⁴⁰ En este análisis estadístico, los contratistas extranjeros son únicamente contratistas de EE.UU., aunque podrían ser de otros países (n. del a.)

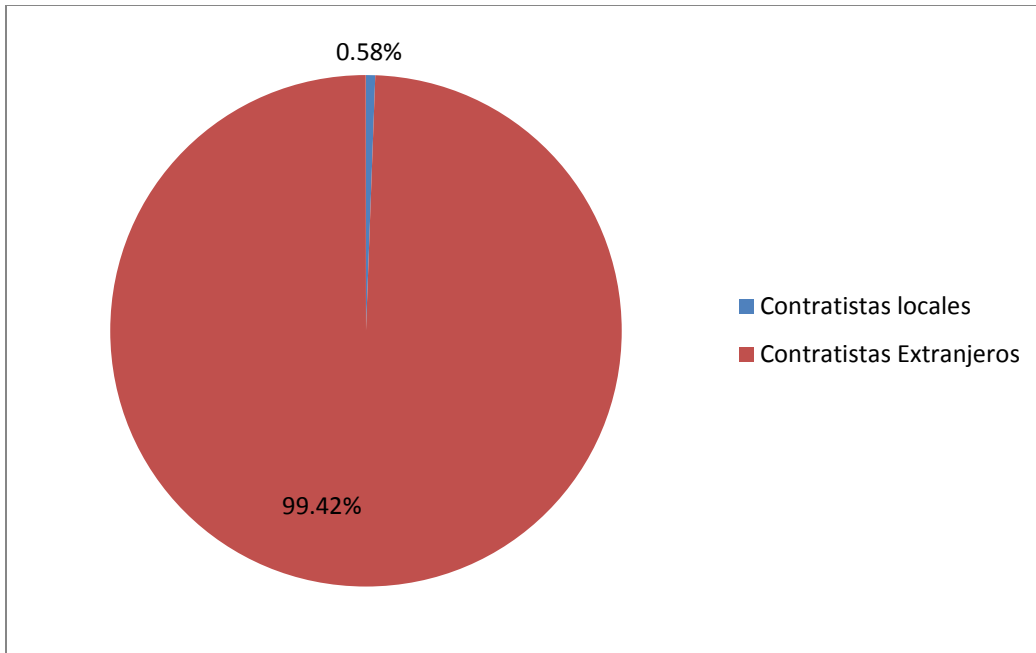


Gráfico 2. Dólares adjudicados – Contratista principal

En el monto de adjudicaciones como contratista principal se presenta claramente la situación que la observación informal del investigador había detectado de manera empírica. Esto significa que aunque el número de contratos no fuera tan cercano a cero, la contratación de la Agencia era adjudicada a casi en su totalidad a contratistas extranjeros. De cada USD \$100,000 adjudicados, solo USD \$580 son para contratistas colombianos, y para 112 millones de dólares, porcentajes menores al 1% se consideran parte del margen de error de la muestra y son descartados por no ser significativos.

Un observador casual puede entonces argumentar que un promedio por contrato local de USD \$17,200 demuestra que los contratistas extranjeros han sido los encargados de implementar las iniciativas de desarrollo en nuestro país. Asimismo, podría inferirse que el mercado nacional no tiene una oferta adecuada de bienes y servicios para responder a las necesidades de la Agencia, pero como se ve a continuación, eso no es toda la verdad.

El caso de los subcontratistas presenta un panorama totalmente diferente, pues la

relación pasa a ser de 4:1 para los implementadores locales, lo que cambia la inferencia anterior. La adjudicación de subcontratos a implementadores locales es alta y señala que estas firmas son quienes de hecho proveen los bienes y servicios que la Agencia requiere para cumplir los objetivos de desarrollo en Colombia.

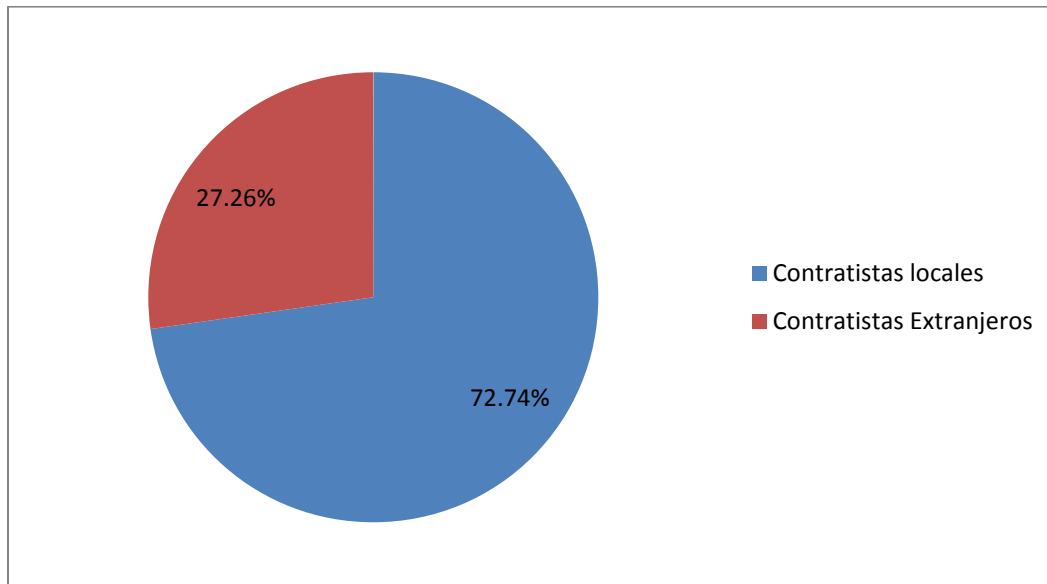


Gráfico 3. Dólares adjudicados - Subcontratistas

2.4 OBJETIVOS PROPUESTOS

El objetivo principal de este trabajo es acercar la regulación a quien la necesita y hacerla más asequible a quienes no hablan inglés. Sin embargo, preguntarse por qué los implementadores locales – como contratistas – no tienen un volumen significativo de adjudicaciones, pero sí como subcontratistas, hace surgir las inquietudes que motivan el desarrollo de este artículo.

Problema de Investigación

¿Cómo pueden utilizar los implementadores locales los mecanismos legales de USAID?

A diferencia del primer artículo de esta tesis, que explica el marco legal operativo básico de USAID, este artículo da al lector una visión de los mecanismos legales

que el Gobierno de EE.UU. pone a su disposición para construir propuestas que – como primera consideración – ayuden a alcanzar los objetivos planteados en la Ley de Asistencia Extranjera de 1961. Al mismo tiempo, estos mecanismos legales permiten a los implementadores locales aumentar la posibilidad de conseguir adjudicaciones federales en términos justos y ser compensados adecuadamente por el tiempo y esfuerzo invertidos al servicio del contratante. Por ello, este artículo se enfoca en tres objetivos particulares:

- 1) Descripción de los mecanismos legales disponibles en el FAR para mejorar el desempeño contractual de los implementadores locales.
- 2) Análisis de la utilización de estos mecanismos de acuerdo con las etapas contractuales en las que son apropiadas.
- 3) Análisis de la estructura apropiada para el uso de los mecanismos de acuerdo a la regulación existente, el ámbito de aplicación de cada capítulo y el foro adecuado para resolver la controversia contractual identificada.

Este artículo busca profundizar en el uso experto y adecuado de los mecanismos legales aquí presentados para que los implementadores locales compitan de tú a tú con contratistas establecidos sin tener que recurrir a maniobras ajenas al espíritu ético de la contratación. Con este marco legal, los proponentes tienen la seguridad de que las propuestas que ofrezcan soluciones técnicas innovadoras, económicas y que garanticen un desempeño excepcional podrán tener la seguridad de que recibirán las consideraciones apropiadas por parte del Gobierno de EE.UU.

Por último, el artículo ayuda a conocer y aplicar estos mecanismos en todas las fases de la contratación federal para garantizar que los planes cuidadosamente diseñados para el proyecto – y que constituyen la base de la propuesta – puedan ser implementados de forma satisfactoria. Un desempeño sobresaliente se convierte en una evaluación excepcional, la cual puede ser consultada por todas las agencias del

Gobierno de EE.UU. que requieren contratar, lo que redundará en más y mejores adjudicaciones federales futuras.

2.5 METODOLOGÍA UTILIZADA PARA OBTENER LOS OBJETIVOS PROPUESTOS

Este trabajo de grado está clasificado como un proyecto de investigación socio-jurídica, en el cual se “estudia la relación del mundo jurídico con la realidad concreta (especialmente el fenómeno de la validez normativa). En este caso estamos hablando de una relación Derecho-sociedad”⁴¹. En la realización de esta investigación, se utilizaron los siguientes métodos:

2.5.1 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO

INVESTIGACIÓN TEORICO-DOCUMENTAL: La recolección de los datos se realizó en amplia medida mediante fuentes documentales. Estas fuentes documentales han sido claramente identificadas en el cuerpo y la bibliografía del trabajo de grado, así como en cada uno de los artículos que la componen. Uno de los desafíos que deben afrontar los investigadores interesados en este tema de estudio es la escasez de documentación sobre los fundamentos legales de USAID en idioma español. Esto se debe a que la agencia – hasta el año 2014 – exigía que los implementadores que deseaban obtener instrumentos de cooperación tuviesen una cierta capacidad bilingüe que les permitiera entender las expectativas de la Agencia y desempeñar sus funciones sin mayores tropiezos. En la práctica sin embargo, el resultado de esta política fue cerrar las puertas a organizaciones capaces de hacer el trabajo pero que carecían de esa capacidad bilingüe. A partir del año 2015, la Agencia comienza a aceptar que los documentos soporte – incluidos en las propuestas y aplicaciones – fuesen presentados en su idioma

⁴¹ (USTA, 2008)

original. Esta iniciativa – que en su momento fue vista como un gran avance – se reveló insuficiente para estimular a los implementadores locales a competir por los instrumentos de cooperación y su impacto no ha sido significativo.

En vista de lo aquí expresado, uno de los objetivos principales de este ejercicio investigativo es presentar el marco legal de contratación de USAID y su aplicación en Colombia, pero no simplemente como una traducción del original. La investigación Teórico-documental entrega al lector de este trabajo la legislación base para poder presentar propuestas y obtener instrumentos de cooperación y la interpretación del autor sobre esta legislación, entendida como un punto de vista que puede ser desafiado, contestado y desarrollado con más profundidad por nuevas investigaciones.

TRABAJO DE CAMPO: El uso del trabajo de campo complementa la investigación teórico-documental mencionada en el punto anterior. Esta técnica se utilizó para presentar estadísticas de adjudicaciones, tasas de éxito y otros indicadores que permitirán tener un panorama más amplio de la situación a resolver. Las bases de datos presentadas asisten al investigador para establecer la validez de las conclusiones generadas en su utilización y la pertinencia de su uso.

2.5.2 TIPOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN UTILIZADAS EN ESTE PROYECTO

INVESTIGACIÓN DESCRIPTIVA: Con la cual se pretende identificar los mecanismos legales a disposición de los implementadores locales que pueden ayudarles a mejorar su desempeño. Una vez se haya realizado una recolección de información y fuentes documentales que permitan tener un panorama general del estado actual de la cuestión, se procederá a analizar los datos compilados para avanzar en los objetivos presentados previamente en este documento.

INVESTIGACIÓN PROPOSITIVA: En esta fase de la tesis y dentro de los artículos de reflexiones originales que serán presentados, el investigador presentará su propuesta para solucionar los problemas que plantea la hipótesis de investigación. Estos artículos deberán estar al alcance de los beneficiarios propuestos en la tesis como los implementadores colombianos de iniciativas de desarrollo, USAID, APC (Agencia Presidencial para la Cooperación) Colombia, asesores e investigadores independientes y ofrecer soluciones creativas a los desafíos encontrados en la investigación.

Para el desarrollo de este artículo, cada parte será trabajada mediante un esquema basado en los objetivos particulares, en el cual se responden las siguientes inquietudes relativas a los mecanismos legales que son presentados:

DESCRIPCIÓN

¿Cuáles son?

¿En qué etapas de la contratación se usan?

ANÁLISIS

¿Para qué sirven?

¿Cómo funcionan?

¿Cuál es su utilidad en el proceso real?

Al finalizar este artículo, las personas o entidades interesadas en participar en procesos licitatorios de adquisición emitidos por el Gobierno de EE.UU. podrán hacer uso del mismo para estar en capacidad de formar una idea propia del mecanismo legal necesario para resolver un asunto contractual específico, de acuerdo con el tipo de problema, la fase del proceso y la disponibilidad financiera.

En el artículo anterior de este trabajo se analizó el Título 2, Capítulo 200 del

Código de Regulaciones Federales (Code of Federal Regulations – CFR) que trata casi en su totalidad de Donaciones y Convenios de Cooperación. En este artículo se trata el tema desde la perspectiva de los Contratos, con el fin de complementar el tema inicial y ofrecer en este trabajo una visión más completa del marco legal de operaciones de la Agencia. Para esto, el apartado más relevante es el Título 48, que corresponde al *Sistema de Reglamentos para Adquisiciones Federales*⁴² (US Small Business Administration, 2017).

