

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

Facultad De Ciencias Jurídicas Y Políticas

Derecho



MODELOS PARA LA FORMULACION Y EJECUCION DE PROYECTOS
DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN COLOMBIA

Presentado por:

Carlos Alberto Mosquera Mogollón

Andrés Felipe Gutiérrez Gómez

Director:

Camilo Quiñonez Avendaño

Bucaramanga, 2016

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN:	5
CAPITULO I.....	8
FINES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN COLOMBIA	8
Colombia y el estado social de derecho	9
Colombia y el modelo neoliberal	16
Colombia y la intervención estatal en la economía	22
Fines constitucionales de la contratación pública	27
FINES LEGISLATIVOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	37
LEY 80 DE 1993.....	42
Transparencia:	45
Eficacia:.....	46
Eficiencia:	47
Publicidad:.....	48
Economía y celeridad:.....	48
Participación:.....	49
Igualdad:.....	50
Moralidad y buena fe:	51
Responsabilidad:	52
Selección objetiva:	53
CAPITULO II	56
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LICITACIÓN PÚBLICA.....	56
Licitación pública:.....	57
TRÁMITE LEGAL.....	59
Procedimiento de la contratación pública – licitación pública.....	59
RECURSOS	69
Recurso financiero:	69
Recurso de tiempo:.....	71
DEBILIDADES DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA	72
ETAPA PRECONTRACTUAL – ANÁLISIS.....	72
Estudios previos ineficientes, incompletos y superficiales.	72
Excesividad de trámites, dilataciones al proceso y trabas por parte de las entidades	76

Pliegos de condiciones modificados y acoplados a determinados contratistas, su capacidad y propuesta	79
Acuerdos colusorios en presentación de propuestas	83
Calificación subjetiva en criterios de evaluación para beneficio de determinados proponentes	85
Etapa de ejecución del contrato.....	87
Malversacion de presupuesto oficial por corrupcion.....	87
Etapa precontractual y contractual	96
Corrupción por parte de funcionarios.....	96
FORTALEZAS	98
CAPITULO III.....	101
ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS	101
Antecedentes	101
Conceptualización	106
¿Que son las app?.....	106
El sector público en las app.....	110
Sectores de influencia de las asociaciones publico privadas.....	112
Infraestructura productiva	112
Infraestructura social	112
Proceso	113
Iniciativas	113
Iniciativa del sector publico	113
Iniciativa del sector privado	114
Limitaciones.....	116
Etapa de elegibilidad	118
Recursos	120
Economicos	120
En el tiempo	121
Retribucion a las app.....	122
DEBILIDADES Y VULNERACIONES A LOS PRINCIPIOS Y FINES DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS	122
Desfalco al estado	122
Tiempos exagerados en los terminos de construccion de la obra.....	123
Posible correcto manejo de recursos	124
Publicidad incompleta, engañosa o manipulada.....	125

Tramitología, obstáculos y desgaste de la administración	126
Falta de comunicación con la población afectada	128
Igualdad entre iguales.....	129
Malas costumbres.....	130
Carga desproporcionada.....	131
CAPITULO IV	133
MEGA EMPRESA PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA (MEDIP)	133
REFERENCIAS	151

Lista de Tablas

Tabla 1. Contratos a celebrar	65
Tabla 2. Controles.....	91
Tabla 3. Relación internacional de resultados APP.....	128

Lista de Gráficos

Grafica 1. Proceso SI-SAMP-044-2015.....	99
Grafica 3. Circulo vicioso.....	115
Grafica 4. Foro económico mundial 2013.....	116
Grafica 5. Calidad de infraestructura.....	117
Grafica 6. Organigrama MEDIP.....	155

INTRODUCCIÓN:

La contratación pública es el mecanismo mediante el cual el Estado colombiano ha llevado a cabo la realización de la mayoría de sus proyectos en materia de infraestructura pública. Por mucho tiempo los procedimientos de licitación pública, selección abreviada, contratación directa y concurso de méritos fueron las únicas alternativas con las que contaba el gobierno para poder formular y ejecutar los diferentes proyectos necesarios para satisfacer las necesidades del administrado y cumplir con las obligaciones del administrador. Recientemente, se expidió el decreto 1467 de 2012 que creó en Colombia un nuevo procedimiento que buscaba romper con este paradigma establecido donde cualquier iniciativa de progreso en obras de infraestructura pública era estatal. El nuevo modelo llamado “asociaciones público privadas” tenía dentro de sus más innovadoras características la iniciativa por parte del sector privado para llevar a cabo las ya mencionadas obras públicas.

Este nuevo modelo fue introducido no solo como una nueva alternativa sino también como la solución a los diferentes conflictos que se presentaban en la contratación pública. Sin embargo, es evidente que si bien se solucionaron algunas problemáticas, surgieron otras nuevas cuando se le dio la oportunidad al sector privado para que interviniera en el desarrollo de la infraestructura pública. Esto se convierte en un problema cuando debido a estos inconvenientes se hace imposible que se alcancen los fines constitucionales y legales que se tienen previsto cumplir por parte de las licitaciones públicas y de las asociaciones público privadas.

Tanto la contratación pública tradicional (reflejada por regla general en las licitaciones públicas) como el nuevo modelo de asociaciones público privadas presentan

falencias que se seguirán repitiendo y nunca serán corregidas debido a fallas estructurales, es menester que sean identificadas y solucionadas mediante el planteamiento de un nuevo modelo. Es por esto que nuestra tesis tiene como característica principal el ser propositiva, creando así un modelo para la formulación y ejecución de proyectos de infraestructura pública en Colombia que responda a los fines del Estado y de la función pública fijados por la Constitución y la ley colombiana.

Un primer interrogante que surge si buscamos alcanzar este objetivo es, ¿Cuáles son los fines del Estado y de la función pública plasmados en la constitución y la ley? Es en razón al cuestionamiento anterior que nuestro primer capítulo girara en torno a encontrar dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal, aquellos fines que busca el Estado, la contratación pública y la función pública cuando hablamos de desarrollo de la infraestructura pública del país. No solo nos limitaremos a buscar los fines, sino que también analizaremos los principios fundantes que obran como directriz del actuar del Estado, funcionarios, contratistas y la administración en general. Es fundamental tener claro estos conceptos desde un principio, pues estos serán a su vez los criterios de evaluación a los cuales serán sometidos los modelos de licitación pública y de asociaciones público privadas.

Una vez tenemos estos criterios, procederemos a contextualizar acerca de cada uno de los modelos que serán sujetos de análisis. Esta contextualización comprende temas como los antecedentes históricos y legales, trámites, recursos y etapas de cada modelo, para así poder identificar las fortalezas y debilidades que presenta cada uno. Estas fortalezas y debilidades encontradas serán analizadas y comparadas con cada uno de los principios

encontrados en el primer capítulo, consiguiendo de esta manera una comparación que permita obtener un resultado sistematizado.

La razón de ser de esta tarea de búsqueda y análisis constitucional y legal, de comparación e identificación de las variables de fortalezas y debilidades va más allá de la formulación de un nuevo modelo que reemplace a las licitaciones públicas y asociaciones público privadas, la verdadera razón de peso es demostrar porqué los modelos mencionados previamente no son los idóneos para la formulación y ejecución de obras de infraestructura pública en Colombia, pues no cumplen a cabalidad con las finalidades constitucionales y legales que rigen esta materia.

Es de esta manera como buscamos generar en el lector cuestionarse e inquietarse acerca del porqué usamos unos modelos cuya normal funcionamiento quebranta los fines y principios del Estado colombiano y, además, buscamos que nuestro aporte no sea solo la crítica sino también la creación de un nuevo modelo que respete y haga efectivos estos fines y principios o, al menos brindar las herramientas necesarias para que se cree este modelo en un futuro cercano.

CAPITULO I

FINES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN COLOMBIA

Si el objetivo general de la propuesta es demostrar porque los modelos de licitación pública y de asociación publico privada no son los idóneos para cumplir los fines constitucionales y legales en materia de contratación pública para así formular un modelo nuevo que cumpla a cabalidad con los mismos, resulta lógico que el primer paso sea establecer bajo que óptica serán analizados los modelos previamente mencionados. Cuando hablamos de óptica nos referimos a los criterios bajo los cuales someteremos a un detallado y riguroso análisis los modelos en aspectos fundamentales como: sujetos intervinientes, recursos, trámites, etapas, etc. La metodología que hemos decidido implementar utiliza los principios fundantes de la contratación pública y la función pública como criterios de calificación para determinar el grado de cumplimiento que se le da a estos en cada modelo. Es por esto que la primera tarea es determinar cuáles son los criterios de calificación, es decir, cuales son los principios fundantes que no solo permitirán establecer cuáles son los fines legales y constitucionales, sino que también nos ayudaran a encontrar las fortalezas y debilidades de cada modelo legal de formulación y ejecución de proyectos de infraestructura pública. No obstante lo anterior, consideramos relevante explicar el contexto bajo el cual fueron concebidos estos principios, razón por la cual mencionaremos los conceptos de Estado social de derecho, modelo económico neoliberal e intervención del Estado en la economía. La ley, la jurisprudencia, la constitución y la doctrina serán herramientas que nos permitirán conocer a fondo que significan estos conceptos, los

principios propios de cada uno, sus bondades y perversiones, en fin, conoceremos los modelos tanto estatal como económico bajo los cuales se formulan y ejecutan proyectos de infraestructura pública para finalmente argumentar por qué son estos principios los que sirven de base y directriz para la contratación y la función pública y no son otros diferentes (de ser un modelo estatal y uno económico diferente).

Colombia y el estado social de derecho

El primer concepto que desarrollaremos será el de Estado social de derecho. La importancia de conocer este concepto en el entorno colombiano radica en que los fines constitucionales y legales están irradiados de los principios base del Estado social de derecho, dado que la misma constitución en su artículo primero destaca que Colombia es un Estado social de derecho.

Entender que significa este concepto, de donde proviene, cuáles son sus características y sus fines, permite encontrar la razón por la cual los fines constitucionales son los que tenemos actualmente. De igual manera, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano se caracteriza por la constitucionalización del derecho, es de resaltar que los fines legales también tienen ingredientes y características que son propias del modelo de Estado social de derecho.

De esta manera se dispersa toda duda existente acerca de la utilidad que representa esta información para dar con los criterios de calificación o principios que serán herramienta para analizar los modelos. En Colombia la situación coyuntural de finales de los 80s y principios de los 90s fue caracterizada por el conflicto armado interno, la crisis institucional debido a la incursión de grupos al margen de la ley, el narcotráfico, la

persecución política a un partido político, etc. Esto trajo consigo la asamblea constituyente de 1991 que redactó la carta política de 1991. Esta constitución política supuso un avance importante en el reconocimiento de derechos y de mecanismos que permiten su materialización. En razón a lo anterior es que se destaca el gran contenido en materia social de la constitución y es por este motivo que a su vez se habla de Estado social de derecho. Este concepto fue acuñado por el jurista alemán HERMANN HÉLLER y se deriva del Estado de derecho y Estado social o Estado de bienestar. Este Estado comprende la fusión de los elementos de Estado, derecho y sociedad y tiene como fin la materialización de los postulados y fines que busca el Estado de derecho (separación de poderes, constitución escrita, principio de legalidad, garantía de derechos fundamentales, seguridad jurídica, entre otros).¹

Para el origen de este concepto es necesario hacer referencia a la *“Constitución de Weimar de 1919, que establece el Estado Federal Alemán, la cual no obstante no contener la calificación de ‘Estado Social’, es la primera en incluir los derechos sociales, al consagrar un Estado de Bienestar que abre la puerta al llamado “constitucionalismo social” caracterizado por la inclusión de los derechos de segunda generación o sociales. En dicha constitución se establece un conjunto de normas tendientes a la socialización de la industria y la intervención del Estado en la economía y la producción.”*²

En cuanto a las principales características del Estado social de derecho, ALFRED KATZ plantea para este modelo de Estado las siguientes:

¹ HERMANN HELLER, Escritos políticos, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985. VILLACORTA L, Revista española de derecho constitucional, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre 1986.

² SILVA HENAO Juan f. - EVOLUCIÓN Y ORIGEN DEL CONCEPTO DE “ESTADO SOCIAL” INCORPORADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991 - Revista Ratio Juris Vol. 7 N° 14 (enero-junio 2012) pp. 141-158 © Unaula

1. *“Obligación de establecer condiciones de vida soportables, estándares mínimos para toda la sociedad o mínimo existencial.*
2. *Seguridad social (seguro social, código de asistencia).*
3. *Igualdad social (igualdad de oportunidades, protección a los socialmente débiles). La igualdad no es un principio absoluto, se refiere a un tratamiento favorable a los socialmente desfavorecidos y, en todo caso, igualdad de “chances”.*
4. *Equidad social, o sea la eliminación de abusos originados en el poder económico o en relaciones personales de dependencia. El Estado “penetra todos los derechos fundamentales”.*
5. *Sistema jurídico público de indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos.*
6. *Igualmente debe haber un comportamiento social justo del individuo frente al Estado, lo que implica un sentido responsable de la propiedad, cooperación proporcional a las necesidades financieras y subsidiaridad del derecho social”³.*

Esto genera que el Estado tenga un tinte social más fuerte y de esta manera puede evitar que el derecho sea usado como herramienta de los más fuertes para perpetuar una posición dominante y, que en consecuencia a esto, se genere una brecha cada vez mayor en desigualdad económica y debilitación de la clase media en aumento de la pobreza generalizada. El tinte se manifiesta mediante la consagración de derechos de carácter social en la constitución, derechos como los de la mujer, los niños, el trabajo, la seguridad social,

³ KATZ, Alfred staastrecht, C.F muller heidelberg , 1987. VILLAR BORDA L. Estado de derecho y Estado social de derecho, revista Derecho del Estado num 20, diciembre de 2007.

la educación, la salud, entre otros, y fundarlos bajo los principios de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad, igualdad, etc.

“El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal.”⁴

Cabe resaltar que si bien este modelo estatal aparentemente se configura en un excesivo asistencialismo, esto no es así, pues según LORENZ VON STEIN el fin principal de una administración social es el de brindar soluciones a diferentes problemas sociales mediante la protección y asistencia de los más débiles. VON STEIN incorpora a la administración el concepto de Estado de bienestar y todo lo que este significa.⁵

Este Estado de bienestar tiene su origen posterior a la segunda guerra mundial, las condiciones sociales, económicas y políticas desestabilizadas que resultaron como consecuencia de esta guerra, se vieron reflejadas en desigualdad social, redistribuciones inequitativas y dispendiosas de renta, ausencia de seguridad social y subvenciones estatales con el fin de superar las diferentes crisis. Ante esta situación, los países capitalistas que buscaban la forma de solucionar dichas situaciones adoptaron las políticas planteadas por el “plan Beveridge” y las ideas planteadas por John Maynard Keynes, cuya teoría de intervención estatal en la economía sirvió como mecanismo para superar la crisis

⁴ SENTENCIA C-566/95 Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

⁵ VILLAR BORDA L. Estado de derecho y Estado social de derecho, revista Derecho del Estado num 20, diciembre de 2007.

económica del 29 en Estados Unidos. En resumen los principales postulados del Estado benefactor son:

1. *“El Estado Social de Derecho es intervencionista y considera que es responsabilidad suya conseguir una situación de pleno empleo, un sistema de seguridad social que cubra a toda la población.*
2. *La generalización de un alto nivel de consumo y la garantía de un nivel de vida mínimo.*
3. *Los valores fundamentales son: libertad, igualdad de oportunidades, reducción de desigualdades, democratización, extensión de la seguridad social.*
4. *Debe controlar y proteger la economía, la energía, el desarrollo regional, etc.*
5. *En ámbito del trabajo regula las condiciones de seguridad e higiene y el salario mínimo.*
6. *Se aceptan los sindicatos y la negociación colectiva.*
7. *Se da una economía mixta, es decir, compuesta por el sector público y el sector privado.”*⁶

La clara influencia del Estado de bienestar genera una carga prestacional de bienes y servicios a nombre del Estado que es de una magnitud significativa, y como se ha citado previamente es esta una de las razones por las cuales el Estado es incapaz e ineficiente si decide asumir estas cargas por sí solo. La alternativa que se plantea como solución a estos

⁶ Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). *Estado de Bienestar*. Recuperado de: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/estado_de_bienestar

servicios, bienes y obras de infraestructura pública es la contratación administrativa entre el Estado y sus diferentes entidades así como la privatización de estos servicios. Es de esta manera como el gobierno interviene indirectamente en la economía, adjudicando contratos de cuantías muy elevadas en obras de relevante importancia a particulares que se encargaran de su ejecución y que rendirán las respectivas cuentas al gobierno acerca de su desempeño, desarrollo y avance de las obras.

En el caso colombiano según la jurisprudencia de la corte constitucional el Estado social de derecho se manifiesta en la constitución de la siguiente manera: *“En primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad. El avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático.”*⁷

La mención que hace la constitución a estos derechos y principios genera necesariamente una carga al legislador para que sea él quien desarrolle el contenido social de la constitución, sin embargo, la corte constitucional, como se puede comprobar con lo mencionado anteriormente, ha asumido de manera residual este papel como segundo

⁷ SENTENCIA C-566/95 Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

legislador y ha desarrollado el contenido social de la constitución aun cuando dicha tarea no le fue asignada.

A pesar de que este modelo estatal está consagrado en la constitución, el alcance de estos fines y cumplimiento de estos postulados resulta muy difícil, pues el modelo económico neoliberal descarta en gran parte todo el contenido social del Estado social de derecho.

“La clientelización y la burocratización del Estado y de las empresas publicas encargadas de las tareas prestacionales y los fenómenos de corrupción, especialmente graves en países subdesarrollados, han contribuido notablemente al decaimiento del “Estado social” y han sido aprovechados como pretexto, junto a los demás aspectos ya mencionados, para desfigurar o buscar la eliminación o disminución de los derechos sociales de los trabajadores o su desconocimiento como derechos fundamentales.”⁸

Concluimos así el modelo estatal de Estado social de derecho, modelo que constituye la base fundamental que direcciona cualquier actuación estatal y por lo tanto es fundamental su papel en la contratación estatal. Se caracteriza por humanizar el derecho positivo constitucional colombiano mediante el otorgamiento de prerrogativas a los ciudadanos en cuanto a sus derechos y mecanismos para la efectividad de los mismos; pero también caracterizado por los impedimentos o trabas que las diferentes entidades o corporaciones públicas practican y que ocasionan ineficacia de los mismos derechos.

El siguiente modelo a analizar será el modelo económico que obra como fundamento de las políticas económicas que manejan el mercado colombiano. La necesidad

⁸ VILLAR BORDA, LUIS. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO - REVISTA DERECHO DEL ESTADO # 20 DICIEMBRE DE 2007

de conceptualizar el modelo neoliberal radica en conocer bajo que contexto se desenvuelven los modelos legales de formulación y ejecución de proyectos de obras de infraestructura pública, así como también resulta indispensable para encontrar el fundamento de los fines constitucionales y legales que obran como ruta para el actuar de la contratación pública. De igual manera como mencionamos anteriormente, es el modelo que hace contrapeso a todas las bondades de carácter social que son insignia del modelo de Estado social de derecho.

Colombia y el modelo neoliberal

Una vez hemos contextualizado al lector en cuanto al modelo estatal bajo el cual se desarrollan los proyectos de infraestructura, es necesario seguir con el modelo económico bajo el cual se desenvuelven los participantes de este sector de la economía. Entender lo que implica que Colombia sea un país neoliberal es menester si se desea saber que hay detrás de los movimientos del mercado bursátil y financiero colombiano, políticas públicas monetarias, constante privatización de empresas previamente estatales y reduccionismo estatal. La característica final toma mayor relevancia bajo la premisa de que la participación del privado en el desarrollo de la nación y funcionamiento de la misma es cada vez mayor. No solamente ahora se entrega al privado la posibilidad de contribuir ejecutando proyectos de infraestructura pública de iniciativa también publica al privado, sino que ahora la posibilidad de que esta iniciativa sea 100% del privado también está en la mesa, esto mediante las asociaciones público privadas.

Además de lo anterior, conocer el modelo económico neoliberal nos permite identificar bajo qué condiciones se desarrollaron los ejemplos que hemos traído a colación en materia de licitación pública y de asociaciones público privadas, ejemplos que con su

debido análisis servirán para extraer las fortalezas y debilidades de cada modelo en particular.

Entrando en materia, la historia nos dice que *“El neoliberalismo nace en los años ochenta en Estados Unidos, en donde algunos pensadores económicos de Estados Unidos, Alemania e Inglaterra, apoyados por profesionales de la economía, son contratados por organismos financieros internacionales como el FMI (Fondo Monetario Internacional) para lograr un nuevo modelo económico, modelo que terminaría por extenderse a gran parte del mundo.”*⁹

Este modelo neoliberal crítica constantemente al Estado de bienestar, Estado que obro con creces en algunos países europeos durante varias décadas. Sin embargo, este tipo de Estado sufrió durante la crisis de los años 70 al igual que otros modelos estatales.

Esta crisis deja en evidencia que la participación estatal en el mercado y especialmente el control que este ostentaba sobre el mismo, produce resultados adversos.

Algunos postulados del modelo neoliberal son los siguientes:

1. El mercado es la única forma de lograr una verdadera regulación económica en todos los países.
2. Tanto el Estado de bienestar como el socialismo real como regímenes son excluidos, pues se rechaza la intervención del Estado en la economía.

⁹ Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). *El neoliberalismo*. Recuperado de: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/el_neoliberalismo

3. La libre competencia económica se convierte en bandera estandarte de este modelo bajo el pretexto que es el motor que permitirá el desarrollo máximo de la economía global. Será tarea de los gobiernos de cada país el defender y promover esta bandera.

Para poder implementar los anteriores postulados es necesario que los Estados realicen ciertas reformas en sus sistemas, tales como:

1. Mediante la reducción estatal se busca un Estado con menos burocratización, es decir, un Estado más eficiente y sobre el cual resulte más fácil llevar un control. Esto se consigue mediante la reducción de gastos en el nivel administrativo y de funcionamiento propio del Estado.

2. Una vez se reduce al Estado y al control que este ejerce se procede a abrir las puertas de los países a la economía global, en otras palabras, se realiza una apertura comercial. Esta apertura se logra mediante la eliminación de aranceles, medida que permite que en el mercado las importaciones y exportaciones circulen con mayor eficiencia.

3. Finalmente se busca que mediante ajustes estructurales al sistema que previamente dirigía la economía se pueda lograr una economía más fluida.

Un análisis que se limite a los postulados tendría como conclusión que este es un modelo busca integrar a todos los países en la economía global, que sería un modelo que permita la participación de incluso países tercermundistas en la globalización, de manera que todos puedan recibir beneficios económicos de la misma. Sin embargo, si miramos los resultados que ha generado este modelo, podríamos concluir que el modelo neoliberal se ha encargado de acumular las riquezas en manos no solo de las grandes potencias europeas y de Estados Unidos sino que también en manos de ciertas multinacionales cuyo capital

asciende a sumas que de por sí superan al PIB de ciertos países. La “inclusión” que pretende el modelo neoliberal se ve destruida cuando se evidencia que la mayoría del capital circula en las grandes potencias de la economía mundial a costas de los países tercermundistas que no tienen la capacidad para competir.

“La privatización de todos los activos del Estado, fue el propósito de los precursores neoliberales y del Consenso de Washington, con el "diagnóstico" de que existía una hipertrofia del Estado y una distracción de los recursos públicos hacia actividades que de una u otra forma podía desempeñar mejor el sector privado, tales como los servicios de la banca, de infraestructura, de servicios públicos domiciliarios, de salud, de educación, de industria, entre otros. Este proceso de privatización exigía una reasignación de funciones entre el Estado y los particulares, que según ellos redundarían automáticamente en una elevación de la eficiencia y en un ahorro de recursos por parte del Estado, los cuales podrían ser reorientados a suplir la función social. Solo se reconoce, de acuerdo a las orientaciones de Hayek, que el Estado podría proveer los servicios de justicia y defensa, mientras que la provisión de los otros servicios debían ser trasladados al sector privado.”¹⁰

Es de esta manera como hoy en día se puede apreciar que el Estado haya entregado servicios públicos como la energía, salud, educación, infraestructura y demás a privados para que sean ellos con su conocimiento especializado y supuesta mayor eficiencia (por ser su campo exclusivo de acción) estén en manos de particulares y no del Estado.

¹⁰ La constitución política de 1991 y la apertura económica – CRUZ. Luis E. – universidad militar nueva granada – tesis para doctorado. Rev. Fac. de cienc. Econ. vol.18 no.1 Bogotá Jan./June 2010

Sin embargo, cuando se mira el trasfondo de este consenso se puede encontrar que:

“... tras el Consenso se esconden todo tipo de instituciones supra nacionales como la OMC, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Unión Europea, las Naciones Unidas, entre otras; todas dirigidas, por personas que buscan los mismos intereses de aquellos que las dirigen; estas Organizaciones legislan y dictan patrones de comportamiento, sin que la ciudadanía les pueda exigir cuentas, sus dirigentes no se eligen por sufragio del Pueblo y las decisiones que toman son siempre impopulares. Su función estuvo encaminada a debilitar al Estado con políticas de reestructuración y a reivindicar a las entidades privadas, sin la oportunidad de encontrar una condición socialmente justa para la población; es decir, son estructuras en las que el ciudadano normal no puede exigir nada y los ciudadanos dejan de serlo para convertirse en clientes o consumidores”¹¹. De manera que no sorprende la potenciación de las multinacionales y potencias mundiales y en contrapartida a este fenómeno, la debilitación de los Estados no solo en materia económica sino también en su estructura como Estado, las competencias, facultades, mecanismos y herramientas que tienen para hacer frente a estas problemáticas han sido reducidas y continúan siendo limitadas a medida que el interés de las potencias y multinacionales aumenta y se manifiesta en un capitalismo salvaje disfrazado de neoliberalismo.