2.6 ARTICULO SEGUNDO – REGULACIONES FEDERALES CONTRACTUALES

Dentro de la regulación contractual del Gobierno de EE.UU. los implementadores locales tienen a su disposición mecanismos legales que pueden mejorar su desempeño en el desarrollo de contratos de cooperación internacional en Colombia y pueden hacerlos más competitivos frente a firmas de mayor trayectoria y experiencia. De esta manera, se busca un aumento del número y valor de adjudicaciones federales a implementadores locales y se propicia la sostenibilidad de los resultados de la Agencia en el futuro.

Uno de los aspectos más positivos de la contratación con el Gobierno de EE.UU. es que este reconoce la necesidad de atraer y conservar a los proveedores más capacitados para conseguir sus objetivos, y sus políticas sobre la utilidad de los contratistas reflejan este hecho. Pero para conseguir adjudicaciones, los oferentes se deben ajustar a unas reglas específicas.

Las reglas básicas de contratación para todas las agencias del Gobierno de EE.UU. se encuentran en el FAR, Capítulos 1 al 52 del Título 48 del CFR, y las reglas complementarias exclusivas de la USAID se encuentran en el *Reglamento de*

⁴² Traducción del original (*Federal Acquisition Regulation System*) aceptada por la Administración de Pequeñas Empresas de los EE.UU. (SBA)

Adquisiciones de la Agencia para el Desarrollo Internacional (Agency for International Development Acquisition Regulation - AIDAR), el cual corresponde al Capítulo 700 del Título 48 del CFR. El artículo incorpora como apéndices, traducciones – realizadas por el autor – de la normatividad analizada, para facilitar su lectura y comprensión.

De acuerdo con la organización estándar del CFR, este título está dividido en volúmenes del 1 al 7, capítulos del 1 al 99 y partes de la 1 hasta la 9999 (Legal Information Institute, 2017). La organización de los volúmenes no presenta un orden fácil de seguir, pues no se observa una división consistente que permita establecer el contenido de cada volumen. Por otro lado, cada capítulo atiende el reglamento de una agencia, departamento u oficina del Gobierno de EE.UU. Por ejemplo, el capítulo 1 contiene el FAR (Partes 1 a 99), y el Capítulo 7 contiene el AIDAR (Partes 700 a 799). Por esta razón, el análisis en este artículo se hace por capítulo y subcapítulo, parte, subparte y sección. Es de anotar que la organización del FAR identifica en cada uno de sus subcapítulos una etapa del proceso contractual, y es por tanto la secuencia escogida para la presentación de los contenidos de este artículo.

Para seleccionar los subcapítulos, partes y subpartes que se estudian en este artículo, el criterio que el autor tuvo en cuenta es su relevancia para la operación de los implementadores locales de iniciativas del Gobierno de EE.UU. en el marco de operaciones de USAID. Por ejemplo, para un oferente local es muy importante conocer las secciones que componen el *Formato de Contrato Uniforme (Uniform Contract Format – UCF)* y poder navegar dentro del mismo. Conocer el UCF tiene aplicaciones prácticas inmediatas dentro de su proceso licitatorio y la administración de sus contratos. Por otro lado, mientras que conocer las excepciones a la competencia que puede utilizar un Oficial de Contratos

(*Contracting Officer – CO*) dentro del proceso contractual es – desde el punto de vista legal – interesante, la aplicación práctica de estas excepciones es prácticamente nula para un implementador local, y por eso no se tratan en este escrito.

2.7 CAPITULO 1 – REGLAMENTO DE ADQUISICIONES FEDERALES

El FAR es el documento básico que codifica toda la contratación federal y contiene las políticas de adquisiciones junto con los procedimientos y requerimientos administrativos que son aplicables a todas las compras que realizan las agencias federales que dependen de la rama ejecutiva del gobierno de EE.UU.

Para poder leer e interpretar el FAR se requiere entender cómo se disponen las numeraciones que permiten la identificación reservada para cada uno de los párrafos de este, y poderlos relacionar con el reglamento adicional de cada agencia. Así, la numeración de las partes del FAR va del número 1 al 51 para el reglamento y el número 52 se reserva para las cláusulas y disposiciones que deben incluirse en los contratos. A USAID se le reserva el prefijo 7 para su reglamento adicional, y se acompaña con la parte del FAR correspondiente para identificar el tema que se trata. Por ejemplo, la subparte del FAR que establece la delegación de autoridad a los CO no proporciona a las agencias los procedimientos específicos para demostrar esa delegación, por lo que las agencias instituyen esos procedimientos dentro de su reglamento adicional. Para encontrar los procedimientos que sigue USAID para el nombramiento de sus CO, se identifica en el AIDAR (Título 48 del CFR, Capítulo 700) la parte y subparte del FAR que contiene el reglamento básico de la delegación de autoridad (Parte 1, subparte 6), lo que nos entrega una referencia completa para ver estos procedimientos en el 48 CFR 701.6, que trata del desarrollo profesional, la autoridad para contratar y las

responsabilidades de los CO de USAID.

2.7.1 DIFERENCIAS ENTRE LA CONTRATACIÓN PRIVADA Y LA CONTRATACIÓN FEDERAL

Uno de los objetivos más importantes de este artículo es proporcionar al lector una visión de las diferencias entre la contratación privada y la contratación federal. Por eso, a continuación se explican los elementos que separan las dos modalidades:

1) Autoridad para contratar

En la contratación privada, la autoridad para celebrar contratos esta dictada enteramente por las políticas surgidas dentro de las personas jurídicas de derecho privado. Por otro lado, las agencias del Gobierno de EE.UU. (inclusive USAID) manejan sus procesos de contratación mediante el uso de los CO, y en un mismo contrato, un implementador puede encontrarse con más de un tipo de CO. Por ejemplo, para la etapa licitatoria, el Gobierno de EE.UU. encarga a un CO el proceso licitatorio y se le conoce como *Oficial de Licitación de Contratos* (*Procurement Contracting Officer – PCO*), mientras que de la fase de implementación se encarga un *Oficial de Administración de Contratos* (*Administrative Contracting Officer – ACO*). ¿Cuál es la importancia de esta clasificación para un implementador?

Debido a razones de presupuesto y eficiencia, estas dos posiciones pueden ser ocupadas por un mismo individuo o por varios, y puede ocurrir que ninguno de ellos sea la persona cuya firma se encuentra en el documento contractual. En oficinas con rotación constante de personal – como las misiones en el extranjero – esto puede conducir a conflictos entre la autoridad explícita y la autoridad aparente (Schonherr Austria, 2017) para obligar al Gobierno de EE.UU. y hacer que el implementador incurra en compromisos no autorizados (*unauthorized*)

commitments), los cuales no son ratificados por el contratante y causan pérdidas que pueden ser sustanciales. En el Subcapítulo A se explica cómo puede un implementador diferenciar los tipos de autoridades y los límites de las mismas.

2) Modificaciones unilaterales

A diferencia de los contratos de derecho privado, el Gobierno de EE.UU. se reserva el derecho de cambiar sus contratos de manera unilateral. Cuando esto ocurre, el implementador afectado tiene derecho a recibir los ajustes equitativos en el precio o en el tiempo de entrega que sean necesarios para cumplir los objetivos revisados del contrato, pero el implementador está condicionado a cumplir con el contrato de todas formas (Lobato & Theodore, 2006). Este tema es explicado más adelante en el Subcapítulo G.

3) Supervisión y auditoría

Las agencias ejecutivas tienen la autoridad de supervisar el trabajo y auditar las actividades desarrolladas por los implementadores, por lo que estos están obligados a mantener y retener ciertos tipos de documentos y entregarlos a solicitud de la agencia contratante. En caso de que la auditoría revele fallas en el cumplimiento de los requerimientos contractuales, el implementador puede ser sujeto de sanciones o ajustes en el precio del contrato.

4) Consideraciones políticas

Las actividades de las agencias del Gobierno de EE.UU. participan de numerosas metas sociales, nacionales y socioeconómicas, y los implementadores están obligados a cooperar y a cumplir con las metas consignadas en el contrato. Estos aspectos se evidencian en todos los subcapítulos de este análisis.

5) Terminación unilateral

Las agencias del Gobierno de EE.UU. tienen la autoridad absoluta de terminar los

contratos – o parte de ellos – de forma unilateral y en cualquier momento, lo que puede darse por conveniencia del gobierno (compensando adecuadamente al implementador) o por incumplimiento, si el desempeño del implementador está calificado por debajo de satisfactorio (Miller & Martina, 2017).

2.7.2 PARTE I – FAR SUBCAPITULO A – GENERAL

DESCRIPCIÓN

Este subcapítulo consta de cuatro partes y su propósito es proporcionar las políticas básicas y la información general sobre el FAR. Por su naturaleza, la información consignada en este subcapítulo es susceptible de ser usada en todas las etapas de la contratación. El principio guía del FAR es “entregar al cliente de manera oportuna el producto o servicio que ofrezca la mejor relación calidad-precio, mientras se asegura la confianza pública y se cumplen los objetivos políticos del Gobierno de EE.UU.”

Las consideraciones principales para cumplir con el principio guía consignado arriba buscan promover la adquisición y el uso de productos y servicios ofrecidos comercialmente, utilizar contratistas⁴³ que demuestren un desempeño histórico exitoso o una habilidad superior para entregar el producto o servicio requerido, y promover la competencia.

En este subcapítulo se autoriza a las agencias del Gobierno de EE.UU. a emitir su propia regulación, con el fin de complementar y/o suplementar el FAR e incorporar políticas, procedimientos, cláusulas y disposiciones específicas de cada agencia para regular el proceso de contratación y controlar la relación entre la agencia y sus contratistas.

Una de las definiciones más importantes que encontramos en este subcapítulo es la

⁴³ Para los efectos de este escrito, los términos “contratista” e “implementador” son sinónimos y se utilizan dentro del escrito de manera intercambiable, dependiendo del contexto (n. del a.)

que concierne al contrato. ¿Qué entiende el Gobierno de EE.UU. por contrato? De acuerdo con FAR 2.101, un contrato se define como una “relación legal mutuamente obligante, que compromete al vendedor a suministrar los bienes o servicios, y al comprador a pagar por ellos”. Para intentar comprender las implicaciones de esta definición en el proceso de administración contractual, la clave es la “relación”, cuyos riesgos comienzan antes de la firma del contrato (Wright, 2007).

Es de esperar que un implementador local – al igual que el Gobierno – haga un estudio responsable de los riesgos y oportunidades que entraña el participar en las licitaciones federales. Este estudio ayudará a la minimización del impacto financiero y operacional de los desafíos inherentes al giro ordinario de sus negocios cuando entren al ambiente contractual del Gobierno de EE.UU.

1) FAR Subparte 1.6 – autoridad para contratar, responsabilidades y desarrollo profesional

DESCRIPCIÓN

Una de las subpartes más importantes de este subcapítulo para los implementadores locales es la que regula las posiciones del Gobierno de EE.UU. con “autoridad para contratar” y las responsabilidades de estas posiciones. Como se mencionaba en el Capítulo 1, la autoridad para contratar es investida en el director de cada agencia. Sin embargo, se le autoriza a delegar suficientes poderes para contratar a la posición de CO, definida en FAR 1.6.

Debido a la variedad de bienes y servicios que contrata el Gobierno de EE.UU, una de las responsabilidades de los CO es asignar a cada contrato – que no sea en la modalidad de precio fijo – un *Representante del Oficial de Contratos (Contracting Officer Representative – COR)*, para asistir al CO a desarrollar sus funciones, pero

a quien no se le puede delegar autoridad alguna que se asemeje a las investidas en los CO. Todas las anteriores delegaciones deben hacerse por escrito.

ANÁLISIS

Para ser delegado como CO, el individuo seleccionado debe ser ciudadano de EE.UU. contratado como empleado directo de USAID (o, como mínimo, del Gobierno de EE.UU.), y haber recibido su “ordenación” (*Warrant*). El procedimiento para ordenarse como CO fue delimitado por la circular 05-01 de la *Oficina de Políticas Federales de Contratación (Office of Federal Procurement Policies – OFPP)*, y aplica para todas las agencias federales, excepto las del Departamento de Defensa. En estas ordenaciones, la autoridad delegante establece el umbral monetario de las mismas (*Office of Federal Procurement Policy, 2017*).

En la práctica lo que un implementador debe tener absolutamente claro para trabajar con USAID entonces es que la autoridad para celebrar, administrar y/o terminar un contrato con el Gobierno de EE.UU. solo es investida en el CO, quien es un ciudadano y empleado directo del Gobierno de EE.UU. que ha recibido delegación expresa mediante una orden del Director de la Agencia y cuya autoridad solo irá hasta el umbral monetario consignado en su ordenación.

Si el contratista – o implementador local – recibiese alguna instrucción que comprometa al Gobierno de EE.UU. a un contrato, o para ir más allá de lo acordado en un contrato ya existente, tiene el derecho de verificar la autoridad otorgada al individuo que alega representación. La forma más fácil de hacer esto es solicitar una copia de la ordenación a nombre del individuo, la cual debe ser conservada con el contrato o la modificación al mismo para propósitos de auditoría.

2) FAR Subparte 4.11 – Sistema de Gerencia de Adjudicaciones

DESCRIPCIÓN

Esta subparte establece las políticas relativas al registro en el *sistema de gerencia de adjudicaciones* (*System for Awards Management – SAM*). Esta subparte obliga a los posibles contratistas a inscribirse en la base de datos del SAM antes de poder recibir adjudicaciones federales. Es importante aclarar que ni las personas naturales, ni los contratistas que reciban adjudicaciones menores a USD\$30,000 están obligados a inscribirse en este registro.

ANÁLISIS

El SAM (www.sam.gov) fue creado en 2012 para reemplazar al *registro central de contratistas* (*Central Contractor Registration – CCR*) y su finalidad es consolidar todas las bases de datos que el Gobierno de EE.UU. tenía hasta esa fecha y contenían información relativa a los contratistas registrados. Este es un sitio web gratuito, de propiedad de (y operado por) el Gobierno de EE.UU. y debe ser usado por cualquier individuo o entidad interesados en hacer negocios con este.

Asimismo, por su gratuidad, puede ser utilizado por cualquiera que desee tener información sobre los asuntos contractuales del Gobierno (Department of Health, 2018).

Una vez se ha completado el registro en el sistema, el implementador queda preparado para contratar con cualquier agencia o entidad del Gobierno de EE.UU. y no necesita surtir procesos adicionales o pagar tarifa alguna para presentar sus propuestas o recibir adjudicaciones federales. El sitio web incluye información adecuada sobre los pasos que deben tomarse, los documentos que deben incluirse en el registro y los contactos dentro de la organización que pueden ayudar a hacer el proceso más expedito y eficiente (University of Missouri, 2018).

En la práctica, lo que un implementador local debe tener en cuenta es que para recibir adjudicaciones federales por valores superiores a USD\$30,000 debe estar registrado en el SAM. Además, debe tener en cuenta que este es el único sitio para registrarse y que las guías necesarias (así como el soporte técnico telefónico/ vía correo electrónico) para realizar este proceso están disponibles para consulta dentro del mismo sitio (Federal Service Desk, 2017).

2.7.3 SUBCAPITULO B – PLANEACIÓN DE ADQUISICIONES

Este subcapítulo está conformado por 8 partes, que versan sobre la fase preliminar de las adquisiciones federales, y le indican al personal encargado de la contratación los variados requerimientos que deben tenerse en cuenta antes de obligar contractualmente al Gobierno de EE.UU. para cumplir con la ley.

1) FAR Parte 5 – Publicidad de Acciones Contractuales

DESCRIPCIÓN

La Parte 5 entrega las condiciones y procedimientos a seguir para hacer públicas las necesidades del Gobierno de EE.UU., permitir que los interesados las conozcan en igualdad de condiciones y concursen para proveer sus bienes y/o servicios.

Con la entrega de estos lineamientos, el FAR proporciona al personal contratante el qué, el cómo y el cuándo, así como el porqué y el para qué publicar las acciones contractuales proyectadas y sus resúmenes post-adjudicación. El cumplimiento de estas instrucciones debe garantizar mejores precios para las adquisiciones del Gobierno de EE.UU., la ampliación de las bases de proveedores capacitados y la mejor calidad posible con relación al precio.

Por otro lado, para los posibles proveedores debe garantizar una escogencia libre de vicios, con especificaciones técnicas claras, expresas y exigibles. Asimismo, la accesibilidad de la información y los parámetros de costos permite planificar la

oferta de forma más eficiente y ajustarlos de una manera realista.

ANÁLISIS

Una de las razones más importantes para la obligatoriedad del cumplimiento de los requisitos de esta parte es el compromiso de apoyo que el Gobierno de EE.UU. ha adquirido con los pequeños negocios (*Small Business*), pues la publicación de las necesidades del Gobierno en un único *punto de entrada a nivel gubernamental* (*Government Point of Entry – GPE*) permite que cualquier persona o entidad las conozca, se inscriba como parte interesada (y esto ayuda en la búsqueda de alianzas o posibilidades de subcontratación) acceda a las especificaciones técnicas completas.

Las publicaciones en el GPE constan de dos etapas: Sinopsis y licitación. En la sinopsis el gobierno publica un resumen de los requerimientos generales que tiene la necesidad particular del gobierno. La intención es poner sobre aviso a la mayor cantidad de oferentes potenciales posibles y ofrecer la oportunidad de cuestionar al Gobierno de EE.UU. sobre aspectos técnicos antes de publicar la licitación. La sinopsis por sí misma no obliga al Gobierno a emitir licitación alguna y permite estudiar el mercado, lo que reduce la exposición a protestas y aumenta la eficiencia del proceso contractual (Defense Acquisition University, 2018). Este método aplica para contratación de servicios especializados e investigación y desarrollo (*Research and Development – R&D*), entre otros.

Las agencias contratantes tienen la posibilidad de combinar la sinopsis con la licitación, lo que acorta significativamente los tiempos utilizados en el proceso. Sin embargo, las licitaciones si son objeto de posibles protestas, por lo que este método se utiliza en mayor medida para adquisiciones rutinarias o planeadas con anticipación, pues los requerimientos de estas están adecuadamente determinados y se dispone de información suficiente para contratar (Reid, 2018).

En el GPE, los posibles oferentes también tienen la opción de conseguir todos los formatos requeridos para licitar, tener aviso en tiempo real y acceder a cualquier enmienda que el Gobierno de EE.UU. le haga a la licitación y – dentro de los plazos estipulados – hacer las preguntas, observaciones y sugerencias que considere necesarias para presentar una oferta acorde con sus capacidades y competencias (WifCon, 2018).

Todo lo anterior es también aplicable para los implementadores locales interesados en licitar con USAID, quienes tienen también la posibilidad de llenar todos los requisitos de registro y participar de los procesos licitatorios publicados de acuerdo con los requisitos de esta parte. El portal de registro actualmente se localiza en la página web www.fbo.gov y en caso de cambio, será actualizado primero en el FAR. Registrarse en el GPE, revisarlo constantemente y conocer la regulación, los formatos y requisitos es pues, una política beneficiosa para aquellas organizaciones locales interesadas en convertirse en implementadores de iniciativas de USAID para el desarrollo.

2) FAR Parte 9 – Calificaciones de los contratistas

DESCRIPCIÓN

En esta parte se estudia las calificaciones que debe demostrar un contratista para ser considerado responsable. Estas calificaciones incluyen su capacidad financiera, administrativa y de cumplimiento de objetivos contractuales. Asimismo, el contratista debe poseer información que le permita demostrar estándares satisfactorios de ética comercial, integridad en el manejo de los recursos públicos, experiencia y desempeño contractual previo.

La parte 9 además detalla cómo se aplican los estándares establecidos para los contratistas principales y sus subcontratistas. También explica cómo debe proceder

el Gobierno de EE.UU. para obtener la información necesaria y cómo efectuar los sondeos pre-adjudicación para oferentes que no tengan experiencia previa con el Gobierno de EE.UU.

Por último, esta parte entrega la información requerida para que los CO puedan hacer determinaciones relativas a conflictos de intereses organizacionales reales o aparentes, con el fin de prevenir su aparición, mitigar sus efectos y adaptar los procedimientos contractuales para preservar el mejor interés del Gobierno de EE.UU.

ANÁLISIS

El FAR obliga a las agencias bajo su régimen a realizar investigaciones del mercado antes de comprometerse en cualquier adquisición gubernamental. Como se observa en la parte 5, estas agencias deben describir detalladamente sus necesidades, reunir la mayor cantidad de información posible acerca del bien o servicio objeto de la adquisición, identificar las fuentes que pueden proveerlo y todas las leyes aplicables.

Adicionalmente, existe la obligación de obtener esos productos o servicios de la manera más rápida y eficiente posible, y desarrollar procedimientos para fomentar la competencia (Parte 6 del FAR). La contratación directa solo se permite en casos especiales y las autorizaciones para ello deben ser proferidas por el Comité de Competiciones de cada agencia.

Una vez se han surtido estas etapas y el Gobierno de EE.UU. ha seleccionado al “ganador aparente”, la agencia contratante debe asegurarse que adjudicará a un proveedor que – en su concepto – sea responsable y capaz de cumplir el contrato. Una de las razones para enfatizar estas condiciones es que los CO han tendido históricamente a sobrevalorar oferentes que cotizan a precios bajos. En el momento

en que estos oferentes incumplen el contrato, las ofertas iniciales de bajo costo se convierten en costos finales más elevados.

Para demostrar que son responsables, los contratistas deben sustanciar que poseen suficientes recursos financieros para cumplir con el contrato, capacidad para cumplir con los cronogramas establecidos y desempeño previo satisfactorio. También se revisará su ética e integridad para los negocios, sus capacidades, sistemas e instalaciones disponibles.

Existe la flexibilidad de subsanar algunos de estos requisitos mediante la presentación de cartas de compromiso que obliguen al cumplimiento de los mismos al momento de la firma del contrato, las cuales serán evaluadas para su aprobación por parte del CO. Asimismo, si el oferente es conformado por una alianza, las capacidades y defectos de sus integrantes serán evaluados, pero reportes negativos acerca de unos de los integrantes de la alianza no necesariamente descalifican a toda la alianza para recibir el contrato (Bryan L. Berson, 2014).

El propósito de los sondeos pre-adjudicación es entregar a los CO de las agencias contratantes una evaluación apropiada de las capacidades de un contratista potencial en lo relacionado con adquisiciones gubernamentales específicas. Su extensión y profundidad están determinadas por el valor monetario de la adquisición particular y su costo debe justificarse por el monto de los recursos gubernamentales que se intentan salvaguardar.

Su utilización se reserva por lo general para “ganadores aparentes” que no han recibido contratos del Gobierno de EE.UU. anteriormente, aunque en algunas ocasiones se usa para verificar contratistas actuales que reciben adjudicaciones por montos superiores a su promedio previo, o en actividades sin experiencia previa. Los procedimientos para realizar estos sondeos son determinados por cada agencia,

pero en ningún caso pueden producir resultados que no documenten la decisión del CO respecto a los aspectos obligatorios de esta parte del FAR (Defense Contract Management Agency, 2014).

2.7.4 SUBCAPÍTULO C – MÉTODOS Y TIPOS DE CONTRATOS

1) **FAR Parte 15 – Contratación Negociada**

DESCRIPCIÓN

El Gobierno de EE.UU. tiene a su disposición una amplia variedad de instrumentos contractuales para cumplir sus objetivos con eficiencia y hacer el mejor uso del dinero de sus contribuyentes. En la Parte 15, el FAR compila y explica los tipos de contratos disponibles, así como las circunstancias que rodean su uso y las normas que regulan su aplicación.

La primera distinción que hace la parte 15 es entre la contratación directa y la contratación competitiva. El CO debe escoger el método que entregue el mayor beneficio al contratante y haga más eficiente el proceso. En este mismo sentido, se da a los CO la facultad de elegir ofertas que no necesariamente sean las de menor precio o las de mayor calidad técnica, si ninguno de estos aspectos representa el mayor beneficio para el Gobierno de EE.UU.

El CO debe igualmente determinar desde el principio del proceso licitatorio el método de selección entre las alternativas ofrecidas por esta parte: *oferta técnicamente aceptable de menor precio (Lowest Price-Technically Acceptable – LPTA)* u *oferta seleccionada por compensación y concesión (Trade-off)*. Esta selección se basa en la complejidad de la adquisición, la probabilidad de éxito del contratista y la posibilidad de incumplimiento de los objetivos contractuales.

La parte 15 incorpora el UCF, que debe ser utilizado por todas las agencias del Gobierno de EE.UU. para sus licitaciones y contratos y debe contener toda la

información relevante para la adquisición específica que se esté llevando a cabo. El contratista debe responder en este mismo formato completando las secciones que requieran de su participación, tales como:

- Sección B – Programación del contrato: La propuesta deberá incluir las fechas, costos y presupuestos, y el periodo de desempeño del contrato. El oferente debe proponer cronogramas de ejecución que estén acordes con sus especificaciones técnicas, pues una vez acordada esta sección, su modificación se constituye en una modificación cardinal del contrato y requiere aprobación de las autoridades superiores de la Agencia, lo que la hace compleja de editar y puede conducir a rompimientos del contrato (John Cibinic, 2006).
- Sección C – Descripción del trabajo a realizar: En esta sección, la Agencia proporciona el “qué”, es decir la necesidad del Gobierno de EE.UU. (Descripción de los bienes y/o especificaciones de los servicios requeridos). La expectativa es que la propuesta sea adaptada por el oferente para incluir el “cómo”, y describa en detalle los pasos que el contratista tomaría para cumplir los objetivos del contrato, como se exponen en esta sección del UCF. Debe además incluir cualquier información necesaria para que los oferentes en competencia puedan desarrollar propuestas de costos adecuadas y precisas (United States Courts, 2018)
- Sección K – Representaciones y certificaciones: Incluyen todas las declaraciones relativas a estándares éticos, financieros y administrativos del oferente, así como su personal clave.

En esta parte también se encuentra la información relacionada con la entrega, modificación, revisión y retiro de las propuestas. Esta información incluye calendarios, horarios y métodos de transmisión de las ofertas para ser consideradas

válidas en el proceso licitatorio. Igualmente, proporciona los criterios que el CO debe tener en cuenta a la hora de desarrollar y publicar en la licitación los factores para la selección del contratista, con el fin de apoyar una competición positiva y hagan posible discriminar las propuestas en competencia.

Aquí se consignan también los procedimientos requeridos para evaluar las propuestas, documentar los hallazgos y asignar calificaciones justas a las ofertas. También se detallan cómo las reglas para sostener intercambios, pedir aclaraciones y solicitar revisiones de las ofertas que sean consideradas como válidas, después del recibo de las mismas. Finalmente se proporcionan al CO los pilares de la argumentación que debe realizar para sustentar la selección del contratista y las notificaciones y procesos que deben surtir para avisar del resultado de la licitación a todas las partes interesadas.