En el contexto actual podría decirse que inicialmente la constituyente y posteriormente el legislador son quienes se han encargado de la regulación del modelo, donde nos indican *“implica, establecer un orden jurídico económico, el diseño e implementación de las reformas estructurales del Estado, las reformas al mercado de la*

¹¹ *Ibíd*em

fuerza laboral, la reforma al mercado de bienes y servicios, al mercado de capitales, a las telecomunicaciones, al sistema económico y a la dirección de la economía, a los límites de intervención del Estado en lo económico, a la desregulación económica y a la concreción de tratados de libre comercio, a la política de privatizaciones, al mercado de capitales y a la organización empresarial, a firmar los acuerdos con la OMC y a reglamentar la inversión extranjera y a darle Cuerpo a la denominada disciplina fiscal. Todos estos aspectos, deben tener un respaldo de seguridad jurídica, lo cual naturalmente queda explícito en la Constitución Política de 1991.”¹²

Este modelo económico neoliberal es fundamental puesto que las políticas económicas colombianas de los sectores público y privado van encaminadas hacia el cumplimiento de sus postulados. El reduccionismo estatal, la privatización de servicios públicos fundamentales y la apertura económica ante el mercado global son los objetivos por alcanzar que se han planteado los recientes gobiernos y por consecuencia son también lo que se ha buscado mediante la contratación estatal.

Con esto finalizamos la contextualización de los dos modelos que sirven de fundamento y directriz para los fines que busca la constitución política del 91 y las leyes en materia de contratación estatal y concretamente en el desarrollo de la infraestructura pública. Estos nos presentan la base de donde proviene la constitución política de Colombia y la legislación sobre contratación pública, licitación pública y asociaciones público privadas. A continuación procederemos a explicar cómo se da la intervención de la economía en Colombia.

¹² CRUZ. Luis E. la constitución política de 1991 y la apertura económica - universidad militar nueva granada

Colombia y la intervención estatal en la economía

Una vez hemos conceptualizado tanto el modelo estatal de Estado social de derecho y el modelo económico neoliberal, es momento de encontrar como se lleva a cabo la relación entre estos dos, es decir, como se lleva a cabo la intervención del Estado en la economía. Determinar bajo que parámetros se desenvuelve la convivencia de estos dos conceptos nos permite establecer el alcance de los principios que fundan el Estado social de derecho bajo las practicas propias del modelo neoliberal. Es necesario partir de la premisa de que el Estado social de derecho y el modelo neoliberal no son compatibles en su implementación debido a sus principios y políticas inherentes de cada uno.

Un ejemplo manifiesto de lo anterior se produce con la contradicción que hay entre la protección que busca el Estado social de derecho para hacer efectivos los derechos y la privatización de las empresas que promulga el modelo neoliberal. Mientras por un lado el Estado subsidia y crea entidades destinadas a satisfacer la población más vulnerable, el privado busca convertir estos posibles mercados en empresas privadas, derivando esto en *“políticas de privatización que constituyen, desde hace dos décadas, el ariete con el que golpean los representantes del neoliberalismo para derribar a los sistemas de protección del Estado social”*¹³. Varios ejemplos de estas prácticas neoliberales son la privatización y detrimento posterior del sistema de salud, el aumento permanente en la edad de jubilación y la disminución de derechos de los trabajadores en contraparte al aumento de los derechos de los empleadores.

¹³ ALVAREZ URÍA, Fernando Estado social versus neoliberalismo, acciones e investigaciones sociales, 16 diciembre de 2002.

En materia de infraestructura pública se ha visto recientemente como ciertas obras que se han ejecutado y otras que se han formulado, no representan un real beneficio para la comunidad aledaña, las ciudades y el país en general. Se ve como ciertas obras de infraestructura (en su mayoría viales), no tienen como fin un beneficio a la comunidad y la satisfacción de unos intereses generales, sino todo lo contrario, busca beneficiar a ciertos sectores de la economía que podrán usufructuar directamente estas obras que de no ser proyectos estatales tuviesen que ser inevitablemente costeadas por sí mismos.

Tener claridad sobre lo opuesto que son estos modelos nos permite entender con mayor facilidad a lo largo de este escrito por qué se presentan tantas fallas en la formulación y ejecución de proyectos de obras de infraestructura pública que se realizan bajo modelos de licitación pública y de asociaciones público privadas, así como también nos permitirá extraer cuales son los verdaderos fines constitucionales y legales en materia de contratación pública.

Ahora, el primer paso es definir la intervención estatal en la economía colombiana, para lo cual traemos a colación la sentencia C-150/03 Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, la cual plantea lo siguiente:

“La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no

a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas.

De acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía también se puede agrupar en diferentes tipos. Algunos doctrinantes distinguen, entonces, tres clases de intervencionismo económico: conformativa, que establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos; finalística, que señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos; y condicionante, que propiamente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico.”¹⁴

De esta forma se puede clasificar la intervención constitucional en la economía por parte del gobierno como una intervención tanto conformativa como finalística y condicional. En el desarrollo de infraestructura pública, el gobierno establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos, esto mediante los requisitos de ley necesarios para conformar una sociedad independientemente del tipo de la misma, así como los requisitos que se le exigen a los oferentes para poder contratar con el Estado. Es también finalística debido a que los objetivos de las asociaciones público-

¹⁴ Sentencia C-150/03 Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Bogotá D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003).

privadas y de las licitaciones públicas como especie de la contratación pública, fueron establecidos por parte del gobierno. Las metas concretas hacia las cuales debe dirigirse no solo el gobierno sino todos los sectores económicos los cuales deben trabajar conjunta y armónicamente están establecidas en el plan nacional de desarrollo, directriz de la política pública de los diferentes gobiernos. Por último, se considera condicional la intervención puesto que el Estado ha fijado no solo el marco normativo sino también el marco técnico, político, ambiental y social que regirá las actividades dentro del mercado y dentro de los sectores económicos. Estos marcos se traducen en reglas de juego que permitirán al gobierno mantener cierto control sobre las actividades de los actores o participantes de los diferentes sectores económicos en lo pertinente a evitar actos de corrupción o contrarios a la ley, así como también en herramientas que garantizaran el cumplimiento de los objetivos o metas fijadas por el gobierno.

El siguiente paso es identificar como tal el papel que desempeña el Estado colombiano frente a los habitantes, es decir, *“distinguir entre el Estado empresario --que puede ser ineficiente en algo que no le es consubstancial como producir bienes y servicios-- y el Estado regulador --que corresponde a una responsabilidad irrenunciable--.*

Pero para que los diferentes órganos del Estado puedan cumplir esta ratificada finalidad social se encuentra la dificultad comprobada de la ineficacia en la administración pública y el uso ineficiente de los recursos estatales, en especial de los dedicados a la producción de bienes o prestación de servicios que hacen relación al gasto social. Servicios esenciales como los de salud y educación se han convertido de manera progresiva en «huecos negros» que absorben sin mayores resultados positivos cualquier incremento real en los recursos. En estas actividades --y otras típicas de la acción

gubernamental-- se ha confundido estabilidad laboral con inamovilidad de los trabajadores, eficiencia con despilfarro en «clientelismo» y «favoritismo» y gestión pública con la construcción de obras, sin importar su necesidad o conveniencia. El cumplimiento de la altísima tarea que impone la nueva Constitución obliga a liberar a la administración estatal de tales defectos y desarrollar --en la teoría y en la práctica-- una concepción de gerencia pública eficaz para la prestación eficiente de un servicio de excelencia.”¹⁵

Se puede observar como la intervención estatal dentro de todas sus modalidades se presenta como la herramienta que permite al Estado colombiano garantizar que los agentes de la economía y el sector público trabajen en armonía buscando satisfacer los mismos objetivos. No obstante lo anterior, se aprecia también como esta intervención puede tornarse excesiva y restringir la actividad económica de ciertos sectores, como puede también ceder ante intereses no propios de la ciudadanía en general sino propios de ciertos sectores económicos derivando así en un Estado cuya intervención opera en contravía a los postulados de los modelos estatales y económicos del país.

Esta intervención nos permite también definir bajo que parámetros se desempeña la administración pública, sus alcances, mecanismos y tramites que afectan indiscutiblemente la formulación y ejecución de obras de infraestructura pública en Colombia y que posteriormente nos permitirán sustentar el porqué de la no idoneidad de los modelos legales actuales. Es así como finalizamos la conceptualización de cómo se da la intervención de la economía en Colombia o, en otras palabras, como se da la relación entre el modelo económico y modelo estatal propios del Estado colombiano

¹⁵ SILVA-COLMENARES J. LA ECONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN DEL 91 La contradicción entre Estado y mercado

Una vez se tiene claridad sobre los conceptos de Estado social de derecho, neoliberalismo e intervención del Estado en la economía, consideramos que es posible avanzar y encontrar los fines constitucionales y legales que rigen en materia de contratación pública y funciones públicas, teniendo en cuenta no solo el contexto actual sino también el contexto bajo el cual fueron promulgadas y creadas dichas leyes.

Fines constitucionales de la contratación pública

La constitución política de Colombia del año de 1991 no estableció como tal unos principios de la contratación pública, no obstante a lo anterior, la constitución sí contiene fines estatales, de la función pública y de la economía que indirectamente operan como directrices de la contratación pública en Colombia, esto como resultado de la constitucionalización del derecho.

La infraestructura pública en Colombia se desarrolla mediante la contratación pública y encuentra en la constitución de 1991 los artículos 2, 209, 333, 334 y 366 como pilares que guían su marcha. Estos fines guardan una estrecha relación con los fines estatales, puesto que este desarrollo de la infraestructura es en sí un medio por el cual las administraciones buscan cumplir con los fines estatales, de la función pública y de la economía que han sido plasmados en la constitución y la ley.

Se debe tener en cuenta que hay una gran relación entre la forma como se redactó la constitución y la manifestación del modelo estatal de Estado social de derecho que encontramos en el artículo primero de la misma. Esta constitución es de gran carácter social y por lo tanto está redactada de forma tal que el Estado mediante su funcionamiento normal y mediante la elevación de ciertas prerrogativas ciudadanas a nivel constitucional, pueda

finalmente garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio nacional y, en caso de que estos se vulneren, otorga al ciudadano un mecanismo de defensa para protegerlos.

Este concepto de Estado social de derecho es fundamental tenerlo presente al momento de encontrar los fines constitucionales, así como también lo son el de neoliberalismo e intervención del Estado.

El primer momento de relevancia para el tema es donde se establecen los fines esenciales del Estado, dentro de los cuales podemos destacar por su relevancia con la infraestructura el de **“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”**.¹⁶

El desarrollo de la infraestructura pública permite que el Estado pueda suplir con todas las necesidades de los colombianos. Mediante la realización de estos proyectos de infraestructura se le facilita al Estado garantizar el cumplimiento de los fines esenciales plasmados en la carta política.

Acto seguido, la constitución resalta que **“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y también establece los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones**. Las autoridades

¹⁶ Artículo 2 de la constitución política de 1991.

administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado **cumplimiento de los fines del Estado**".¹⁷

Este artículo establece que la administración está sujeta al servicio de los intereses generales y sus funcionarios al cumplimiento de los fines del Estado. Mediante las licitaciones y demás modelos de formulación y ejecución de obras de infraestructura pública es que el Estado busca la satisfacción de cualquier carencia que puedan tener los administrados.

La Constitución Política determinó también que la **actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común**. También hace mención a **La libre competencia económica y como esta es un derecho de todos que supone responsabilidades**.

Otorga un papel fundamental a la empresa, como base del desarrollo, asignándole la función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. **"El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional**. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".¹⁸

Pasando de la actividad económica al manejo de la economía en la nación, la constitución establece que **"La dirección general de la economía estará a cargo del Estado**. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales,

¹⁷ Artículo 209 de la constitución política de 1991.

¹⁸ Artículo 333 de la constitución política de 1993

en el uso del suelo, **en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el *gasto público social*¹⁹ será prioritario”.**²⁰

Finalmente, la constitución política de Colombia manifiesta que **“el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”**.²¹

Como se puede apreciar, la Constitución como tal no menciona la infraestructura y el desarrollo de esta como un fin concreto del Estado. No obstante lo anterior, el desarrollo de esta infraestructura pública es el eje que permite el desarrollo continuo de la nación, la modernización del sistema, la integración de los productores y habitantes más alejados no

19 La Sentencia C-375/10 del Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Con fecha Mayo 19; Bogotá D.C define el gasto público social como aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión, y dado que la educación ha sido señalada como objetivo fundamental del estado social de derecho, siendo ésta una de las áreas prioritarias de inversión social, la misma Constitución determinó que no hay rentas de destinación específica exceptuando las destinadas para inversión social, en la que se encuentran los recursos de educación.

20 Artículo 334 de la constitución política de Colombia.

21 Artículo 366 de la constitución política de Colombia.

solo a participar en la economía, sino también al acceso a servicios básicos tales como la salud, educación, agua, energía, etc. Cumpliendo de esta manera con los postulados constitucionales.

Para ser más específicos, la infraestructura pública a la que nos referimos se divide en dos grandes categorías, la económica y la social²². La primera es considerada indispensable para la actividad económica diaria de los habitantes del país y la segunda es indispensable para la estructura social de un país. En materia de obras, la primera categoría se refiere a caminos, transporte, carreteras, puentes, ferrocarriles, etc. Mientras la segunda hace referencia a escuelas, hospitales, vivienda social, bibliotecas, etc.

La infraestructura pública debe reservar un papel fundamental al Estado, tal como lo expone José Luis Stein-Velasco en su publicación acerca de la infraestructura pública con participación privada y el sector educativo en México. El autor menciona lo siguiente:

1. *“El sector debe intervenir porque el sector privado no cuenta con los elementos para enfrentar diversos factores exógenos.*
2. *Sin la intervención pública no se pueda desarrollar infraestructura para toda una economía nacional ni para toda la sociedad. Tal es el caso, por ejemplo, de carreteras, caminos y alumbrado público.*
3. *Es necesario tener cierta forma de control público para solucionar deficiencias o subsanar distorsiones en el ámbito de la competencia para infraestructura. De esta forma se puede asegurar que la infraestructura se dirija a ámbitos donde sin su participación no se obtendría; tal y como es el caso de infraestructura en escuelas, donde*

22 W. Ronald Hudson, haas, Ralph y uddin, waheed, Infrastructure management, McGraw-Hill, 1997, p. 30.

hay una población en condiciones de pobreza y, por tanto, estarían en desventaja frente a otras donde hay condiciones de riqueza.

4. *La infraestructura requiere de una fuerte inversión inicial en la que solo hay una tasa de retorno a un plazo muy largo. Difícilmente se puede reunir capital privado para estas inversiones sin apoyo del sector público”²³*

Esta infraestructura pública se realiza mediante los contratos de obra, contratos definidos por el legislador como *“los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”²⁴.*

Junto a la definición del legislador, tenemos la siguiente definición que aporta la contraloría general de la nación a estos contratos de obra pública: *“Servicio de la Administración encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinen los antecedentes de la adjudicación”²⁵*

Se debe diferenciar el concepto de infraestructura pública al de obra pública, este último por el cual se entiende *“Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo de un tercero, cuya finalidad es propender al bien público.”²⁶*

²³ Stein-Velasco J. L, Infraestructura pública con participación privada y el sector educativo en México, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. P. 215.

²⁴ Artículo 32 ley 80 de 1993.

²⁵ N° 14 art. 4° Reglamento de Obras – contraloría general de la república

²⁶ N° 15 art. 4° Reglamento de Obras – contraloría general de la república

Describir como tal lo que es la infraestructura y ciertas características de la misma se hace necesario pues es de ahí que podremos establecer la relación entre la infraestructura pública y los fines que establece la constitución para la contratación pública, tarea que como pudimos analizar es fácil, pues la infraestructura es el medio mediante el cual los Estados buscan garantizar la efectividad de todos los fines.

Extrayendo los fines constitucionales del Estado, la función pública y la economía, concluimos que los de mayor relación con el desarrollo de infraestructura pública, contratación estatal y el correcto funcionamiento de la misma son los siguientes:

1. Promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.
2. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
3. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.
4. El Estado debe en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Todos estos fines no son posibles solamente con la adopción o implementación de diferentes políticas públicas que se limiten solo a la estructura o al funcionamiento de entidades y organismos de entidades públicas, es necesario que el Estado a su vez lleve a cabo obras que permitan satisfacer las falencias y problemáticas que agobian el desarrollo de todos los colombianos, en especial de los más desprotegidos y abandonados por el Estado. Es aquí donde la infraestructura pública en su totalidad (infraestructura social y de economía) se convierte en el medio por el cual las políticas públicas se materializarán y podremos así evidenciar los cambios a nivel social, económico, cultural, ambiental, en fin, se mejorará la calidad de vida de los habitantes, se promoverá la prosperidad general, se evitarán los monopolios que agobian en la actualidad a las licitaciones públicas y a la economía en general y, finalmente, se racionalizarán los recursos para poder suplir la demanda de oportunidades y beneficios del desarrollo en todo el territorio nacional. Es así como concluimos que el fin principal del desarrollo de la infraestructura pública en materia constitucional es el de facilitar la consecución de los principales fines estatales consagrados en la constitución.

Ahora, una vez hemos identificado los fines constitucionales y hemos concluido que como tal la infraestructura y su desarrollo es el medio y no el fin que la constitución busca, procederemos a analizar si esto es posible teniendo en cuenta los dos modelos previamente analizados (Estado social de derecho y modelo neoliberal).

El modelo económico neoliberal cuyas bases son: la disminución del Estado mediante la limitación del gasto público, la privatización de las entidades que prestan los determinados servicios públicos, la apertura económica a la economía global con medidas como la disminución de aranceles, tratados de libre comercio y beneficios para la inversión

extranjera, va en total detrimento de lo que la constitución proclama al consagrar a Colombia como un Estado social de derecho.

“La planificación económica por los Estados democráticos ha cedido terreno ante el gran empuje de las exigencias planteadas por las multinacionales a los gobiernos, de modo que los mercados globalizados imponen la ley de la flexibilidad, la eliminación de disposiciones legales que sirvan para disciplinar el mercado, y la supresión de otras barreras protectoras. Algunos ven en el desarrollo de la denominada nueva economía el triunfo de la libertad y de la sociedad civil, mientras que otros, menos optimistas, temen el retorno de la jaula de hierro que Max weber anuncio con temor y temblor y que, efectivamente, se materializo en los años treinta en los sistemas totalitarios.”²⁷

Pretender que el fin que buscaba la asamblea constituyente bajo el gobierno del neoliberal Carlos Gaviria era diferente al de supeditar el modelo de Estado a las directrices de los entes económicos y financieros de orden mundial y a las grandes transnacionales, resultaría ingenuo. La carta de derechos, la concepción de mecanismos para hacer efectivos estos derechos, la descentralización, pluralidad y paso a una constitución con un compromiso social mayor, son en el papel, aspectos muy positivos y que representan un gran avance en materia de positivización jurídica. Sin embargo, la realidad que vive el país demuestra que nada ha cambiado a partir de esta constitución y que, por el contrario, estamos en una situación aún peor a la que nos encontrábamos en el año 1991.

Buscar adaptar el Estado colombiano a un modelo neoliberal que tiene como consecuencias la acumulación de riquezas, la pérdida de derechos sociales, laborales y

²⁷ ALVAREZ URÍA, Fernando estado social versus neoliberalismo, acciones e investigaciones sociales, 16 diciembre de 2002.

económicos, el aumento del déficit fiscal, la visión de servicios públicos estatales como posibles negocios para los entes privados, etc. Resulta utópico pensar que un país como Colombia estaba en plena capacidad para incursionar en un mercado competitivo y manejado por intereses entre los cuales el desarrollo de países tercer orden mundial se ubica entre sus últimas prioridades.

Es en este punto donde muchos autores están de acuerdo, el modelo neoliberal y el Estado social de derecho tienen papeles antagónicos en cuanto a los fundamentos teóricos que los sustentan y a los fines por los cuales propenden y que son razón de su concepción. Es por esta razón que si bien la constitución establece fines estatales como promover el interés general, el bienestar general de los habitantes y la libertad económica de las empresas, tampoco podemos descartar que estos fines y la constitución en su totalidad, tuvo como único fin dar un sustento jurídico al modelo neoliberal. Ahora, teniendo en cuenta conceptos mencionados anteriormente como lo es por ejemplo la constitucionalización del derecho, se podría inferir que si la carta magna nos dirige hacia un modelo neoliberal, es posible que también la legislación en contratación estatal también lo haga.

Este modelo neoliberal que entrega funciones antes estatales (interventorías y supervisiones) a los privados e incluso permite su tercerización, da un mayor campo a la libre competencia a cambio de un control riguroso y responsable sobre el actuar del sector privado. Las superintendencias en su función de control, inspección y vigilancia, si bien han presentado avances en materia de resultados, aún quedan cortos en comparación con el nivel de corrupción que agobia al país. El discurso de libre competencia y liberalización de la economía ha conseguido que se disminuya el papel de interventor del Estado en la misma

a un papel regulador. La constitución da la dirección de la economía al gobierno, pero basta con mirar el papel que han asumido los gobiernos posteriores a la constitución del 91 para concluir que estos se han limitado a regular que la economía vaya según el plan de las organizaciones y entidades de orden mundial que tienen injerencia en la economía colombiana (BM, FMI).

Una vez se tiene claro la diferencia abismal que se aprecia entre la finalidad plasmada y la finalidad real que buscaba la constituyente del 91, no cabe ninguna duda de que la situación en la que nos encontramos actualmente es producto no de malas políticas o corrupción sino de la misma estructura jurídica, social, política y económica del Estado colombiano planteada en la carta política.

Finalmente, identificados los fines constitucionales relacionados indirectamente con la contratación y su viabilidad bajo los modelos que rigen el contexto actual del desarrollo de infraestructura pública, es momento de analizar la legislación que regula la contratación estatal.

FINES LEGISLATIVOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En el artículo 334 de la carta política de Colombia el cual fue modificado mediante el acto legislativo 03 de 2011 se hace referencia acerca del principio de sostenibilidad fiscal el cual ha sido desarrollado por vía legal. La Constitución Política de Colombia nos indica que todas las ramas y entidades del poder público deben regir su funcionalidad por este principio, más sin embargo solo nos indica una facultad otorgada al procurador general de la nación o a uno de los ministros del gobierno nacional la cual consiste en la posibilidad de iniciar un incidente de impacto fiscal. El artículo en cuestión reza de la siguiente manera:

“El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.”²⁸

El desarrollo de este principio a lo largo del tiempo nos ha enseñado que su principal objetivo es garantizar que existan recursos a largo plazo para suplir todas las necesidades y derechos de la población en cabeza de las diferentes ramas del poder público, trayendo consigo una protección para que los recursos de las generaciones venideras no se vean comprometidos en pagos de deudas públicas exorbitantes. Un claro ejemplo de este desarrollo legal está contenido en la ley 1473 de 2011 donde se dictaron ciertas reglas

²⁸ acto legislativo 03 DE 2011

fiscales sobre el déficit estructural del PIB, implementando un techo en lo que respecta a la deuda pública para garantizar que el presente principio se cumpla a cabalidad.

El principio de sostenibilidad fiscal al regir todas las actuaciones de la administración pública se encuentra directamente relacionado con los modelos para la formulación y ejecución de proyectos de infraestructura pública en Colombia, toda vez que los modelos analizados en la presente tesis requieren del uso de los recursos actuales económicos del Estado y en muchos casos de los venideros, por lo tanto es pertinente su mención y posterior análisis en cada modelo en cuestión.

Como lo hemos indicado en apartados anteriores, el principio del interés general es uno de los principales pilares en lo que concierne a la contratación pública, toda vez que este es quien se encarga que los intereses particulares mal intencionados no pongan en funcionamiento las arcas del Estado para su propia conveniencia. Con respecto a este principio la corte ha indicado:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los

fines del Estado.(...) En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado.”²⁹

Motivo por el cual la corte hace un gran énfasis en la importancia de este principio más allá de observarlo como un simple principio o medio, se debe llevar hasta el punto más alto de toda la labor ejecutada por parte del gobierno, ya que sin este no se cumplen todos los fines establecidos en la Constitución nacional, por lo tanto el interés general se encuentra relacionado con absolutamente todos los principios y fines que estaremos analizando detalladamente.

Otro principio que requiere especial atención es la planeación donde el Consejo de Estado en repetidas ocasiones ha hecho referencia en lo que nos concierne que es la contratación estatal principalmente de la siguiente manera: *“Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso

²⁹ Sentencia C-713/09

públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa.

*Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, **sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal.** Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.*

*El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado”.*³⁰

Al igual que el principio de sostenibilidad fiscal este se encuentra directamente relacionado con los modelos para la formulación y ejecución de proyectos de infraestructura pública, pues al tratarse de obras de infraestructura realizadas por parte del gobierno estas deben ser en pro del interés general con la planeación como medio, motivo

³⁰ Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del primero de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)

por el cual se hace pertinente presentar este como uno de los pilares fundamentales en lo que concierne a la contratación estatal.

LEY 80 DE 1993

Mediante esta ley se dictaron las reglas y principios que debían encaminar todo lo referente a los contratos que se llegaran a celebrar con las entidades estatales de cualquier nivel dentro del organigrama de las ramas del poder público. Dentro de esta se mencionaron los fines que se perseguían por la misma donde encontramos tales como la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio requerido y estipulado en cualquier contrato estatal, el interés público, la idoneidad en la ejecución del contrato por parte del contratista, dictar parámetros de responsabilidad y compromiso con el acuerdo pactado entre las partes y buscar el mejoramiento de la calidad de vida de la población en general cubriendo necesidades colectivas.