ANÁLISIS

Al entrar a esta parte del FAR, el implementador local va a encontrar los principales instrumentos para moverse dentro de los documentos utilizados para hacer las licitaciones y los contratos del Gobierno de EE.UU. Una de las consideraciones más importantes es tener en cuenta que el precio no es – por lo general – el principal factor de selección en la contratación federal. La regulación entrega suficientes alternativas a la agencia contratante para enfocar sus criterios de evaluación de manera que pueda conseguir las metas propuestas de manera económica y eficiente.

De acuerdo con la normatividad consignada en esta parte, el CO tiene la posibilidad de escoger entre la contratación LPTA o *Trade-off*. Esta selección debe ser documentada detalladamente en el Memorando de Negociaciones (no disponible públicamente), el cual se elabora simultáneamente con el proceso licitatorio y permite al CO explicar los pasos y las bases para cada una de las

decisiones tomadas para obligar al Gobierno de EE.UU. en un contrato o modificación contractual (Edwards, 2018).

La intención detrás del uso de cualquiera de los dos tipos de contratación citados previamente debe ser maximizar la eficiencia y disminuir los costos, a través de la innovación y la competencia entre la industria.

La contratación LPTA se utiliza cuando el requerimiento está muy bien definido, y se tiene un alto grado de certeza de alcanzar los entregables del contrato. Los criterios de evaluación técnicos para la LPTA son claros, sencillos y relativamente pocos, pues el mayor peso de la evaluación recae sobre el aspecto económico del contrato. La adquisición de artículos comerciales es un ejemplo de cuando la agencia puede utilizar LPTA (Department of Defense, 2018). En USAID, las necesidades de la Agencia son técnicamente más complejas, por lo que este tipo de contratación se utiliza con muy poca frecuencia.

Por otro lado, las agencias utilizan la contratación *Trade-off* cuando necesitan establecer un balance de negociación adecuado entre el desempeño técnico, el cronograma de la actividad, y el costo de la misma (Baker, 2016). Para el caso de USAID en Colombia, todas las contrataciones de actividades de asistencia para el desarrollo hechas en el periodo cubierto por la *última estrategia-país de cooperación para el desarrollo (Country Development Cooperation Strategy – CDCS)* han sido contratadas mediante este método, lo que hace necesario que los implementadores locales interesados en trabajar con la Agencia internalicen la regulación del mismo⁴⁴.

En la parte 15 se regulan los momentos en los cuales los implementadores – locales o no – pueden delimitar y ofrecer observaciones para ayudar a configurar

⁴⁴ La Fuente de esta estadística no está disponible al público en general, pero se trata de la Estrategia-País de Cooperación para el Desarrollo para Colombia correspondiente al cuatrienio 2014-2018.

los requerimientos del Gobierno de EE.UU., de forma tal que puedan licitar con mejores propuestas, tener mayores probabilidades de recibir las adjudicaciones y conseguir los objetivos contractuales planteados. Los momentos para esta actividad son cuatro: antes de publicar la licitación, antes de recibir las propuestas iniciales, antes de escoger un rango competitivo de oferentes y antes de la selección del oferente aparentemente exitoso.

El intercambio de información antes de publicar la licitación no es una obligación del contratante, pero sirve para identificar y resolver inquietudes sobre los aspectos técnicos, así como el cronograma y los posibles costos del contrato a licitar. Todas las posibilidades identificadas en la norma son de amplia utilización por parte de los CO y el requisito para utilizarlos es que deben ser publicados a través del GPE, como se muestra en la parte 5 del FAR, ya estudiada en este artículo. Esto es uno más de los beneficios del registro SAM requerido para los oferentes locales.

Las discusiones después de la publicación de la licitación pueden tener un formato simple de preguntas y respuestas, u otro más elaborado como una conferencia de oferentes potenciales. Sin importar el formato escogido por el CO, la escogencia debe garantizar que todos los oferentes potenciales tengan acceso a las preguntas realizadas, sus respuestas y las enmiendas a la licitación que se hayan originado como consecuencia de la participación del público (FindRFP, Inc., 2018). Para beneficiarse de esta oportunidad, los implementadores locales que deseen ofertar deben leer la licitación y comprenderla en su totalidad. Esto hará posible una participación efectiva y beneficiosa para todos los involucrados, lo que resolverá sus propias inquietudes y le permitirá presentar una mejor oferta.

Los otros dos momentos para los intercambios de información pueden convertirse en uno solo – en caso de una adjudicación sin discusiones – pero si el CO decide formar un rango competitivo para sostener discusiones con uno o más oferentes,

debe hacerlo de acuerdo con las disposiciones de la norma. Los oferentes que han sido notificados de su exclusión del rango competitivo (o no hayan recibido una adjudicación) tienen la posibilidad de elegir cuando desean recibir su Aviso de Exclusión entre antes y después de la adjudicación.

Las diferencias entre las dos modalidades estriban principalmente en las ventajas que cada una ofrece: el aviso pre-adjudicación es inmediato y ayuda si – por ejemplo – el oferente está participando en otros procesos, pues le da la posibilidad de mejorar aspectos de sus ofertas. Por otro lado, el aviso post-adjudicación incorpora una mayor cantidad de información (inclusive datos de costos y monto de la oferta ganadora) lo que permite que el oferente no seleccionado incorpore las lecciones aprendidas en un rango más amplio de aspectos de sus propuestas. Es importante resaltar que – de acuerdo con FAR 33 – los tiempos de proceso para una posible protesta por parte de un oferente no se afectan por la modalidad de notificación que este haya elegido, lo que hace el proceso más balanceado.

Un implementador local que haga uso intensivo y experto de los mecanismos legales ofrecidos por esta parte del FAR, estará preparado para facilitar el cumplimiento de los objetivos de desarrollo consignados en el contrato y, de la misma forma, podrá mejorar su desempeño en las licitaciones competitivas que ofrezca USAID.

2.7.5 SUBCAPITULO E – REQUERIMIENTOS GENERALES DE CONTRATACION

1) FAR Parte 33 – Protestas, disputas y apelaciones

DESCRIPCIÓN

En esta parte, el FAR explica a los oferentes, contratistas y a los funcionarios de las agencias gubernamentales los aspectos más relevantes a ser tenidos en cuenta para protestar una licitación, disputar un tema de un contrato o apelar una decisión

de un CO. Asimismo, establece las responsabilidades de cada una de las partes respecto al proceso y delimita los alcances de estos mecanismos legales.

Como se menciona previamente en el estado del arte del problema de investigación, es necesario tener claro el ámbito de aplicación de la normatividad aquí presentada, el cual abarca todos los instrumentos de cooperación otorgados por USAID a cualquier implementador, en los EE.UU. o en el extranjero. Aclarado este aspecto, lo que se requiere entonces es un análisis sobre cómo resolver las controversias contractuales frente al Gobierno de EE.UU.

Uno de los asuntos más relevantes que define esta parte es ante quién debe presentarse una protesta, y esto se considera relevante debido al límite en el periodo para su presentación, pues escoger la avenida equivocada puede significar que la protesta sea desestimada, aún si tiene razones válidas favorables al oferente. Las protestas se presentan inicialmente a la agencia contratante y en la Agencia pueden ser evaluadas por el CO encargado de la licitación, o por un CO asignado especialmente. De una forma u otra, las decisiones del CO a cargo deben tomarse en derecho. EL CO debe propender por la utilización de *mecanismos alternativos de solución de conflictos* – MASC (*Alternative Dispute Resolution* – ADR) antes de tomar una decisión relativa a una protesta específica.

En caso de que se presente un desacuerdo con la decisión del CO, la parte afectada puede decidir escalar la protesta, presentándola ante la *Oficina de Responsabilidad Gubernamental* (*Government Accountability Office* – GAO). Si este es el camino seleccionado, también existe un límite de tiempo después de la acción adversa de la Agencia. La GAO no actúa por sí sola, sino que se remite a la oficina encargada de la adquisición para la fase de recolección de la información. El proceso dentro de la GAO es mucho más exhaustivo y – a diferencia de un CO – la decisión final contempla el reconocimiento de costos como parte de un arreglo negociado.

Es importante resaltar que aunque la última alternativa para la presentación de las protestas es la *Corte Federal de Reclamaciones (United States Court of Federal Claims – USCFC)*, esta parte del FAR no profundiza en los procedimientos y formas a seguir para acudir a la USCFC. La parte únicamente indica que el oferente afectado debe seguir la regulación de la Corte, pero no dirige al interesado a la norma específica a utilizar (consignada en 28 USC § 1491(b)).

Las disputas contractuales son desacuerdos que surgen como consecuencia de – o en relación con – un contrato, como se define en FAR 2.101, y las apelaciones son instrumentos legales a disposición de los implementadores para contestar una decisión legal que consideren como desfavorables a sus intereses y hacer que sea revisada por una instancia superior. Esta parte presenta los procedimientos a seguir, los documentos que se requieren, las autoridades del CO con relación a la decisión de las disputas, y vuelve a estimular la utilización de los ADR para evitar procesos legales más complejos y resolver las disputas con eficiencia y celeridad.

ANÁLISIS

Protestas

La protesta es uno de los mecanismos de mayor alcance que tienen los oferentes – inclusive los implementadores locales – para hacer valer sus derechos frente al Gobierno de EE.UU. Existen dos tipos de protestas a disposición de la parte interesada: Pre-adjudicación y post-adjudicación.

Las protestas pre-adjudicación por lo general se fundamentan en aspectos inapropiados o defectos de una licitación que son evidentes antes de la fecha de entrega de ofertas. Si este es el caso, para ser considerada válida, la protesta relacionada con ese defecto debe ser radicada antes de la fecha de entrega de ofertas.

Este tipo de protestas son importantes para un implementador local por dos razones principales: primero, si el implementador local no recibe una adjudicación, ya no tendrá oportunidad de reclamar contra un defecto que existía en la licitación. Segundo, este tipo de protestas hacen parte esencial del proceso licitatorio porque permiten aclarar posibles dudas y situarse en la mejor posición de obtener el contrato (Solowsky, 2017). Sin embargo, es altamente aconsejable participar en las conferencias de oferentes y hacer el máximo uso de las oportunidades de Preguntas y Respuestas (*Questions and Answers – Q&A*). La participación de los oferentes en estos procesos da a los CO la oportunidad de hacer las enmiendas correspondientes a la licitación. En caso de que las observaciones presentadas no sean tenidas en cuenta, se podrá presentar una protesta pre-adjudicación mejor fundamentada y con más probabilidades de ser resuelta a favor del oferente perjudicado por la incorrección en la licitación.

Las protestas post-adjudicación tienen un tiempo máximo para su radicación hasta 10 días hábiles después de que la base para la protesta se conozca – o deba ser conocida – por la parte afectada (US Government Accountability Office, 2017). Este aspecto es muy importante – especialmente para la GAO – porque en casos anteriores la parte afectada radica fuera de plazo estipulado y alega falta de conocimiento acerca de aspectos específicos del FAR, como la comprensión del proceso de la actividad a ser contratada y la demora de la Agencia para responder a la solicitud de clarificaciones. En el caso específico citado, el argumento de la parte afectada fue rechazado por la GAO debido a que dichos procesos se encuentran detallados y publicados en el FAR. Así pues, la GAO en su sentencia no considera que una extensión a los 10 días hábiles para protestar fueran necesarios en caso de un oferente capacitado para contratar con el Gobierno de EE.UU. (Manuel, 2016).

Para poder convertirse en parte de una protesta, el oferente debe demostrar que sus intereses económicos directos se ven afectados por la adjudicación (o falta de adjudicación) de un contrato. Por esto, cualquier oferente – potencial o real – puede protestar los términos de una licitación. Por otro lado, solo un oferente que pueda demostrar que, si su protesta es aceptada, el contrato le sería adjudicado – o su oferta sería competitiva – está facultado para protestar la decisión de selección contractual de una agencia.

Únicamente la USCFC tiene la autoridad legal para hacer cumplir sus decisiones, pero los casos presentados en esta no pueden ser revisados por ninguna otra autoridad en caso de una decisión desfavorable, y su litigación es costosa y demorada. Las protestas radicadas ante la GAO y las agencias tienen un proceso más rápido y económico, y sus decisiones pueden ser revisadas por la USCFC (Nadler, 2013). Lo anterior hace de las protestas frente a la Agencia of la GAO opciones más apropiadas para ser usadas por un implementador local.

De acuerdo con las estadísticas más recientes (US Government Accountability Office, 2017), anualmente la GAO recibe un promedio de 2.500 casos, de los cuales solo uno de cada cinco tiene mérito para ser procesado. De los 500 procesados – de nuevo – solo uno de cada cinco favorecen a la parte afectada. De acuerdo con lo anterior, solo uno de cada 25 casos radicados favorece al oferente. En este mismo informe, la GAO presenta las estadísticas de uso de ADR, con un promedio de únicamente 120 casos anualmente (5% del total de protestas), pero con una tasa promedio de éxito de más de 80% (Therriault, 2017). Esta información presenta una conclusión evidente: Los ADR – por encima de las protestas – son mecanismos de alta efectividad para que un implementador local haga valer sus derechos ante el Gobierno de EE.UU.