Esta ley fue expedida por diferentes circunstancias entre las cuales podemos destacar cinco principales. La primera razón fue realizar un solo método a seguir en cuanto a la contratación estatal ya que los mecanismos administrativos en su momento eran en extremo cambiantes lo cual imposibilitaba la correcta y permanente asignación de cualquier tipo de contrato en donde el Estado fuera una de las partes. La segunda razón eran los altos costos a cargo del Estado en el cumplimiento del proceso para llenar los requisitos de forma y exigencias que este mismo pretendía imponer, tales como la necesidad de la activación de todo el poder ejecutivo en sus diferentes dependencias para la respectiva autorización de cada una que intervenía en el proceso, buscando con esto unificar las diferentes autorizaciones en un solo ente. La tercera razón era generar una mayor autonomía y

autodeterminación al ente administrativo encargado, de tal manera que este lograra cumplir con su misión designada de una manera más eficiente y eficaz, ya que la última decisión era tomada por el órgano central el cual no entregaba tal poder, sino sencillamente represaba todas las solicitudes hechas por cada entidad de cualquier orden a nivel nacional. La cuarta razón era proteger los derechos que poseía el contratista generados por la relación contractual de este con el Estado, sin que necesariamente tuviera que ser microgerenciado desde la administración o el otorgador del contrato, quitando consigo cualquier tipo de privilegio que llevara el administrador con sus autoproclamadas facultades de intervención. Y finalmente la quinta y más importante era empapar de algún tipo de responsabilidad al contratista ya que toda la carga era por cuenta del Estado, generando un desequilibrio en los riesgos de la ejecución del contrato.

El interés público bajo la lupa de ley 80 de 1993 se ratifica como el pilar fundamental sobre el cual debe girar la contratación estatal, ya bien que en ocasiones sea de manera inmediata, clara y expresamente visible o se de en una forma más discreta, motivo por el cual el legislador nos hace razonar que toda acción que sea realizada por el Estado debe estar dirigida y motivada inicialmente por el interés público, mas sin embargo no deja clara la definición del concepto como tal dando pasos a disfrazar el interés particular o común de interés público.

En este punto se debe plantear un posible problema, el cual consiste en si esos mismos principios deben regir a las empresas de economía mixta donde el Estado posee la mayoría de las acciones, trayendo consigo ciertos problemas administrativos y de desarrollo en pro de la prosperidad y crecimiento de la misma, o si sencillamente se debe regir por las reglas establecidas en el derecho privado y la libertad que otorga el comercio de la región.

Aunque queda claro que si las empresas industriales y comerciales del Estado actuando bajo los parámetros de interés público y otros principios o fines que rigen el tema de la contratación estatal podrían menoscabar los intereses de la empresa, el Estado se encuentra en la obligación constitucional de acatar estos principios en todas sus actuaciones, cortando en cierta manera las posibles alas que pueda tomar la empresa por el manejo de la política de interés público, más aun cabe hacer la aclaración que aunque esto es un freno para el crecimiento real de la empresa, la presencia del Estado en estos tipos de negocios genera en la mayoría de los casos una estabilidad en cuanto a su funcionamiento y capacidad financiera.

La ley 80 de 1993 devolvió a la contratación estatal los elementos esenciales de los contratos en sí, trayendo consigo la autonomía de la voluntad para la celebración del acuerdo y las condiciones emanadas de las dos partes, y el interés público pero esta vez no como un pilar como tal, sino como un gran marco en donde el contratista también debe estar incluido e interesado en que así sea, buscando realmente el bienestar social. Con esto que realizo la presente ley se logró devolver la voluntad de las partes a su punto cúlmine original en todos los contratos como principal generador del mismo, motivo por el cual el artículo trece y el treinta y cuatro habilita la posibilidad de aplicar las normas civiles y comerciales en materia contractual.

“Por eso ha podido sostener Marienhoff que si el contrato administrativo no es la ley inmutable de las partes, tal como ocurre en el derecho privado, sigue siendo, no obstante, la ley de las partes, de suerte que si ese carácter administrativo del contrato requiere que éste se ajuste a determinados criterios que son compatibles con su índole, "en

modo alguno podrá desnaturalizar el objeto' o 'contenido' del acuerdo, transformando tal objeto o contenido en algo distinto a lo previsto y querido por los contratantes”³¹.

"El refinamiento de la cultura jurídica, logrado a través de largos períodos, casi siempre seculares, lentamente va reivindicando los fueros de la autonomía privada e imponiéndola como institución natural que es en la vida social"³².

Una vez hemos identificado los fines constitucionales y legales que deben buscar los modelos para la formulación y ejecución de los proyectos de obra de infraestructura pública (licitaciones públicas y asociaciones público privadas), es momento de extraer de los mismos los principios que nos permitirán analizar los modelos para así poder dar con las fortalezas y debilidades propias de cada uno.

Lo anterior nos lleva a una sola conclusión, cualquier contrato que se realice por parte de las entidades estatales debe estar enfocado en cumplir los fines del Estado, dando satisfacción a los servicios públicos y derechos que son propuestos en la carta política y por lo tanto su principal meta que es la función social, como bien claro lo han reiterado las diferentes altas cortes en los últimos tiempos.

Transparencia:

Principio y fin fundamental si hablamos de la importancia que tiene la comunicación entre el administrador y el administrado. Todas las actuaciones en la contratación estatal deben estar perfectamente motivadas y a su vez ser verificables o

³¹ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen 1. Parte General. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977, página 373. En el mismo sentido se pronuncia Laubadere. *TratéTheoriqueetPratiquedesContratsAdmioistratifs*. Tomoll. París, 1956. Págs.

³² OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Tercera Edición, Editorial Temis. 1987. Pág. 7.

cuestionables por cualquier tercero interesado, garantizando la claridad en cada proceder de la administración pública aunque existe la limitación de los asuntos que posean reserva legal. Este principio emana del interés general pues la comunidad al ser la directa afecta o beneficiada con dicho contrato estatal es la responsable de velar por sus propios intereses y de esta manera cumplir con el pilar constitucional. Los ciudadanos gracias al principio de transparencia es que gozan de acceso a la información relacionada con las diferentes etapas surtidas en el proceso de contratación estatal. Cualquier persona interesada puede obtener información sobre los procesos y es debido a esto que viene la exigencia hacia la administración de que las decisiones y medidas que adopten estén debidamente motivadas y que además estén disponibles para su verificación y cuestionamiento. *“Debe garantizarse claridad absoluta sobre los fundamentos que tiene la administración en su actuación, desde que decide comprometer recursos a un determinado proyecto hasta que el destinatario recibe los bienes o servicios contratados.”*³³

Concretamente este principio indica:

*“La transparencia se refiere a la necesidad de que todo el proceso de selección del contratista se haga de manera pública, y que cualquier persona interesada pueda obtener información sobre el desarrollo de cada una de las etapas de dicho proceso.”*³⁴

Eficacia:

La actuación administrativa y la contratación estatal están íntimamente ligadas al principio de eficacia, eficacia que se consume con el consistente alcance de los fines de interés general plasmados en la constitución y la ley. Este principio no hace referencia al

³³ <http://www.aplicaciones-mcit.gov.co/guiapymes/c4i2.html> consultado 12 de diciembre de 2015

³⁴ *Ibíd*em

cumplimiento como tal de los proyectos o contratos celebrados por parte de la administración pública, sino al nivel de calidad de los servicios prestados por la misma, encaminando sus pasos más allá de simplemente llegar a la meta, llegar de una forma correcta y con todas las garantías de que sea un servicio óptimo, por lo tanto este principio permite que la administración se realice respetando criterios como la excelente calidad de servicios ofrecidos y la buena gestión económica que se ejecuta sobre el presupuesto.

Concretamente este principio indica: *“La **eficacia**, consistente en la consecución de fines de interés general, actúa como principio esencial para la actuación administrativa buscando la calidad de los servicios y la buena gestión económica.”*³⁵

Eficiencia:

Principio que se complementa con el de eficacia y que hace referencia específicamente al manejo de los recursos tanto humanos como materiales, a su correcto uso para que estos sean utilizados de la mejor manera posible y por lo tanto mejorar la calidad del servicio prestado por parte de la administración pública, este principio obliga a la autoridad encargada a realizar los análisis adecuados para conseguir un mejor desempeño o mayores logros a un menor costo. Este fin se reduce a la expresión de condicionar *“la toma de decisiones para lograr mayores logros a menores costes.”*³⁶

³⁵ Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A2, Cuerpo Técnico, especialidad de Gestión Administrativa, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Tema 4. AUTOR: Escuela de Administración Regional ISBN: 978-84-7788-549-8 DEPÓSITO LEGAL: TO-721-2009

³⁶ Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A2, Cuerpo Técnico, especialidad de Gestión Administrativa, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Tema 4. AUTOR: Escuela de Administración Regional ISBN: 978-84-7788-549-8 DEPÓSITO LEGAL: TO-721-2009

Publicidad:

La publicidad es parte complementaria de la transparencia, este principio es el encargado de obligar a las entidades públicas a que todo que todo proceder que esta realice y específicamente al tema en cuestión la contratación estatal, sea de conocimiento público a cualquier interesado dentro de la comunidad no solo por indagaciones del mismo, sino por propia iniciativa de la entidad dicha información generada de estas actuaciones se debe mantener actualizada en los diferentes sistemas públicos de publicidad de las actuaciones de la administración.

Al igual que en diferentes actuaciones del sistema penal colombiano, las diferentes audiencias del proceso de licitación pública así como algunas del proceso propio de las asociaciones público privadas son abiertas al público. Esta participación implica tanto el trámite de las mismas como la decisión o resolución que las finalice.

En síntesis este principio indica: “*El principio de **publicidad** implica que las actuaciones y decisiones de las autoridades sean públicas y abiertas a los asociados*”³⁷

Economía y celeridad:

Cuando hablamos del principio de economía en materia de contratación estatal nos referimos no a recursos materiales o humanos sino en específico al recurso del tiempo. La relación que tiene este principio con el de celeridad va de la mano con la relación que tiene el de eficacia y eficiencia. Mientras los primeros se refieren en concreto a los trámites y actuaciones propias previstas por el ordenamiento jurídico y que son de obligatorio

³⁷SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo: Introducción a los conceptos de la administración pública y derecho administrativo. Ed. Dvinni, Vol. 1., Bogotá, 1996

cumplimiento para salvaguardar el debido proceso; los segundos se refieren al correcto manejo de los recursos sobre los cuales se tiene disponibilidad para cumplir los diferentes fines y obtener la mejor prestación posible de los servicios que ofrece la nación. La necesidad y obligación que posee la administración pública para realizar todas sus actuaciones con un bajo índice de tramitología y en el menor tiempo posible, para disminuir gastos de todo tipo en la administración y desgaste de todos los interesados en celebrar un contrato con el Estado en la búsqueda de un sinnúmero de documentos y requisitos. En pocas palabras estos principios se encaminan a que la administración no malgaste tiempo o recursos públicos.

En concreto, la economía “*busca que dichas actuaciones se realicen en el menor tiempo posible, disminuyendo gastos, y no exigiendo más documentos de los necesarios.*”³⁸

El principio de celeridad al igual que en la esfera de actuación judicial, tiene un contenido normativo que se manifiesta mediante sanciones y normas impeditivas a quienes intervienen en contratación estatal y que debido a su posición y facultades legales pueden llegar a dilatar los procesos que se deben surtir, impone el deber a la administración pública de impulsar de manera oficiosa y responsable todo procedimiento ya bien sea el al reducción de pasos para el cumplimiento del objetivo o en el uso de las nuevas tecnologías para la agilización de su proceder, esto quiere decir sin dilataciones injustificadas.

Participación:

Colombia como país democrático establece que la participación es un principio fundamental si se desean alcanzar los fines constitucionales y legales en contratación

³⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo: Introducción a los conceptos de la administración pública y derecho administrativo. Ed. Dvinni, Vol. 1., Bogotá, 1996

estatal. Si bien la democracia representativa opera en Colombia, los modelos de contratación “obligan a que los administrados puedan participar en la toma de decisiones que a ellos atañen, como quiera que el procedimiento administrativo es ante todo un estadio de debate participativo.”³⁹

Este principio trae la obligación a la administración de generar canales de comunicación entre la comunidad en general y esta, para que todas las posibles afectaciones sobre la comunidad sean tomadas en cuenta al momento de la toma de decisiones públicas. Es así como se fomenta y se atienden las propuestas allegadas por personas naturales, organizaciones, comunidades y en general el sector de la ciudadanía que busca hacer parte del proceso de deliberar, formular, controlar y evaluar el funcionamiento de la contratación estatal⁴⁰. El funcionamiento mediante el principio de participación no se aísla en lo que los funcionarios determinen sino que permite el acceso no solo a la información como lo planteaban anteriormente los principios de transparencia o a las etapas del proceso según la publicidad. La participación va un paso más allá y permite que el ciudadano que tenga interés en estos procesos participe directamente de la contratación estatal.