Disputas

Las disputas – a diferencia de las protestas – únicamente pueden ocurrir cuando el Gobierno de EE.UU. ha establecido una relación contractual con un oferente, lo que lo convierte en un contratista. Por esta razón, las disputas ocurren solo durante o después del desempeño del contrato, y con ocasión de este. Las causas estadísticamente más comunes para la existencia de disputas contractuales han sido la introducción de requerimientos regulatorios excesivos sin una compensación adecuada por parte del Gobierno de EE.UU. y el incumplimiento de los términos contractuales por parte de los contratistas (Administrative Conference of the United States, 1987).

El FAR únicamente entrega una breve normatividad sobre los casos y procesos en los cuales se puede llevar a cabo el proceso legal de disputas contractuales, pues para estos casos específicos existe la *Ley de Disputas Contractuales (Contracts Disputes Act – CDA*⁴⁵). Esta ley, proferida en 1978 establece el marco normativo necesario para que los contratistas – o implementadores locales – puedan resolver un desacuerdo presentado en el marco de un contrato y eviten los perjuicios económicos asociados al desacuerdo.

2.7.6 SUBCAPITULO F – CATEGORIAS ESPECIALES DE CONTRATACION

1) FAR Parte 37 – Contratación de Servicios

DESCRIPCIÓN

En la parte 37, el FAR se ocupa de los requerimientos especiales relacionados con los contratos en los que en lugar de proporcionar un artículo final de suministro, el contratista se encarga de realizar una tarea identificable y definida. Esta parte

⁴⁵ Código de EE.UU. Libro 41 Capítulo 71, disponible en <https://www.justice.gov/usam/civil-resource-manual-70-contract-disputes-act>

define nueve tipos de tareas a realizar bajo contratos de servicios, pero estas no son consignadas como una lista excluyente y dan cabida a muchas actividades secundarias diferentes dentro de los nueve tipos principales.

La contratación de servicios tiene la particularidad de que – a diferencia de los contratos de bienes o suministros – hace más factible hacer *contratos de servicios personales* (*Personal Services Contracts* – PSC), en los cuales el implementador del contrato es una persona natural (University of Pennsylvania, 1995).

El aspecto más relevante de esta parte para un implementador local es la limitación que tiene el Gobierno de EE.UU. para pagar indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo sin justa causa a extranjeros. De acuerdo con el Artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo de Colombia, a los trabajadores contratados a término fijo⁴⁶ se les debe pagar “el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada” (Congreso de Colombia, 2018).

Sin embargo, FAR 31.205-6 (g) (6) declara inadmisibles los costos por indemnizaciones a extranjeros “cuando estos excedan los montos típicamente pagados a trabajadores que realicen la misma labor en la misma industria en los EEUU.” (US Government Publishing Office, 2018).

El FAR 37.113 ofrece a las misiones en el extranjero la posibilidad de gestionar una “renuncia” (*waiver*) a las limitaciones de costo explicadas en el párrafo anterior. Los Directores de cada misión en el extranjero deben documentar las razones de la solicitud, cómo los pagos requeridos por la ley local exceden las limitaciones impuestas por la norma y qué plan ha preparado la misión para ajustar la implementación a mediano y largo plazo.

⁴⁶ El contrato a término fijo es – debido a las limitaciones de costos en FAR 31.205-6(g) (6) – la única modalidad de contratación utilizada por el Gobierno de EE.UU. para sus trabajadores en Colombia.

ANÁLISIS

Durante los últimos 25 años, en los EE.UU. se ha generado un debate muy intenso con relación a la posibilidad del sector privado de proveer al Gobierno con una gran variedad de servicios públicos de forma más eficiente que el propio gobierno. Los extremos del debate se han enfocado por un lado en la eficiencia sobre los costos transaccionales, y en el otro, la necesidad del gobierno de conservar el control sobre *funciones inherentemente gubernamentales (Inherently Governmental Functions – IGF)* (Tadelis, 2010).

Los resultados de este debate han significado que en la realidad el Gobierno de EE.UU. sea más específico sobre las funciones que caben dentro de la categoría “crítica⁴⁷” y sean clasificadas como IGF, las cuales no pueden ser delegadas al sector privado. La última revisión realizada por la OFPP entregó una política inter-agencias con lineamientos precisos y una sola definición de IGF (Office of Federal Procurement Policy, 2011). Aquellas que sean clasificadas como “cercanas” u “otras” pueden ser licitadas para su contratación por parte del sector privado (Defense Acquisition University, 2018), lo que ha permitido delegar la responsabilidad de llevar a cabo actividades de cooperación para el desarrollo – mayoritariamente servicios – en contratistas e implementadores privados.

De manera oficial, el Gobierno de EE.UU. – mediante los sondeos pre-adjudicación mencionados en FAR 9 – investiga a los oferentes aparentemente exitosos para establecer sus políticas y procedimientos internos (financieros, administrativos y de recursos humanos). Extraoficialmente, después del sondeo pre-adjudicación, si el oferente recibe la adjudicación y no se le entregan observaciones específicas, esas políticas son aceptadas por la Agencia para

⁴⁷ Las tareas críticas incluyen todas aquellas responsabilidades que requieran que el funcionario tenga autonomía, tales como decisiones sobre políticas, evaluación de desempeño, ejecución de transacciones monetarias u obligación de fondos gubernamentales (Defense Acquisition University, 2018).

implementación. Esto le entrega al contratista libertad y flexibilidad para continuar el giro ordinario de sus negocios sin variaciones. Sin embargo, como se ve en la descripción de esta parte, un aspecto a tener en cuenta por parte de los implementadores locales es la correcta selección de la modalidad de contratación de los trabajadores requeridos para implementar programas de USAID. Exceder los costos de las indemnizaciones a trabajadores por terminación de contrato sin justa causa ocasiona que el contratista deba asumir cualquier costo adicional por este concepto. Es importante anotar que la misión de USAID en Colombia no ha recibido – o está en proceso de recibir – una renuncia a las limitaciones de costos para pago de indemnizaciones laborales. Por lo anterior, los implementadores locales deben tener en cuenta las disposiciones de esta parte para ajustar sus políticas laborales y presentar propuestas que recompensen debidamente el logro de los objetivos contractuales de la Agencia.

2.7.7 SUBCAPITULO G – GERENCIA DE CONTRATOS

1) FAR Parte 42 – Administración de contratos y servicios de auditoría

DESCRIPCIÓN

Esta parte proporciona la normatividad necesaria para que las agencias puedan administrar los instrumentos contractuales que suscriban con el sector privado. Es importante para los implementadores locales principalmente por cuatro aspectos: La obtención de las tasas de costos indirectos, inadmisión de costos, detenciones y demoras de la ejecución contractual por orden del gobierno y, por último, información de desempeño de los contratistas.

Tasas de costos indirectos

En esta subparte, el FAR presenta las definiciones, procedimientos y normatividad necesaria para que un contratista esté en capacidad de obtener un *acuerdo*

negociado de tasas de costos indirectos (Negotiated Indirect Cost Rate Agreement – NICRA).

De acuerdo con FAR 31.205, un costo indirecto es un costo que – a diferencia de un costo directo – no es identificable con un objetivo de costo final y unitario, tal como un contrato (National Institute of Health, 2018), sino que puede identificarse con – y es para el beneficio de – varios contratos, o con el desempeño de un contratista específico. Las tasas de costos indirectos son los mecanismos utilizados para determinar con justicia y eficiencia la proporción de costos indirectos que cada proyecto debe asumir. En la mayoría de casos, las tasas de costos indirectos se dividen en dos categorías: Sobrecostos (*Overhead*) y gastos administrativos (*General and Administrative – G&A*). Ejemplos de sobrecostos son el arriendo y los servicios públicos, mientras que gastos legales y servicios de contabilidad son ejemplos de gastos administrativos (Jefferson, 2016).

Denegación de costos

Dentro de las responsabilidades del CO está la revisión permanente de los costos incurridos en el desarrollo del contrato. Si el CO (con el apoyo del COR) encuentra que los costos facturados en un contrato firmado bajo la modalidad de reembolso de costos (FAR 16.5) no cumplen con las condiciones impuestas en FAR 31.2, debe avisar a la mayor brevedad posible de la intención del Gobierno de EE.UU. de denegar el reembolso según los términos del contrato y proporcionar la oportunidad de usar los ADR para cualquier desacuerdo resultante.

Suspensión de trabajos, órdenes para detener el trabajo y trabajos demorados por el Gobierno

De acuerdo con lo estipulado por esta subparte, el Gobierno de EE.UU. cuenta con la normatividad para detener – de manera unilateral – el desempeño de una

actividad de manera temporal, por causas distintas a la terminación definitiva del contrato (como una protesta post-adjudicación). Asimismo, establece la regulación necesaria para que el contratista pueda pedir el ajuste equitativo correspondiente a los costos en los que haya incurrido hasta la cesación del desempeño.

Información sobre el desempeño del contratista

Una de los mecanismos más útiles que tiene el Gobierno de EE.UU. a su disposición para los procesos licitatorios es la información sobre el desempeño pasado de sus contratistas. En esta parte, se explican los aspectos que los COs deben tener en cuenta para evaluar sus contratos. Estas evaluaciones deben hacerse al menos una vez al año para todo contrato cuyo *costo estimado total (Total Estimated Cost – TEC)* esté por encima del SAT. Con este fin, las agencias deben utilizar el *Sistema de información de evaluación de desempeño del contratista (Contractor Performance Assessment Reporting System – CPARS)* y las herramientas métricas del *Sistema de recuperación de información de desempeño pasado (Past Performance Information Retrieval System – PPIRS)*.

ANÁLISIS

Tasas de costos indirectos

Uno de los mecanismos legales más útiles que tienen los implementadores locales para hacer su operación más rentable y eficiente es un NICRA. Un NICRA es el resultado de un proceso de negociación de las tasas de costos indirectos. Esta negociación permite que cada uno de los proyectos desarrollados por un contratista se haga cargo de una porción justa de los costos con relación a los beneficios recibidos de esos costos por parte del contratista (Department of the Interior, 2018).

Para obtener un NICRA, un implementador local debe presentar una propuesta

sobre la base de datos históricos acumulados y auditados por firmas reconocidas por el Gobierno de EE.UU. El interesado debe preparar una propuesta de tasas de costos indirectos, en la cual entrega los detalles de los estados financieros debidamente auditados, así como sus balances generales y de prueba, entre otros. Estos documentos son presentados ante el centro de negocios del Departamento del Interior (*Department of Interior* – DOI) de acuerdo con las instrucciones disponibles en su sitio web (<https://www.doi.gov/ibc/services/finance/indirect-cost-services>) y una vez establecido el NICRA, este será incorporado en todos los instrumentos de adquisición o asistencia otorgados al implementador.

El Gobierno de los EE.UU. reconoce que estos costos son difíciles de asignar a una función directa o un programa específico y reconociéndolos, se asegura que los costos de sus operaciones son legalmente sólidos, justos y equitativos. Asimismo ayuda a preservar la industria y una base amplia de competidores.

Denegación de costos

La OMB define en la Circular A-133 los costos cuestionados como aquellos a los que “a) un auditor ha cuestionado debido a que posiblemente violan la ley, la normatividad vigente o los términos del instrumento contractual, b) les hace falta – en el momento de la auditoría – la suficiente documentación de respaldo, o c) dadas las circunstancias particulares del momento contractual, parecen no ser razonables, ni reflejan las acciones de una persona prudente en el desarrollo normal de sus actividades” (Office of Management and Budget, 2003).

Sin embargo, la sola identificación de costos cuestionados no los hace automáticamente inelegibles para reembolso, pues se requiere de una revisión detallada por parte de la *Oficina del Inspector General (Office of Inspector General* – OIG) antes que la Agencia pueda tomar la determinación de denegar los costos. Durante este tiempo, el implementador local tiene la oportunidad para

presentar ante el CO la documentación necesaria para sustanciar la necesidad del gasto incurrido y como el mismo contribuye con la consecución de los objetivos contractuales (Department of Housing and Urban Development, 2018).

Suspensión de trabajos, órdenes para detener el trabajo y trabajos demorados por el Gobierno

Uno de los momentos más difíciles para un contratista es aquel en el que el Gobierno de EE.UU. ejecuta de manera unilateral cualquiera de estas tres acciones, debido a la carga financiera y administrativa que representa detener el desempeño sin que el contrato haya sido resuelto, o se hayan alcanzado los objetivos contractuales. Sin embargo, es importante anotar que antes de tomar esta decisión, el CO debe hacer un estudio que plantee todos los posibles cursos de acción y las consecuencias que cada uno de ellos tiene para las partes del contrato.

De acuerdo con el lenguaje incluido en la cláusula 52.242-15, estas consecuencias pueden incluir – al ser la orden de carácter unilateral – un ajuste equitativo de los costos, con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato (Brookhaven National Laboratory, 2018). Los ajustes equitativos no están definidos con precisión en el FAR y se han definido en la jurisprudencia (United States Court of Appeals, Federal Circuit, 1985) como un ajuste del contrato, hecho de acuerdo con la cláusula “Cambios” para compensar al Contratista por las acciones del Gobierno, o al Gobierno por reducciones al contrato. Este ajuste debe incluir disposiciones para la utilidad, de otra forma no se considera como un ajuste equitativo, solo como un ajuste simple al contrato.