Igualdad:

Específicamente el principio de igual en relación con la contratación para el desarrollo de infraestructura pública en Colombia hace referencia a que todos los oferentes para este tipo de contratos deben ser tratados y exigidos de la misma manera, esto quiere decir que los requisitos y puntos de calificación para la adjudicación de estos contratos

³⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo: Introducción a los conceptos de la administración pública y derecho administrativo. Ed. Dvinni, Vol. 1., Bogotá, 19961

⁴⁰ VEGA DE HERRERA M., SUAREZ BOHORQUEZ J. derecho procesal administrativo – conforme con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Editorial Ieyer.

deben ser los mismo para todos los interesados, para de este modo llegar a una selección objetiva sobre la oferta más conveniente tanto para los intereses del Estado como para los de la comunidad.

Moralidad y buena fe:

La moralidad dispone “*que todas las personas y los servidores públicos están obligados a obrar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas, conduciéndolas con absoluta transparencia e interés común.*”⁴¹

Comprende además el correcto manejo de bienes y recursos del Estado, y la total prohibición de actos de corrupción, clientelismo, nepotismo y cleptocracia. La moralidad es imprescindible en el actuar de los servidores públicos pues debido no solo a la importancia de sus cargos sino a factores como la influencia que pueden ejercer en los procesos de selección y demás etapas y los recursos que pueden llegar a manejar al momento de seleccionar a los contratistas, hacen de vital importancia para el cumplimiento de los demás principios y en consecuencia de los fines constitucionales y legales. A su vez esta buena conducta por parte de los funcionarios de la administración pública reduce significativamente el desgaste del aparato judicial y los órganos de control en procesos penales y disciplinarios en su contra.

En cuanto a la buena fe, se predica de esta que “*establece para funcionarios y particulares el deber de presumir la honradez y la honestidad en la otra parte que concurre al trámite de las actuaciones administrativas, durante el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. Este principio guarda armonio con el de la presunción*

⁴¹ VEGA DE HERRERA M., SUAREZ BOHORQUEZ J. derecho procesal administrativo – conforme con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Editorial Ieyer.

*de inocencia consagrada por la carta política a favor de toda persona. Por tanto las autoridades deben considerar que quien acude a una diligencia administrativa es inocente y que, mientras no se le comprueba lo contrario, debe ser tenida como persona honrada.”*⁴²

Vemos como la buena fe obra como una garantía que reviste toda actuación de los sujetos que intervienen en estos procesos de contratación. De la mano con el debido proceso y la presunción de inocencia, este principio toma especial relevancia cuando el tráfico de influencias, persecución política, y búsqueda de beneficio económico obran en la investigación y posterior juzgamiento de oferentes que en realidad no incurrir en conductas punibles. Es necesario demostrar la mala fe en la actuación del servidor.

Responsabilidad:

Principio fundamental en relación a las autoridades que intervienen en los procesos de contratación. Estos servidores públicos están en la obligación de asumir las consecuencias derivadas de sus *“decisiones ilegales, de sus acciones, del incumplimiento de sus deberes, de sus omisiones o de su extralimitación en el ejercicio de sus funciones; todo de acuerdo con la constitución, las leyes y los reglamentos. Con la advertencia de que la responsabilidad, incluso por unos mismos hechos, reviste diferentes formas y modalidades que van desde la penal pasando por la disciplinaria, la fiscal, la política y la patrimonial”*⁴³

Este principio posee un rasgo muy distintivo de las normas penales el cual consiste en un supuesto de hecho que conlleva una consecuencia jurídica, ya que hace referencia a que todas las autoridades y sus servidores públicos o particulares que ejerzan funciones

⁴² VEGA DE HERRERA M., SUAREZ BOHORQUEZ J. derecho procesal administrativo – conforme con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Editorial leyer.

⁴³ Ídem.

públicas transitorias están en la obligación de asumir las consecuencias cuando por sus acciones, omisiones o extralimitaciones en su actuar incurran en decisiones ilegales o sancionables por la ley de acuerdos a las normas anteriormente pactadas. Esta responsabilidad puede ser disciplinaria, fiscal, política, penal o patrimonial dependiente en la falta que se incurra por parte del responsable.

Es así como este principio permite no solo que los servidores respondan ante los oferentes e interesados por su responsabilidad en conductas que vulneren los principios citados en este acápite, tramites propios de las licitaciones y las asociaciones, garantías constitucionales y legales y derechos que revisten la contratación estatal; también éste principio permite que las entidades repitan ante estos funcionarios por cualquier desfaldo que ocasionen al erario.

Selección objetiva:

Este principio se encuentra regulado por el art. 29 de la ley 80 de 1993 y es primordial para el funcionamiento normal de la licitación pública y el alcance de su objeto y propósito. La selección objetiva se entiende como el criterio que permite que la entidad que realiza la convocatoria escoja la propuesta más favorable para la entidad, los fines que ella busca, su presupuesto y tiempo de ejecución. Esto supone a su vez que dicha selección no se vea viciada o influenciada por situaciones como tráfico de influencias, clientelismo, interés personal de los sujetos intervinientes, en conclusión, que no se realice bajo motivos subjetivos.

Este principio se respeta mediante el cumplimiento de requisitos establecidos en la ley como lo son: *“La forma de presentación, el contenido y evaluación de las propuestas*

que formulen los oferentes resultan especialmente exigentes para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando así el paso a cualquier consideración discriminatoria que pudieran llevar a cabo las autoridades.”⁴⁴

En desarrollo del Principio de Selección Objetiva, la entidad debe:

- *Adoptar pliegos de condiciones generales*
- *Fijar plazos razonables*
- *Evaluar todas las propuestas*
- *Aplicar estrictamente los criterios de selección establecidos en los términos de referencia.*
- *Evaluar las propuestas bajo los mismos parámetros de ponderación establecidos en los documentos del proceso de selección.*

Estos puntos anteriores se desarrollarán en el siguiente capítulo.

Concluimos así el primer capítulo de nuestra tesis, Capítulo donde conceptualizamos y contextualizamos el entorno en el cual se llevan a cabo el desarrollo de obras de infraestructura pública bajo los modelos sujetos de análisis. Fue necesario primero exponer tres conceptos fundamentales para poder delimitar el alcance de los mismos, su origen y compatibilidad. Acto seguido se procedió a encontrar en la constitución, leyes, decretos y exposiciones de motivos los fines constitucionales y legales, esto bajo el entendido de que son fines estrechamente ligados con los sistemas estatales, económicos y de intervención que se implementan en Colombia. Finalmente y en concordancia con la

⁴⁴ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, Consejo de Estado en segunda instancia, M.P HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Bogotá, el dieciocho (18) de enero de dos mil uno (2001).

recopilación anterior, se enunciaron los doce principios que a su vez serán los criterios de calificación que usaremos para someter a escrutinio los modelos de licitación pública y de asociaciones público privadas. El fundamento de que sean criterio de calificación yace en que de aplicarse todos estos principios en su totalidad, se podría inferir que se cumpliría también en su totalidad con los fines constitucionales y legales que persiguen y deben satisfacer los modelos que son materia de análisis. La transparencia, eficacia, eficiencia, publicidad, economía, celeridad, participación, igualdad, moralidad, buena fe, responsabilidad y selección objetiva, son imprescindibles en su aplicación si se desea que funcione correctamente el sistema de contratación pública en Colombia. Se deja claro que todos estos principios están en un mismo nivel de importancia y la presencia de alguno de ellos ante la ausencia de otro no supone de ninguna manera una especie de contrapeso que valida la omisión de alguno de ellos.

A continuación se hará la exposición de cada uno de los modelos para después cotejarlos con los principios previamente enunciados y así revelar las falencias y virtudes que cada uno de ellos presenta, esto conforme con la metodología acordada para encontrar validez a nuestra tesis.

CAPITULO II

DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LICITACIÓN PÚBLICA.

La contratación pública está reglamentada en el estatuto de contratación y presenta varias modalidades con las que cuenta la administración para adquirir los insumos necesarios, contratar el personal requerido, o delegar las funciones correspondientes, en conclusión, “Tiene como fin general el de cumplir los postulados del Estado Social de Derecho, cuya naturaleza es prestar servicios a los asociados y garantizar el bienestar de la comunidad. En sentido particular, los contratos estatales tienen como finalidad suplir la necesidad específica, por consiguiente, la administración debe contar con los elementos de juicio necesarios para establecer la mejor forma de atender dicho propósito”.⁴⁵

Dentro de estas modalidades podemos encontrar la selección abreviada, la cual presenta como rasgo característico sus procesos simplificados debido al objeto contractual que posee; podemos encontrar también el concurso de méritos, reservado para la selección de consultores o proyectos mediante sistemas de concursos abiertos. Esta modalidad de contratación premia las aptitudes y experiencia acreditada que tengan los posibles consultores por encima de los precios que tengan las propuestas, situación opuesta a la subasta que se presenta en las demás modalidades.

También está presente dentro de las modalidades de contratación de obras públicas, bienes y servicios la contratación directa, excepción a la pluralidad de propuestas y ciertos casos establecidos de manera taxativa por la ley⁴⁶, y por ultimo tenemos la modalidad de

⁴⁵ BEJARANO RONCANCIO, Jhon Jairo Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición, Procuraduría General de la Nación. (2005). Instituto de Estudios del Ministerio Público. Selección de Contratistas Contratación Directa. (2ª ed.) Bogotá: Autor, p. 23.

⁴⁶ Artículo 73 ley 80 de 1993.

licitación pública, materia a examinar en el siguiente capítulo pues su historia, contenido y aplicación por parte del Estado colombiano merece mayor profundidad.

La licitación pública abarca casi cualquier bien o servicio que la administración desee adquirir, pero nos concentraremos en la formulación y ejecución de proyectos de infraestructura pública, materia que debido a su extensión nos permitirá realizar un análisis completo sobre la materia. A continuación procederemos a describir el marco jurídico, los principios y demás conceptos que sean necesarios para entender a cabalidad en que consiste la licitación pública y analizar posteriormente sus fortalezas y debilidades.

Licitación pública:

Esta figura es entendida como el “procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal”⁴⁷ según Enrique Sayagués Laso. Por su parte, Marienhoff precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero, explica, "la ‘ratio iuris’ no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al ‘cumplimiento’ del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc.) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas." Y en relación con los administrados afirma: "*con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este*

⁴⁷ SAYAGUÉS LASO E., *La licitación Pública*, Montevideo, 1940. pág. 53.

orden de ideas la 'igualdad' entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; tratase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos”⁴⁸, se rige además por los mismos principios que rigen la función administrativa⁴⁹⁵⁰ en conjunto con los principios de transparencia, economía, responsabilidad, libre competencia y selección objetiva, principio fundante y directriz de la licitación pública. Selección objetiva entendida como “la selección del contratistas debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección” y guiada por los criterios de “(i) la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; (ii) la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; (iii) el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y (iv) la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores”⁵¹, permite a la administración hacer una selección de contratistas que

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001)., Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

⁴⁹ “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” Artículo 209 constitución política de Colombia

⁵⁰ “la función administrativa se desarrollara conforme a los principios constitucional, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Ley 289 d 1998, artículo 3.

⁵¹ Referencia: expediente D-8699 Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012)

resulte no solo en la mejor oferta en cuanto a precio total del contrato para el administrador, sino que además permite que el contratista más idóneo, con mayor experiencia y con mayor músculo financiero sea el que lleve a cabo la obra. El resultado de la licitación pública debe favorecer no solo a la administración sino también a los administrados que se van a ver beneficiados por la ejecución de estos proyectos de infraestructura pública. Por último, la asociación nacional de empresarios de Colombia considera que la licitación es el mecanismo mediante el cual el Estado ejecuta obras o adquiere bienes o servicios. Atribuye igualmente una función de selección residual, es decir, si mediante ninguno de los otros procedimientos de contratación estatal que mencionamos anteriormente no es posible adelantar lo que la entidad pretende (en materia de contratación estatal) es la licitación el modelo ideal para que la entidad ejecute las obras o adquiera los bienes y servicios necesarios para su funcionamiento correcto y posterior consecución de los fines constitucionales y legales.⁵²

Una vez claro lo que se entiende por licitación pública y cuáles son los principios que sirven de base para esta modalidad, procederemos a mirar cuales son los procedimientos y trámites que deben surtirse en una licitación como tal.