El uso apropiado del ajuste equitativo, cuando un implementador local deba hacer frente a las acciones que contempla esta subparte puede hacer la diferencia entre el cumplimiento y el incumplimiento de la misión corporativa.

Información sobre el desempeño del contratista

La evaluación del desempeño de los contratistas es una de las responsabilidades más relevantes que tienen los CO. La contratación del Gobierno de EE.UU. depende en evaluaciones claras y a tiempo para poder tomar decisiones de negocios informadas. Esta información es crítica para asegurar que solo se adjudiquen instrumentos contractuales a compañías que provean productos y servicios de calidad, en apoyo a las misiones de cada agencia (Office of Federal Procurement Policy, 2014).

La responsabilidad de los contratistas no se limita únicamente a leer sus evaluaciones en el momento que el CO se las envía a través del CPARS, pues esto en la práctica puede dejar al implementador sin argumentos para responder a una evaluación negativa. Una vez consignada y procesada en CPARS, la evaluación estará disponible en PPIRS para todas las contrataciones del Gobierno de EE.UU. a nivel global.

La participación informada en el proceso de elaboración de sus evaluaciones redundan en – posiblemente – dar forma a lo que el CO percibe sobre el trabajo que se ha hecho para el logro de los objetivos del contrato (Smith, 2013). Esto es un aspecto clave cuando se trata de contratos de varios años, los cuales presentan problemas al inicio de la implementación que son resueltos en años posteriores. Si el contratista no le da suficiente importancia a mejorar sus evaluaciones, para próximas licitaciones el CO a cargo de revisar PPIRS sólo encontrará aspectos negativos de su desempeño y descartará al implementador.

El desempeño previo es actualmente el segundo criterio de evaluación más importante para USAID (por encima del precio), por lo que se espera que un implementador local adelante su mejor esfuerzo para responder a las evaluaciones en CPARS y coadyuve para recibir la siguiente adjudicación en la que participe.

2) FAR Parte 43 – Modificaciones contractuales

DESCRIPCIÓN

La parte 43 del FAR entrega la regulación necesaria para realizar modificaciones a los contratos. Aquí se indica que únicamente los CO están facultados a modificar cualquier contrato, y cualquier otra autoridad aparente no existe.

También se describen los tipos de modificaciones al contrato y los usos de cada una de ellas. Estas están clasificadas de acuerdo a la participación requerida entre unilaterales y bilaterales, y consigna en la norma que cualquier modificación que altere el equilibrio económico de un contrato será bilateral, o no estará completa hasta que se realice un ajuste equitativo. Asimismo, estipula que las modificaciones de cualquier clase deben ser debidamente notificadas a las partes, con información específica de los alcances y las responsabilidades de las partes. Adicionalmente, hace al Gobierno de EE.UU. responsable de certificar que las modificaciones están debidamente costeadas y que existen los recursos necesarios para que el contratista alcance los objetivos contractuales sin inconvenientes.

ANÁLISIS

Las modificaciones al contrato son el tipo de acciones contractuales más comunes para un profesional en contratos. Estas pueden estar relacionadas con el costo, el periodo de desempeño, los tiempos de entrega y los términos y condiciones, entre otras. En el caso específico de USAID, el hecho de contratar profesionales y firmas extranjeras, sumado a la complejidad de los requerimientos contractuales conduce frecuentemente a que estos sean mal comunicados y malinterpretados por las partes (Defense Acquisition University, 2018).

Si estos hechos fuesen evidentes antes de la adjudicación, no surgiría la necesidad de modificar los contratos, pero en la mayor parte de los casos, esto se evidencia

después de que se ha comenzado la implementación. Aun así, hay casos en los que, a pesar de conocer la necesidad de modificar el contrato antes de adjudicarlo, sólo se puede modificar para ajustar los precios en un ambiente de ajuste de precios económicos, como podría ser las fluctuaciones de la tasa de cambio (Wifcon.com LLC, 2015).

Los implementadores locales son socios igualitarios (y de buena fe) del Gobierno de EE.UU. en la implementación de los contratos, por lo que se espera que en el momento en que identifiquen circunstancias que impidan el logro de los objetivos contractuales, alteren el equilibrio económico del contrato o puedan mejorar sustancialmente la implementación mediante el uso de nuevas tecnologías o procesos, trabajen conjuntamente con el CO y el COR para ajustar el contrato a las nuevas realidades y aumenten su eficiencia en el desempeño del mismo.

3) FAR Parte 44 – Políticas y Procedimientos de Subcontratación

DESCRIPCIÓN

En esta parte, el FAR consigna el marco regulatorio para que los contratistas puedan utilizar subcontratos para desarrollar su misión y lograr los objetivos del contrato. Esta parte presenta una de las facultades extraordinarias que el Gobierno de EE.UU. se reserva dentro de los contratos, como es otorgar el consentimiento para subcontratar. Sin este, los contratistas no pueden hacer uso de este instrumento, y su utilización sigue unos parámetros estrictamente definidos.

Una de las posibilidades con las que cuentan los contratistas para hacer más fácil el cumplimiento de esta condición es la revisión y aprobación de su sistema de compras por parte del gobierno. Una vez un contratista ha logrado que su sistema de compras sea aprobado, el requisito de Consentimiento para cada subcontrato se modifica para requerir únicamente la notificación de la intención de subcontratar.

La parte enumera y detalla los requisitos que deben cumplir las solicitudes de consentimiento y los umbrales monetarios para solicitarlo. También presenta los pasos que debe tomar cada una de las partes del contrato para que el Consentimiento tenga validez legal. Asimismo obliga al contratista a justificar plenamente la decisión de usar un implementador externo en lugar de su propia capacidad y la selección del subcontratista mediante competencia o directamente.

ANÁLISIS

Cualquier contratista que desee subcontratar una porción de su trabajo que tenga un valor superior al SAT debe obtener la autorización del CO para hacerlo. Cuando el contratista entra en una relación contractual con un subcontratista, la primera consecuencia es que el Gobierno de EE.UU. queda excluido de esa porción del trabajo, pues no existe una relación legal mutuamente obligante entre la Agencia y el subcontratista. Esta es la razón que motiva la necesidad del gobierno de revisar y aprobar los subcontratos que se suscriban bajo sus instrumentos contractuales (Department of Energy, 2006). Debido a esto, las agencias deben asegurarse que los contratistas tengan y ejerzan controles adecuados sobre los subcontratos, pues los problemas a este nivel pueden tener un impacto significativo en la capacidad del contratista principal para lograr los objetivos del contrato.

Aunque los contratistas tienen amplias facultades para adjudicar subcontratos, la cláusula FAR 52.244-5 requiere que los contratistas compitan la selección del implementador “a la máxima extensión posible”. El contratista debe preparar un Memorando de Negociaciones como parte de la solicitud de consentimiento, para – al igual que un CO – documentar las decisiones tomadas en el proceso licitatorio (Government Contract Associates, 2018).

Un implementador local que esté registrado en SAM de acuerdo con los requerimientos de FAR 5, tiene amplias posibilidades de conseguir oportunidades

de negocios bajo esta modalidad con contratistas ya establecidos. Esto le permite empezar a desarrollar su capacidad para contratar posteriormente de manera directa con el Gobierno de EE.UU (John Ford, 2008). Asimismo, es importante mencionar que – al ser subcontratistas – los derechos de protestar y/o disputar posibles desacuerdos dentro del instrumento contractual se limitan al contratista principal y no incluyen al gobierno. Esto hace que la opción de ser subcontratistas sea válida como un método para que un implementador local crezca y aprenda, pero una vez superadas estas barreras, pueda convertirse en un socio igualitario para la implementación de iniciativas de desarrollo de USAID.

4) FAR Parte 49 – Terminación de contratos

DESCRIPCIÓN

La terminación – o resolución – de los contratos del gobierno de EE.UU. está regulada por los contenidos de esta parte. Esta parte no contempla la finalización normal de un contrato por cumplimiento de sus términos, sino únicamente los eventos de incumplimiento de las partes. La resolución puede darse por incumplimiento o por conveniencia y los CO solo pueden tomar esta determinación después de demostrar y documentar que la decisión es el curso de acción más favorable para el Gobierno de EE.UU.

Después de notificar la resolución, el contratista tiene la posibilidad de negociar un acuerdo (con o sin costo) con el gobierno, el cual será revisado por un *Oficial de Terminación de Contratos (Termination Contracting Officer - TCO)* y auditores designados, si procede. Esta parte proporciona los requisitos y tiempos para recibir y acusar recibo de los avisos de resolución, y qué hacer después de recibir uno. También delimita las responsabilidades del gobierno, los pasos que tienen que tomarse para hacer la resolución de manera apropiada y justa con el contratista, así como los requisitos del acuerdo negociado para la terminación.

Adicionalmente, esta parte entrega las condiciones que deben cumplirse respecto de los cobros pendientes, posibles ajustes equitativos de costos directos e indirectos y cómo proceder para que los efectos financieros de la resolución sean minimizados para las partes. Por último, presenta la normatividad relativa a la resolución por incumplimiento, la cual contiene las causas, determinaciones y las disposiciones que protegen al gobierno respecto de estos eventos (Kate M. Manuel, 2015).

ANÁLISIS

En 1875, la Suprema Corte de los EE.UU. en la sentencia *United States v. Corliss Steam Engine Company* (United States Supreme Court, 1875), decidió que la autoridad del Gobierno de EE.UU. para contratar traía investida también la autoridad para cancelar esos contratos cuando se determinase que dicha cancelación obedecía al mejor interés del gobierno. Desde entonces, las disposiciones y técnicas de resolución han quedado reguladas por el FAR y las normas suplementarias de cada agencia.

El propósito de las disposiciones de resolución de contratos es eliminar la mayor parte de las incertidumbres que surgen cuando se resuelve un instrumento contractual, ser mecanismos de conveniencia administrativa para facilitar el proceso y lograr acuerdos sobre las obligaciones adquiridas. Sin embargo, como es el caso con la mayoría de disposiciones legales, no resuelven todos los problemas (Paul H. Gantt, 1966).

Las disposiciones para resolución de contratos gubernamentales son de dos clases: por incumplimiento y por conveniencia del gobierno. La invocación de la resolución por incumplimiento asume la falla en el desempeño del contratista, mientras que la resolución por conveniencia solo asume que existe una razón válida del gobierno para terminar – completa o parcialmente – la relación

contractual. La elección de la forma de resolver el contrato tiene efectos materiales y afecta las obligaciones de las partes (McGovern, 2018).

En caso de una terminación por incumplimiento, el gobierno está obligado a pagar los entregables que hayan sido recibidos y aceptados, pero no está obligado a pagarle al contratista ningún trabajo que no haya sido aceptado. Adicionalmente, el gobierno tiene el derecho al reembolso de cualquier avance o pago por progreso otorgado, así como a cobrar la recompra de artículos similares al contratado y a encausar al contratista por daños ocasionados por la ruptura del contrato (Paul H. Gantt, 1966).

Por estas razones, es del mejor interés del contratista persuadir al CO de resolver el contrato por conveniencia del gobierno, si es posible hacerlo. Bajo estas disposiciones, el contratista puede recuperar los costos del trabajo desarrollado y la utilidad causada hasta el momento de la resolución. Aunque el costo de un acuerdo de terminación por conveniencia puede estar cerca del costo total del contrato, en ningún caso puede excederlo.

En este artículo se ha considerado anteriormente el uso de los ADR para resolver los conflictos que surgen en el desempeño de los contratos con el Gobierno de EE.UU., y en ningún caso como en este, se pueden ver de manera tan evidente los beneficios de evitar una resolución por incumplimiento y trabajar conjuntamente con la Agencia para lograr una resolución por conveniencia del gobierno. Dentro de las autoridades conferidas al CO se encuentra la de emitir la determinación del tipo de resolución aplicable a cada caso.

Independientemente de lo anterior, el FAR provee recursos legales para hacer valer los derechos del contratista en caso que un ADR no sea viable. Sin embargo, el uso de este tipo de recursos es costoso y demorado, e históricamente se ha tenido certeza que para que una resolución sea juzgada como inapropiada, el contratista

tiene que demostrar fuera de toda duda que el gobierno ha actuado de mala fe. Esto se ha tenido como equivalente a probar ante la corte que hubo intención específica de perjudicar al contratista (McGovern, 2018).

Si el implementador local ha sido un socio honesto y ha obrado de buena fe en sus tratos con el gobierno, las posibilidades de encontrar una solución negociada en caso de tener problemas en la implementación serán altas, legalmente válidas y la solución beneficiará tanto al implementador como al Gobierno de EE.UU.

2.8 CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, se han presentado los mecanismos legales que el autor considera más relevantes para contratar con USAID. Profundizar en el conocimiento, comprensión e internalización de los instrumentos legales ofrecidos por la regulación de contratación federal del Gobierno de EE.UU. permite que los implementadores locales de iniciativas de cooperación y adjudicaciones federales presenten propuestas técnicas innovadoras, realistas y perfectamente ejecutables con la capacidad existente en el mercado local.

Mecanismos tales como el registro SAM, el conocimiento de las bases de datos y los roles y responsabilidades de cada una de las partes aseguran que el oferente esté enterado de todos los aspectos que atañen a su participación en licitaciones y oportunidades para recibir contratos gubernamentales. Asimismo, estos instrumentos asisten a los implementadores locales para hacer mejores presupuestos. El reconocimiento de los costos indirectos en los que incurren los contratistas permite que las organizaciones presupuesten de manera realista los costos que serán necesarios para cumplir con la implementación y no soporten cargas económicas indebidas.