TRÁMITE LEGAL

Procedimiento de la contratación pública – licitación pública

Siguiendo la estructura planteada previamente y teniendo en cuenta que el Estado tiene dentro de sus fines la prestación de servicios y bienes a los administrados y debido a que la

⁵² <http://www.andi.com.co/es/GAI/Guilnv/ConEst/ConEst/Paginas/LicP%C3%BAAb.aspx> - Concepto de la asociación nacional de empresarios de Colombia (ANDI) consultado noviembre 15 de 2015

administración ya tiene un amalgama extenso de responsabilidades, funciones, etc. es que la licitación pública se presenta como modelo y alternativa para que el Estado preste sus servicios sin necesidad de incurrir en gastos de tiempo, recursos y personal en la elaboración de obras de infraestructura pública. Se le suma a los factores anteriores el conocimiento especializado y técnico que pueden llegar a tener los proponentes que presentan la oferta en comparación con el que podría llegar a tener la administración. Si bien la administración puede llegar a tener el conocimiento necesario para formular y ejecutar las obras de infraestructura pública, también es cierto que este puede resultar insuficiente o irrisorio en comparación con el que puede aportar un individuo o colectividad del sector privado que desarrolle obras de infraestructura como principal actividad económica o razón social. De que este proceso se realice conforme a los preceptos legales es que se pueden evitar posteriores inconvenientes, como por ejemplo cuando las *“omisiones que se cometan en esta etapa se reflejarán en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato generando la declaratoria de desierta de una licitación, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato a la realidad del bien o servicio prestado o simplemente al quebrantamiento de la ecuación contractual”*⁵³

El procedimiento que lleva a cabo el Estado a través de las entidades para la selección de la mejor propuesta es el siguiente y se divide de esta manera:

1. Elaboración de estudios y documentos previos: es el primer paso de la licitación pública y nace de una iniciativa de la entidad pública que identifica una necesidad que desea satisfacer. Esta necesidad debe estar soportada en unos estudios del

⁵³ Guía de Contratación. Gobernación de Santander. 2005

sector que sirvan para justificar el porqué de la obra, el origen de los recursos destinados a dicha obra, el estado actual del contexto que encierra la obra, etc. En conclusión “los antecedentes, justificación y/o definición técnica de la forma en que la Entidad puede satisfacer dicha necesidad”⁵⁴

2. Una vez definida la necesidad de la licitación es necesario definir el objeto a contratar y demás datos necesarios para la identificación del contrato. El objeto se considerara definido una vez la entidad establezca los bienes o servicios que desea adquirir y para qué los necesita o qué hará con ellos. Generalmente se identifican los contratos a celebrar con los siguientes datos:

Tipo de contrato	Obra pública, concesión, compraventa, suministro, etc.
Plazo de ejecución	Estimación certera del tiempo que el contratista debe emplear en la ejecución del bien o servicio contratado.
Lugar de ejecución o entrega del contrato	Se debe precisar el sitio o lugar de entrega de los bienes o ejecución de los servicios.
Valor estimado del contrato	Definir el presupuesto oficial que se tiene destinado para la ejecución del contrato.
Forma de pago	Establecer la forma como se realizará

⁵⁴ RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA Ley 1150 de 2007, Decretos Reglamentarios 2474 de 2008 y 4533 de 2008 Edición 2009

	el pago; pagos anticipados, parciales sujetos a entrega, etc.
Supervisión y/o interventoría	Se debe concretar quien se encargará de la vigilancia en cuanto a cumplimiento de la obra y manejo de los recursos sobre los cuales se tiene disponibilidad.

Fuente: autoría propia.

3. Una vez se cumple con los dos pasos anteriores es necesario fundamentar jurídicamente la modalidad de selección que se usará en la prestación del servicio, bien o elaboración de la obra pública. Se resalta que la contratación pública tiene como regla general a la licitación pública, razón por la cual la fundamentación solo se exige en los casos de selección abreviada, contratación directa, mínima cuantía y concurso de méritos. La fundamentación jurídica de estas modalidades de contratación pública se encuentra en los estatutos de contratación y diferentes decretos que reglamentan el tema.

4. Los criterios o factores que sirvan a la entidad para determinar mediante ponderación cual es la oferta más favorable para la entidad bajo la relación costo – beneficio, teniendo en cuenta variables como la calidad, precio, etc. Estos factores o criterios tendrán como presente el principio de selección objetiva y buscarán dar un puntaje a las ofertas para así asignar el contrato a quien resulte con la mejor propuesta.

5. En vista de que los recursos son del erario y que por esto debe tenerse no solo diligencia en su manejo sino también previsión en las posibles eventualidades que puedan surgir; es que se realiza el soporte de los riesgos previsibles que pudiesen ocurrir,

riesgos que afecten el equilibrio económico del contrato. El riesgo se mide mediante método cualitativo si las circunstancias y hechos de posible ocurrencia provienen de personas, mientras por otro lado serán de método cuantitativo si provienen de datos históricos. Esta identificación de los riesgos y posterior estimación de los mismos constituye un factor fundamental en los inconvenientes que presentan las licitaciones a la hora de ejecución, sin embargo, este tema será desarrollado más adelante.

6. Se realiza la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), certificado que demuestra que la entidad pública efectivamente cuenta con los recursos necesarios para asumir los costos del contrato.

La recopilación de datos, documentos, información y demás constituyen lo que se conoce como estudios previos, estudios que servirán de fundamento para la elaboración del pliego definitivo de condiciones. Según Jorge Enrique Lozano, los pliegos de condiciones son definidos como “El documento que, en la etapa precontractual y atendiendo al principio de transparencia, elabora la entidad pública contentivo de las estipulaciones generales e impersonales que rigen los procedimientos de licitación y adjudicación públicos, y las condiciones del vínculo contractual”. El pliego de condiciones contiene los siguientes aspectos del contrato a realizar.

- Descripción técnica del objeto del contrato.
- Fundamentos del proceso de selección.
- Razones y causas que generan rechazo de oferta.
- Presupuesto, pago, garantías de riesgo y su cobertura, etc.

- Proyecto de minuta del contrato.

Este pliego de condiciones será publicado en el SECOP para dar aviso a la comunidad del proyecto de contrato que se tiene. Posterior a su publicación el proyecto de pliego de condiciones podrá ser sometido al escrutinio de los órganos de control, veedurías, interesados y posibles oferentes que deseen hacer observaciones sobre aspectos de cualquier índole por considerar los mismos erróneos o innecesarios. Estas observaciones se realizarán en una audiencia y dichas observaciones serán evaluadas por la entidad para determinar si son acogidas o son descartadas.

Una vez se tiene el pliego definitivo de condiciones y se han realizado unas observaciones iniciales sobre el mismo, es momento de que la entidad expida el acto administrativo que da apertura a la licitación como tal en simultáneo con el pliego definitivo de condiciones, acto administrativo que contiene los siguientes aspectos del contrato:

- Objeto del contrato.
- Cronograma del proceso, con fechas de las diferentes audiencias y trámites propios del proceso de licitación pública.
- Modalidad de selección de contratación pública, en este caso es la Licitación pública.
- Lugar donde se podrá consultar el pliego definitivo de condiciones.
- Convocatoria para las veedurías ciudadanas.
- CDP que se mencionó anteriormente.

Una vez se tiene certeza sobre el pliego definitivo de peticiones y la efectiva apertura de la licitación, es momento de realizar las correspondientes audiencias y demás diligencias que se acordaron en el cronograma del acto administrativo de apertura.

Si en el pliego definitivo de condiciones aún se encuentran datos que requieran modificación ante sugerencia de los oferentes, interesados o incluso de la misma entidad, se procede a expedir adendas que contengan las modificaciones. La adenda es un “documento emitido con posterioridad a la apertura de un proceso de contratación con el fin de aclarar, modificar, corregir o precisar el pliego de condiciones definitivo, razón por la cual forman parte del mismo y del proceso contractual”⁵⁵, y que en otras palabras cumplen la función de las observaciones sobre el proyecto de pliego de condiciones, con la salvedad de unas limitaciones. Las adendas solo versan sobre aspectos que no sean sustanciales o que llegasen afectar el objeto del contrato a celebrar.

Las adendas se constituyen en el tramo final de la licitación en cuanto a la recepción de las propuestas por parte de los diferentes oferentes. El proceso a seguir con las propuestas que fueron presentadas es la evaluación de los requisitos habilitantes, pues estos son sujetos de verificación si bien no lo son de calificación o puntaje. Los requisitos habilitantes son la capacidad jurídica, financiera, experiencia y organización de cada proponente. Son subsanables.

Posteriormente se procede a realizar la calificación de las propuestas que fueron reídas y que cumplieron a cabalidad con los requisitos habilitantes. Los criterios de calificación de las propuestas están definidos en los pliegos de condiciones y versan sobre

⁵⁵RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL MODALIDAD DE LICITACIÓN PÚBLICA Ley 1150 de 2007, Decretos Reglamentarios 2474 de 2008 y 4533 de 2008 Edición 2009

condiciones económicas, técnicas y de desarrollo de industria nacional de las propuestas. Una vez evaluadas las propuestas por el comité evaluador se trasladan los resultados a los oferentes para que conozcan la calificación que les fue otorgada y para que realicen las observaciones pertinentes. Se resuelven las observaciones y se publican en la página del SECOP, esto en aras de dar cumplimiento a los principios de publicidad y transparencia de la actuación pública.

Finalmente se lleva a cabo la audiencia de adjudicación del contrato con la propuesta ganadora o se declara desierta la licitación en caso de no presentarse ninguna propuesta, propuestas que no cumplan con los requisitos habilitantes o un único oferente cuya propuesta haya sido rechazada.

Hasta este punto es lo que se conoce como la etapa precontractual de los procesos de contratación pública, que consiste en la elaboración formal y material de la propuesta y la selección del proponente que va ejecutar la misma. Posteriormente se encuentra la etapa que se conoce como etapa contractual de la contratación pública. Al igual que en la precontractual, esta etapa está caracterizada por presentar en su estructura ciertas características que permiten que se desarrolle conforme a lo estipulado en el contrato.

Cabe aclarar que el contratista y la entidad contratante al firmar el contrato quedan obligados a todo lo acordado en las cláusulas del contrato, esto debido a que el contrato es ley para las partes. En el contrato en cuestión se debe estipular quienes ejercerán durante la ejecución del contrato como supervisor y como interventor del mismo, cargos fundamentales en materia de control sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte de las partes. Además en el contrato se estipula como se realizarán los respectivos pagos, pagos anticipados y anticipos que permitirán que el contratista realice con normalidad las

actividades presupuestadas en el contrato así como el valor total del mismo. En este *punto considero necesario distinguir la diferencia entre pago anticipado y anticipo, siendo esta que “El anticipo debe distinguirse del pago anticipado, donde la administración entrega al contratista parte de su acreencia de la cual puede disponer a su antojo de los recursos...en el anticipo apenas tiene la administración” (de los recursos).*⁵⁶

El plazo, programa de ejecución de la obra, vinculación de personal, calidad de los materiales, entrega, suspensión, cesión, clausula penal pecuniaria, garantías y multas son también partes fundamentales en el contrato de obra de infraestructura pública.

El contrato limita y direcciona la ejecución del mismo y es por esto que resulta fundamental que el mismo contemple y asegure cualquier eventualidad que se pueda presentar, así como también es importante que en la elaboración del mismo no se presente ningún vacío o contradicción en las clausulas, para así en un futuro evitar multiplicidad de interpretaciones, interpretaciones erróneas e incapacidad de interpretación de las mismas, conductas que pueden traer como consecuencia un incumplimiento y controversias contractuales.

Algunas cláusulas que se encuentran en estos contratos son por ejemplo las relacionadas con los informes periódicos de los supervisores e interventores en relación con la ejecución del contrato por parte del contratista. Estos informes son una herramienta que permite a la entidad contratante y a los diferentes entes y organismos de control ejercer vigilancia sobre el cumplimiento de las metas en materia de plazos, materiales, presupuesto, etc.

⁵⁶ HERRERA, Benjamín .CONTRATOS ESTATALES. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez

Además de estos informes existe el procedimiento establecido por ley para el pago de operaciones relacionadas con el manejo del presupuesto aprobado en el certificado de disponibilidad presupuestal (CDP). Todo desembolso por parte de la administración debe contar con un CDP para certificar que la entidad cuenta con los recursos y posteriormente con un registro presupuestal (RP) que ratifique que los recursos fueron puestos a disposición del contratista y donde se especifica el destino de los gastos.

Las demás situaciones o actos que se pueden presentar durante la ejecución del contrato son los siguientes:

- silencio administrativo positivo (artículo 25. Numeral 16 ley 80/93)
- Cesión del contrato (artículo 9, 41, 77 y 24 numeral 7, ley 80/93)
- Imposición de sanciones (artículo 4 numeral 2 ley 80/93)
- Terminación anticipada (acuerdo/unilateral) artículos 14 al 17 ley 80/93)
- Interpretación unilateral (artículo 14 y 15 ley 80/93)
- Adición, modificación, ampliación, prórroga
- Modificación unilateral (artículos 14-16)
- Caducidad (artículos 14,18 ley 80/93)
- Terminación por cumplimiento de plazo

RECURSOS

El análisis de los recursos necesarios para la contratación pública se va a realizar bajo dos perspectivas, el recurso financiero o factor dinero y el recurso temporal o factor tiempo.