Conocer los mecanismos financieros provistas por el FAR ayuda a que los

contratistas sean compensados adecuadamente por sus esfuerzos, no operen desfinanciados por falta de recursos a tiempo y mantengan la salud financiera necesaria para crecer.

Adicionalmente, el conocimiento, uso e internalización de los mecanismos legales que evalúan el desempeño contractual de los implementadores locales les permite saber exactamente que se espera de ellos y enfocar sus esfuerzos en responder satisfactoriamente a las obligaciones contractuales. Una evaluación de desempeño excepcional es la mejor carta de presentación para un implementador local y le hace destinatario de más y mejores contratos en el futuro.

Un implementador local no necesita tener todas las capacidades para lograr los objetivos propuestos en una licitación antes de recibir una adjudicación, pues puede suplir las capacidades requeridas mediante la subcontratación. Como subcontratista, puede aprender y construir su capacidad interna y como contratista, puede subcontratar los aspectos que no correspondan a su misión principal y enfocar sus esfuerzos en administrar los subcontratos y tener el mejor desempeño en el objeto social primario de la organización.

Por último, hacer efectivos los derechos otorgados cuando se presenta una resolución unilateral de su contrato, y ser una contraparte confiable cuando negocie con el Gobierno de EE.UU. hará que la organización sea menos vulnerable a los cambios políticos que ocurren con frecuencia durante el trabajo gubernamental. Las terminaciones presentan problemas complejos que – cuando no se resuelven mediante ADR entre las partes – requerirán de una resolución en una corte legal. El trabajo continuo y coordinado de los implementadores y el gobierno ayuda a mitigar las consecuencias negativas a los problemas que estas situaciones conllevan.

[FIN DEL SEGUNDO ARTÍCULO]

3. REFERENCIAS – BIBLIOGRAFIA

OFFICIAL DEVELOPMENT ASSISTANCE. (06 de 05 de 2017). Obtenido de <http://www.oecd.org/dac/stats/documentupload/ODA%202014%20Tables%20and%20Charts.pdf>

Acuerdo de Paz de La Habana. (01 de 05 de 2017). Obtenido de <http://www.acuerdodepaz.gov.co/acuerdos/mejores-oportunidades-para-el-campo>

Administrative Conference of the United States. (18 de 12 de 1987). *Alternatives for Resolving Government Contract Disputes*. Obtenido de <https://www.acus.gov/recommendation/alternatives-resolving-government-contract-disputes>

American Council on Foreign Relations. (27 de October de 2016). *The cold war foreign aid program, 1947-1953*. Obtenido de Encyclopedia of the New American Nation: <http://www.americanforeignrelations.com/E-N/Foreign-Aid-The-cold-war-foreign-aid-program-1947-1953.html>

APC - Colombia. (2014). *Manual de Acceso a la Cooperación Internacional*. Bogotá: APC - Colombia.

Baker, J. T. (06 de 2016). *LPTA vs. Trade-Off: analysis of contract source selection strategies and performance outcomes*. Obtenido de Calhoun Institutional Archive: https://calhoun.nps.edu/bitstream/handle/10945/49498/16Jun_Baker_Bono_DeVoe.pdf?sequence=1

Brookhaven National Laboratory. (29 de 01 de 2018). *BNL Prime Contract*. Obtenido de <https://www.bnl.gov/about/contract/section-F/section-f-3.php>

Bryan L. Berson, E. (04 de 08 de 2014). *Legal Insight*. Obtenido de Quality

Magazine: <https://www.qualitymag.com/articles/92031-government-contract-actions-and-contractor-qualifications>

Castella, T. d. (2012). Beveridge Report. *BBC Magazine*, 12-17.

Center for Effective Government. (11 de 05 de 2017). *Chevron Doctrine*. Obtenido de <http://www.foreffectivegov.org/node/2624>

Cohen, S. B. (06 de 05 de 2017). *American Journal of International Law*. Obtenido de University of Stanford:

[http://web.stanford.edu/class/ips216/Readings/cohen_82%20\(Human%20Rights\).pdf](http://web.stanford.edu/class/ips216/Readings/cohen_82%20(Human%20Rights).pdf)

Committee on International Relations - Committee on Foreign Relations. (2003).

The Foreign Assistance Act of 1961, as amended. Washington: GPO.

Congreso de Colombia. (26 de 01 de 2018). *Régimen Legal de Bogotá DC*.

Obtenido de Alcaldía de Bogotá:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>

Correa, D. P. (01 de 05 de 2017). *USAID SUPPORT FOR FINANCIAL*

DEVELOPMENT IN COLOMBIA. Obtenido de

<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1862/ATTACHMENT%207.a%20USAID%20SUPPORT%20FOR%20FINANCIAL%20DEVELOPMENT%20IN%20COLOMBIA%202004-2013.pdf>

Correa, P. (17 de 03 de 2017). *Una aplicación para salvar al río Magdalena*.

Obtenido de El Espectador: <http://www.elespectador.com/tecnologia/una-aplicacion-para-salvar-al-rio-magdalena-articulo-686735>

Council on Foreign Relations. (06 de 05 de 2017). *Foreign Aid*. Obtenido de

<http://www.cfr.org/foreign-aid/us-foreign-assistance-act-1961/p27046>

- Country Development Cooperation Strategy*. (01 de 05 de 2017). Obtenido de <https://www.usaid.gov/colombia/cdcs>
- Davies, A. (26 de 05 de 2017). *Government Spending 101*. Obtenido de <https://www.mercatus.org/publication/government-spending-101/where-does-government-get-money-it-spends>
- Defense Acquisition University. (12 de 01 de 2018). *Acquisition Encyclopedia*. Obtenido de <https://www.dau.mil/acquipedia/Pages/ArticleDetails.aspx?aid=22e2301f-eb77-49a8-bb10-b41e381f1d39>
- Defense Acquisition University. (29 de 01 de 2018). *Contract Modifications and Changes*. Obtenido de Acquisition Encyclopedia: <https://www.dau.mil/acquipedia/Pages/ArticleDetails.aspx?aid=ad7f10df-7780-418c-a6fb-709c1014532c>
- Defense Acquisition University. (04 de 01 de 2018). *Inherently Governmental Functions*. Obtenido de Acquisition Encyclopedia: <https://www.dau.mil/acquipedia/Pages/ArticleDetails.aspx?aid=73c7158f-c571-4df0-adb9-a01d66e69139>
- Defense Contract Management Agency. (06 de 03 de 2014). *Pre-Award Surveys*. Obtenido de Acquisition Insight: <http://www.dcma.mil/Portals/31/Documents/Policy/DCMA-INST-209.pdf>
- Department of Defense. (21 de 01 de 2018). *Better Buying Power*. Obtenido de Acquisition, Technology and Logistics: <http://bbp.dau.mil/>
- Department of Energy. (06 de 2006). *Subcontract Management*. Obtenido de Acquisition Guidelines: <https://energy.gov/sites/prod/files/maprod/documents/Chapter10.pdf>

Department of Health. (12 de 01 de 2018). *SAM Registry*. Obtenido de HealthIT.gov: <https://www.healthit.gov/newsroom/faqs/what-purpose-system-award-management-and-how-do-i-register>

Department of Housing and Urban Development. (29 de 01 de 2018). *Finance Accounting Briefs*. Obtenido de Real Estate Assessment Center: https://www.hud.gov/sites/documents/DOC_23200.PDF

Department of State. (20 de 05 de 2017). *Press Releases 2011*. Obtenido de <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/09/172462.htm>

Department of the Interior. (29 de 01 de 2018). *Indirect Cost Services FAQs*. Obtenido de Interior Business Center: <https://www.doi.gov/ibc/services/finance/indirect-cost-services/faqs>

DEVEX. (06 de 05 de 2017). *Community Development and Licit Opportunities (CDLO) Activity*. Obtenido de DEVEX: <https://www.devex.com/funding/r?report=tender-235295&filter%5Bstatuses%5D%5B%5D=forecast&filter%5Bstatuses%5D%5B%5D=open>

Edwards, V. (21 de 01 de 2018). *Pre negotiation Objective Memorandum*. Obtenido de WifCon: <http://www.wifcon.com/discussion/index.php?/topic/1026-prenegotiation-objective-memorandum-pom/>

El uso del concepto de gobernanza o/y gobernabilidad en Colombia. (30 de 04 de 2017). Obtenido de <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-236.html#iref:1>

Federal Register. (19 de 05 de 2017). *Cost Principles for Federal Awards*. Obtenido de <https://www.federalregister.gov/documents/2015/09/17/2015->

23419/usaaid-uniform-administrative-requirements-cost-principles-and-audit-requirements-for-federal-awards

Federal Service Desk. (10 de 09 de 2017). *System for Award Management*.

Obtenido de FSD: https://www.fsd.gov/fsd-gov/answer.do?sysparm_kbid=421765ff6f61a10003be658fae3ee4b1&sysparm_search=

FHI 360. (14 de 05 de 2017). *Essential NGO Guide to Manage USAID awards*.

Obtenido de <https://www.fhi360.org/sites/default/files/media/documents/EssentialGuide.pdf>

FindRFP, Inc. (21 de 01 de 2018). *Bidder's Conference: What is a Bidder's*

Conference? Obtenido de FindRFP: <https://www.findrfp.com/Government-Contracting/bidders-conference.aspx>

General Services Administration - Department of Defense - National Aeronautics and Space Administration. (2005). *Federal Acquisition Regulation - FAR*. Washington: GPO.

Government Contract Associates. (30 de 01 de 2018). *Subcontracting Rules*.

Obtenido de <https://govcontractassoc.com/subcontracting-rules/>

Help with Regs. (14 de 05 de 2017). *Grant vs. Cooperative Agreement*. Obtenido

de <http://www.helpwithregs.com/grantvcoag>

Hiles, J. (25 de 10 de 2015). *Think your CPARS ratings are out of your hands?*

Think again. Obtenido de <https://www.ionamoon.com/news/cpars>

INS v. Chadha. (10 de 05 de 2017). Obtenido de CASE Briefs:

<http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-stone/the-distribution-of-national-powers/ins-v-chadha/2/>

- Jefferson, C. (24 de 03 de 2016). *Overhead versus G&A Indirect Costs*. Obtenido de Cheryl Jefferson & Associates:
<http://www.cjeffersoncpa.com/government-contract-accounting/overhead-ga-indirect-costs/>
- John Cibinic, R. N. (2006). Chapter 4. En R. N. John Cibinic, *Administration of Government Contracts* (pág. pp). Washington: OMB.
- John Ford, C. R. (11 de 2008). *Consent to Subcontract*. Obtenido de National Contract Management Association: <https://www.ncmahq.org/docs/default-source/default-document-library/articles/cm1108---pages-60-64>
- Kate M. Manuel, E. K. (03 de 02 de 2015). *Terminating Contracts for the Government's Convenience*. Obtenido de Federation of American Scientists: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43055.pdf>
- Legal Information Institute. (07 de 09 de 2017). *Standard organization of the Code of Federal Regulations*. Obtenido de <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/1/21.11>
- Lobato, J., & Theodore, J. (2006). *Federal Sovereign Immunity*. Harvard Law School.
- Manuel, K. M. (19 de 01 de 2016). *GAO Bid Protests: An Overview of Time Frames and Procedures*. Obtenido de Congressional Research Service: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40228.pdf>
- McGovern, J. L. (30 de 01 de 2018). *Government Contracts*. Obtenido de https://www.mcgoverngreene.com/archives/archive_articles/JLM_articles/Terminations_convenience.html
- Miller, M., & Martina, M. (11 de 05 de 2017). *Chinese state entities argue they have 'sovereign immunity' in U.S. courts*. Obtenido de Reuters:

<http://www.reuters.com/article/us-china-usa-companies-lawsuits-idUSKCN0Y2131>

Nadler, D. (07 de 11 de 2013). *Top Ten Things Every Government Contractor Should Know About Bid Protests*. Obtenido de Association of Corporate Counsel:

<http://www.acc.com/legalresources/publications/topten/ttegcskabp.cfm>

National Archives. (08 de 05 de 2017). *About the Code of Federal Regulations*. Obtenido de <https://www.archives.gov/federal-register/cfr/about.html>

National Institute of Health. (26 de 01 de 2018). *Office of Acquisition Management and Policy*. Obtenido de National Institute of Health - Office of Management: <https://oamp.od.nih.gov/dfas/indirect-cost-branch/indirect-cost-submission/indirect-cost-definition-and-example>

Office of Environment, USAID/Colombia. (20 de 05 de 2017). *Initial Environmental Evaluation LAC-IEE-15-02*. Obtenido de <http://gemini.info.usaid.gov/repository/pdf/41981.pdf>

Office of Federal Procurement Policy. (12 de 10 de 2011). *Letter 11-01 - Performance of Inherently Governmental and Critical Functions*. Obtenido de Office of the Under Secretary for Personnel and Readiness: <http://prhome.defense.gov/Portals/52/Documents/RFM/TFPRQ/Insource/Docs/OFPP%20Policy%20Letter%2011-01,%20Performance%20of%20Inherently%20Governmental%20and%20Critical%20Functions.pdf>

Office of Federal Procurement Policy. (10 de 07 de 2014). *Executive Office of the President*. Obtenido de The White House: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/procurement/m>

emo/making-better-use-of-contractor-performance-information.pdf

Office of Federal Procurement Policy. (10 de 09 de 2017). *Office of Management and Budget*. Obtenido de The White House:

https://obamawhitehouse.archives.gov/omb/procurement_policy_letter_05-01

Office of Federal Register. (2015). *Code of Federal Regulations - Title 2 - Grants and Agreements*. Washington: GPO.

Office of Management and Budget. (27 de 06 de 2003). Obtenido de The White House:

<https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/circulars/A133/a133.pdf>

Office of Management and Budget. (14 de 05 de 2017). *IMPLEMENTATION OF FEDERAL GRANT AND COOPERATIVE AGREEMENTS*. Obtenido de <http://helpwithregs.wdfiles.com/local--files/files/43%20FR%2036860%20et%20seq.%28OMB%20policy%20implementing%20the%20Act%29.pdf>

Palacios, A. (07 de 03 de 2014). *The OMB “Super Circular” is now the Omni Circular*. Obtenido de Office of Career, Technical, and Adult Education: <https://sites.ed.gov/octae/2014/03/07/the-omb-super-circular-is-now-the-omni-circular/>

Paul H. Gantt, J. A. (1966). *Termination in Federal Government Contracts*.

Obtenido de William & Mary Law Review:

<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3137&context=wmr>

Polanckova, H. (26 de 05 de 2017). *Contingent Government Liabilities: A Hidden*

- Risk for Fiscal Stability*. Obtenido de
https://books.google.com.co/books?hl=en&lr=&id=aRqhy_IaApQC&oi=fnd&pg=PP6&dq=risk+assessment+government+contracts&ots=4q8mTN_RtM&sig=hLxYulpTczcWLPK3yTbyh22LXzo#v=onepage&q&f=false
- Powell, K. (24 de 05 de 2017). *The best-kept secrets to winning grants*. Obtenido de <https://www.nature.com/news/the-best-kept-secrets-to-winning-grants-1.22038>
- Purdue University. (12 de 2012). *FFATA Handbook*. Obtenido de https://www.purdue.edu/business/sps/pdf/FFATA_Handbook.pdf
- Real Academia de la Lengua Española. (21 de Abril de 2016). Obtenido de Diccionario de la lengua española: <http://dle.rae.es/?id=SEelFDw>
- Reid, R. (12 de 01 de 2018). *Cracking the Code*. Obtenido de BidSpeed: <https://fedbidspeed.com/cracking-the-code/>
- Rein, W. (26 de 05 de 2017). *Federal Grants and Cooperative Agreements*. Obtenido de https://www.purdue.edu/business/sps/pdf/Grant_vs_Contract.pdf
- Schönherr Austria. (20 de 03 de 2017). *Lexology*. Obtenido de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9103152b-0df5-4779-8005-61d9392ad37a>
- Smith, M. (25 de 09 de 2013). *CPARS – Why It Is Important for Contractors*. Obtenido de KeyLogic: <http://www.keylogic.com/blog/blog/2013/09/25/cpars-why-it-is-important-for-contractors>
- Solowsky, N. T. (29 de 11 de 2017). *GAO Protest Primer: Effective Use of Pre-Award Protests*. Obtenido de FOx Rotschild, LLP, Attorneys at Law:

- <https://governmentcontracts.foxrothschild.com/articles/bid-protests/>
- Studebaker, B. (26 de 05 de 2017). *The 3 Ways Governments Raise Money*.
Obtenido de <https://benjaminsstudebaker.com/2015/05/16/the-3-ways-governments-raise-money-part-ii-borrowing/>
- Sullivan, A., Carter, J., & Zuskar, M. (26 de 05 de 2017). *OMB UNIFORM GUIDANCE: NEW AND UPDATED FREQUENTLY ASKED QUESTIONS*.
Obtenido de <https://www.huronconsultinggroup.com/resources/higher-education/omb-uniform-guidance-new-updated-faqs>
- Tadelis, J. L. (09 de 2010). Obtenido de Stanford University:
<https://web.stanford.edu/~jdlevin/Papers/Cities.pdf>
- Therriault, E. (01 de 12 de 2017). *A Brief Review of GAO's FY 2017 Bid Protest Statistics*. Obtenido de Government Contracts & Investigations Blog:
<https://www.governmentcontractslawblog.com/2017/12/articles/gao/fy-2017-bid-protest-statistics/>
- Tooke vs. City of Mexia, 197 (SW 3d 325, Texas 2006).
- Total Population of the World by Decade, 1950–2050*. (30 de 04 de 2017).
Obtenido de <https://www.infoplease.com/world/population-statistics/total-population-world-decade-1950-2050>
- U.S Government Printing Office. (15 de 03 de 2017). *FOREIGN ASSISTANCE ACT OF 1961*. Obtenido de USAID:
<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/faa.pdf>
- U.S. GDP by Year Compared to Recessions and Events*. (30 de 04 de 2017).
Obtenido de <https://www.thebalance.com/us-gdp-by-year-3305543>
- UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT.

(2016). *Our Work*. Obtenido de <https://www.usaid.gov/colombia/our-work>

United States Court of Appeals, Federal Circuit. (01 de 02 de 1985). *J.F. Shea Co. v. United States*. Obtenido de https://scholar.google.com/scholar_case?case=17293861014357421321&q=J.F.+Shea+Co.+v.+United+States&hl=en&as_sdt=6,47&as_vis=1

United States Courts. (12 de 01 de 2018). *Guide to Judiciary Policy*. Obtenido de USCourts.gov: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/vol14-ch01-appx1a.pdf>

United States Supreme Court. (1875). *United States v. Corliss Steam Engine Company*. Obtenido de JUSTIA: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/91/321/case.html>

Universidad del Rosario. (15 de 11 de 2015). *Glosario de Desarrollo y Cooperación Internacional*. Obtenido de Internacionalización: <http://www.urosario.edu.co/Internacionalizacion/Oportunidades-Cooperacion-Internacional/ur/Glosario-de-cooperacion/>

University of Missouri. (12 de 01 de 2018). *Missouri Business Development Program*. Obtenido de SAM: <https://missouribusiness.net/article/how-to-complete-sam-registration/>

University of Pennsylvania. (07 de 1995). *Purchasing of services contracting: a symbiosis of voluntary organizations, government, and clients*. Obtenido de US National Library of Medicine - National Institute of Health: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/10152338>

University of Washington. (26 de 05 de 2017). *Program Income*. Obtenido de <http://finance.uw.edu/gca/award-lifecycle/budget-setup/program-income-guidelines>

US Accounting Board. (19 de 05 de 2017). *GAAP*. Obtenido de <http://www.accounting.com/resources/gaap/>

US Government Accountability Office. (06 de 11 de 2017). *Decision in the Matter of Global SuperTanker Services, LLC vs. US Department of Agriculture*. Obtenido de <https://www.gao.gov/assets/690/688291.pdf>

US Government Accountability Office. (13 de 11 de 2017). *GAO Bid Protest Annual Report to Congress for Fiscal Year 2017*. Obtenido de <https://www.gao.gov/assets/690/688362.pdf>

US Government Publishing Office. (25 de 01 de 2018). *Electronic Code of Federal Regulations*. Obtenido de https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=5f0f4316b0b1c0008f5d8d2f7b64b2aa&mc=true&node=pt48.1.31&rgn=div5#se48.1.31_1205

US Small Business Administration. (01 de 09 de 2017). Obtenido de <https://es.sba.gov/>

USAID. (2015). *Automated Directives System - ADS 302*. Washington: USAID.

USAID. (2015). *Automated Directives System - ADS 303*. Washington.

USAID. (2015). *USAID Acquisition Regulation - AIDAR*. Washington: USAID.

USAID. (Abril de 2016). Obtenido de USAID Forward: <https://www.usaid.gov/usaidforward>

USAID. (18 de 05 de 2017). *Non-U.S. Organization Pre-Award Survey*. Obtenido de <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/303sam.pdf>

Washington State Legislature. (19 de 05 de 2017). *Washington Administrative Code*. Obtenido de <https://app.leg.wa.gov/wac/default.aspx?cite=192-100-010>

WifCon. (12 de 01 de 2018). *What Government Point of Entry site must our opportunities be posted to?* Obtenido de The Wifcon Forums & Blogs: <http://www.wifcon.com/discussion/index.php?/topic/2853-what-government-point-of-entry-site-must-our-opportunities-be-posted-to/>

Wifcon.com LLC. (12 de 03 de 2015). *The Bona Fide Needs Rule*. Obtenido de Where in Federal Contracting: <http://www.wifcon.com/bona/bonafide7.htm>

Willis, R. (26 de 05 de 2017). *Catalog of Federal Domestic Assistance*. Obtenido de <https://www.cfda.gov/?s=program&mode=form&tab=step1&id=36e6826ef8e180c4b978779b9b750c00>

World Population Growth. (30 de 04 de 2017). Obtenido de <https://ourworldindata.org/world-population-growth/>

Wright, E. (2007). *Risk Management in Public Contracting*. NIGP.

[ESPACIO EN BLANCO]

4. GLOSARIO

ACO	Oficial de administración de contratos (<i>Administrative Contracting Officer</i>)
ADR	Mecanismos Alternativos de Solución De Conflictos (<i>Alternative Dispute Resolution</i>)
ADS	Sistema de Directivas Automatizado (<i>Automated Directives System</i>)
AIDAR	Reglamento de Adquisiciones de la Agencia para el Desarrollo Internacional (<i>Agency for International Development Acquisition Regulation</i>)
APC	Agencia Presidencial de Cooperación Internacional
CCR	Registro Central de Contratistas (<i>Central Contractor Registration</i>)
CDA	Ley de Disputas Contractuales (<i>Contracts Disputes Act</i>)
CDCS	Estrategia-País de Cooperación para el Desarrollo (<i>Country Development Cooperation Strategy</i>)
CDLO	Programa de Desarrollo Comunitario y Oportunidades Lícitas (<i>Community Development and Licit Opportunities</i>)
CFR	Código de Regulaciones Federales (<i>Code of Federal Regulations</i>)
CO	Oficial de Contratos (<i>Contracting Officer</i>)
COR	Representante del Oficial de Contratos (<i>Contracting Officer Representative</i>)
CPARS	Sistema de Información de Evaluación de Desempeño del Contratista (<i>Contractor Performance Assessment Reporting System</i>)
DOAG	Acuerdo de Donación para Objetivos de Desarrollo (<i>Development Objective Grant Agreement</i>)
DOI	Departamento del Interior (<i>Department of Interior</i>)

FAR	Reglamento de Adquisiciones Federales (<i>Federal Acquisition Regulation</i>)
FAA	Ley para la Asistencia Extranjera (<i>Foreign Assistance Act</i>)
FFATA	Ley Federal de Responsabilidad y Transparencia Financiera (<i>Federal Funding Accountability and Transparency Act</i>)
G&A	Gastos Administrativos (<i>General and Administrative</i>)
GAAP	Principios Contables Generalmente Aceptados (<i>Generally Accepted Accounting Principles</i>)
GPE	Punto de Entrada a nivel gubernamental (<i>Government Point of Entry</i>)
IEE	Evaluaciones Ambientales Iniciales (<i>Initial Environmental Examinations</i>)
IGF	Funciones Inherentemente Gubernamentales (<i>Inherently Governmental Functions</i>)
LPTA	Oferta Técnicamente Aceptable de Menor Precio (<i>Lowest Price-Technically Acceptable</i>)
NICRA	Acuerdo Negociado de Tasas de Costos Indirectos (<i>Negotiated Indirect Cost Rate Agreement</i>)
OFPP	Oficina de Políticas Federales de Contratación (<i>Office of Federal Procurement Policies</i>)
OIG	Oficina del Inspector General (<i>Office of Inspector General</i>)
OMB	Oficina de Gestión del Presupuesto (<i>Office of Management and Budget</i>)
PCO	Oficial de Licitación de Contratos (<i>Procurement Contracting Officer</i>)
PPIRS	Sistema de Recuperación de Información de Desempeño Pasado (<i>Past Performance Information Retrieval System</i>)
PSC	Contratos de Servicios Personales (<i>Personal Services Contracts</i>)
Q&A	Preguntas y Respuestas (<i>Questions and Answers</i>)

R&D	Investigación y Desarrollo (<i>Research and Development</i>)
SAM	Sistema de Gerencia de Adjudicaciones (<i>System for Awards Management</i>)
SAT	Umbral de Adquisiciones Simplificadas (<i>Simplified Acquisition Threshold</i>)
TCO	Oficial de Terminación de Contratos (<i>Termination Contracting Officer</i>)
TEC	Costo Estimado Total (Total Estimated Cost)
<i>Trade-off</i>	Oferta Seleccionada por Compensación y Concesión
UCF	Formato de Contrato Uniforme (<i>Uniform Contract Format</i>)
USAID	Agencia de EE.UU. para el Desarrollo Internacional (<i>United States Agency for International Development</i>)
USCFC	Corte Federal de Reclamaciones de EE.UU. (<i>United States Court of Federal Claims</i>)

[ESPACIO EN BLANCO]

5. LISTA DE APÉNDICES AL TRABAJO DE GRADO

5.1 APÉNDICE 1 – FAA (Traducción al Español)

5.2 APÉNDICE 2 – 2 CFR 200 (Traducción al Español)

5.3 APÉNDICE 3 – 48 CFR 1-51 (Traducción al Español)

[FIN DE TRABAJO DE GRADO]