Recurso financiero:

La totalidad de los recursos que se aportan para la ejecución de estos contratos estatales provienen del tesoro público o erario. Estos recursos son propios de cada entidad contratante que desea prestar un servicio, adquirir un bien o ejecutar una obra mediante cualquiera de las formas de contratación estatal. Los pasos que debe cumplir la entidad para el desembolso de estos recursos por parte del presupuesto de cada entidad para la ejecución de los contratos es similar al que se debe realizar con la contratación de servidores públicos: en primer lugar se debe evidenciar una necesidad de la entidad que requiera de un proceso contractual para poder dar satisfacción. Con base en esta necesidad se realizaran los respectivos estudios previos de carácter técnico, jurídico, social y ambiental que despejen más allá de toda duda razonable si es o no una necesidad que amerite la realización de un proceso contractual.

Acto seguido se procede a realizar la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal por parte de la entidad contratante. “El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.

Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de estos que permita determinar los saldos de aprobación disponibles para expedir nuevas disponibilidades.”⁵⁷

Posteriormente se expide el registro presupuestal. Por el mismo se entiende “*la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la aprobación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.*” ⁵⁸

Una vez se realiza la expedición de estos dos documentos se procede a hacer el respectivo proceso de selección de contratista. El contratista es el encargado del uso de estos recursos con fin de ejecución del contrato. Los controles sobre la ejecución de los recursos entregados al contratista es responsabilidad del interventor y/o del supervisor. En el valor del contrato se incluye también el pago al contratista por la prestación del servicio, adquisición del bien o ejecución de la obra de infraestructura pública (la contraprestación)

Finalmente es importante precisar que “según estudios de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)*, las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB)”⁵⁹, razón por la cual los recursos financieros son una suma relevante en cuanto al gasto público se refiere.

⁵⁷ artículo 19 del Decreto Especial No. 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto.

⁵⁹ Combatir la colusión en las licitaciones, superintendencia de industria y comercio, página 8.

Recurso de tiempo:

A diferencia de las asociaciones público privadas, el recurso tiempo en las licitaciones públicas y demás formas de contratación estatal no se convierte en el factor ganancia o factor de interés monetario. Es por esta razón que en la contratación estatal la eventual concesión de la obra de infraestructura pública que se realice no es una alternativa. La única remuneración o beneficio que recibe el particular que se involucra con el Estado para la prestación de un servicio, compraventa de bienes y construcción de obras de infraestructura pública, es pecuniaria y esta además establecida en el valor de los contratos. El beneficio que reciben los privados que contratan con el Estado mediante la figura de asociaciones público privadas recibe en las concesiones una remuneración muchísimo mayor.

Desde el enfoque del tiempo que se debe demorar una obra de infraestructura pública la situación es diferente. Desde que todo el proceso precontractual cuente con términos suficientes para la elaboración de propuestas, observaciones a los pliegos (proyecto y definitivos) y de preparación para las audiencias, depende que se culmine esta etapa respetando los principios y fines de la contratación pública. El plazo acordado en el contrato debería cumplirse, para de esta manera evitar las adiciones al contrato de adhesión y así evitar sobrecostos, dilataciones y demás problemáticas que genere la demora en la ejecución total de la obra. Sin embargo, como evidenciaremos en las debilidades de las licitaciones públicas, las fallas en la etapa precontractual ocasionan que en la gran mayoría de contratos no se realicen los procesos en el plazo inicialmente previsto por la entidad estatal.

DEBILIDADES DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS EN COLOMBIA

Las debilidades en materia de contratación pública Colombia y que vulneran principios e impiden la consecución de los fines se presentan en las diferentes etapas que se deben surtir en las licitaciones públicas. Por esta razón dividimos las debilidades en las que se presentan en la etapa precontractual de la licitación y las que presentan en la etapa contractual de la misma.

ETAPA PRECONTRACTUAL – ANÁLISIS

Estudios previos ineficientes, incompletos y superficiales.

En esta primera etapa de la licitación pública se evidencian claras falencias que generan consecuencias como los sobrecostos (*mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal*)⁶⁰, adiciones a los plazos del contrato y dilataciones en procedimientos. **Los estudios previos donde no se realiza una exhaustiva labor para tener certeza sobre la obra y los costos que esta implica, el plazo prudente en el cual se podría terminar la obra y los procedimientos o tramites que hay que adelantar para realizarla; trae inevitablemente inconvenientes a la hora de la ejecución del contrato.** Por ejemplo, en la obra del tercer carril que se está desarrollando en Bucaramanga se presentaron inconvenientes al momento de demoler el puente de conucos puesto que en los estudios previos no se determinó que al puente en cuestión lo atravesaban unas redes de gas, redes que evitaron la demolición y posterior ampliación del mismo en las fechas

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

estipuladas. Esto generó un retraso en la obra. De igual manera se han presentado inconvenientes con la entrega de unos predios por parte del municipio, razón por la cual las obras han sufrido un retraso, dejando así en evidencia cómo el adelanto de trámites como la expropiación de inmuebles debe realizarse previo al inicio del contrato. Esto se puede comprobar con el informe presentado por la contraloría de Bucaramanga en el mes de julio, informe que establece lo siguiente:

El plazo inicial para la ejecución de la obra era de aproximadamente 15 meses, sin embargo, con los retrasos y demás inconvenientes se estima que el plazo real será de 27 meses.

Un ejemplo no en materia de plazo de la obra sino en aumento del presupuesto que se tenía destinado para la obra es el de las obras que se adelantan en el mesón de los búcaros. No solo estas obras paralizan el tráfico en sectores de la ciudad mientras se realizan durante un plazo mayor al estimado, sino que también traen consigo sobrecostos debido a actividades que no se anticiparon en los estudios previos. El valor inicial del contrato del mesón de los búcaros era de \$54 mil millones de pesos pero debido a la relocalización de redes de comunicaciones a julio de 2015 ya se habían adicionado \$14.516 millones.

La gravedad de estos retrasos no sería tanta de no ser porque los estudios previos son responsabilidad de la entidad, razón por la cual la carga de los eventuales sobrecostos por adiciones al contrato no recae sobre el contratista sino sobre la administración. Esto es un caso de rompimiento del equilibrio económico de los contratos y se puede presentar en los siguientes casos:

- *“Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo - ius variandi-, sean éstas abusivas o no.*
- *Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.*
- *Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador asumiendo mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura”.⁶¹ Este desequilibrio roto por “los datos incorrectos, es responsabilidad de quien lo elabora – dato errado – y también por el dato contradictorio – Incongruente en el mismo escrito o en distintos documentos-, sobre todo si se pretende que los destinatarios de la información los admitan y elaboren nueva información con ellos: la oferta”⁶², razón por la cual la elaboración de pliegos que no son elaborados con total diligencia genera cargas pecuniarias a la administración.*

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION B, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Núm. Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

⁶² <http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=281&module=navigationmodule> consultado 15 de noviembre de 2015

Por otro lado es necesaria una estandarización de los documentos que se deben usar en los procesos de licitación. Desde estudios previos que cumplan con todos los requisitos establecidos en la ley hasta los pliegos de condiciones.

De aplicar los requisitos de ley se podrían evitar conductas como:

- Uso de cláusulas que exoneran de manera anticipada la responsabilidad de la entidad aduciendo que los estudios previos eran solo informativos.
- Delegar la función de realizar los estudios previos completos a los oferentes mediante el anexo de unos pliegos a sabiendas de que estos no se ajustan a la normatividad vigente, estableciendo la condición que los oferentes deben estudiar el anexo y completarlo de ser necesario. Esto genera que, de aceptarse los estudios, la responsabilidad ante el eventual retraso de obra por estudios previos deficiente sea del contratista. Si el contratista decide completarlos, debe asumir los costos y además realizarlo en un tiempo muy reducido en comparación con el que tuvo la entidad.
- Cuando “el contratista comienza a ejecutar el contrato y detecta algún error en la información suministrada que incide negativamente en la ejecución del contrato y solicita la revisión de las condiciones contractuales, la entidad responde que es el contratista quien debe correr con las consecuencias de esa falencia pues tuvo la obligación de revisar la información solicitada y la oportunidad de pedir aclaraciones antes de presentar su propuesta y como no pidió tal aclaración, es porque aceptó que podía ejecutar el contrato en las condiciones propuestas así el error en la información suministrada por la entidad fuera real”⁶³.

⁶³ <http://contratacionestatal.blogspot.com.co/2011/02/la-responsabilidad-del-estado-por-la.html>

Todas estas conductas vulneran el principio de responsabilidad, a raíz del cual se estableció lo siguiente: *“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”*⁶⁴

Finalmente, si bien los contratos estatales son en principio de carácter conmutativo, es decir, buscan siempre un equilibrio económico en las obligaciones y cargas contractuales entre las partes ante las eventualidades que puedan surgir durante su ejecución (si son de tracto sucesivo), esto no quiere decir que el principio deba aplicarse en perjuicio del contratista cuando la culpa recae exclusivamente sobre la entidad y su incumplimiento de la obligación legal de elaborar unos estudios previos serios.

Excesividad de trámites, dilataciones al proceso y trabas por parte de las entidades

Más allá de que los lineamientos de la contratación estatal hayan establecido que documentos son los que se deben presentar en las propuestas y cuales se deben considerar innecesarios, aun se evidencian prácticas mediante las cuales las entidades limitan la participación en aras de favorecer a ciertos contratistas.

Estos documentos van desde la solicitud de una acreditación de experiencia mediante un contrato ejecutado en X años hasta solicitar al oferente que acredite la

⁶⁴ ley 80 de 1993 en el artículo 26 numeral 3

posesión de un almacén o una maquinaria mediante un contrato de arrendamiento que haya sido expedido hace no más de por ejemplo tres (3) meses.

Muy probablemente estos documentos van a estar en manos del oferente que se busca beneficiar, y es por tal razón que no se vulnera como tal el principio de economía dilatando el proceso o aumentando los gastos. No obstante lo anterior, la protección al principio de economía cuando se busca respetar los plazos estipulados por ley para las actuaciones, aun cuando se hayan solicitado documentos considerados innecesarios, resulta en una vulneración a los derechos de los oferentes que no pueden acceder con facilidad a estos documentos que en principio no deberían ser solicitados. El principio de economía es usado como una “excusa” para salvaguardar los intereses del oferente que se busca beneficiar.

En cuanto al principio de celeridad conviene hacer varias observaciones, pues este se incumple en un mayor grado que el de economía y con una finalidad diferente.

Es de vital importancia para las entidades estatales que estas licitaciones se lleven a cabo dentro de los términos establecidos por la ley, puesto que el normal funcionamiento de estas entidades está ligado a que las licitaciones se lleven a cabo con normalidad. Conviene de igual manera que al menos la etapa precontractual de las obras de infraestructura pública se lleve con normalidad, pues prorrogas y demás dilataciones generarían suspicacia en la ciudadanía en general. El incumplimiento de plazos trae consigo consecuencias como la declaratoria de desierta de las licitaciones y el rechazo de propuestas.

Es por esta razón que para evitar inconvenientes futuros en materia de normalidad en el cumplimiento de plazos y términos se incorporó a la contratación pública la

herramienta de internet mediante el SECOP. Mediante este portal de internet las entidades públicas permiten a la comunidad en general el conocimiento de la totalidad de la contratación pública así como también se aseguran de estar exentos de cualquier responsabilidad que pueda surgir por violación a los principios que rigen la contratación pública (publicidad y celeridad), convirtiéndose así en una herramienta de doble filo tanto para la ciudadanía como para las entidades.

Identificadas las vulneraciones a los principios de economía y celeridad por el exceso de trámites que no solo dilatan el proceso sino que también desgastan a los proponentes y les obliga a incurrir en gastos innecesarios, es inevitable hablar del principio de publicidad y su estrecha relación con estos principios propios del manejo de información, documentos, plazos para entregas y demás cargas procesales para los proponentes. Esta información que en muchas ocasiones filtran las entidades a ciertos proponentes privilegiados, permitirá a los beneficiados organizar y estructurar sus propuestas de tal manera que tengan una ventaja frente a los demás competidores. Esta información comprende no solo los estudios previos y los documentos que se deben aportar con la propuesta, también incluye los requisitos y criterios de calificación para que así se pueda elaborar una propuesta que al ser evaluada no hay lugar a ninguna duda de su favorabilidad y beneficio para la entidad y la sociedad.

Un mal presente en muchas licitaciones y que, junto con los plazos reducidos para entrega de documentos comprende una herramienta limitante de la participación y fortalecedora del direccionamiento por parte de las entidades es la filtración de información

Pliegos de condiciones modificados y acoplados a determinados contratistas, su capacidad y propuesta

La siguiente etapa comprende la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo. Si bien en el proyecto se pueden realizar observaciones y en el definitivo es posible realizar las respectivas adendas, también es cierto que la contratación pública en Colombia es tan masiva que llevar un control sobre la totalidad de los contratos resulta imposible, incluso aun con el sistema del SECOP. Es por esto que aun con los controles que se realizan sobre la contratación no es suficiente o no se da abasto, siendo estos controles:

Interno	La oficina de control interno de las entidades públicas	Desarrollar estrategias gerenciales que conduzcan a que la administración pública sea eficiente, eficaz, imparcial, moral y transparente	Ley 87 de 1993, por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado
Control social	Ciudadanos, organizaciones sociales y comunitarias, usuarios y beneficiarios, veedurías	Vigilar y controlar la gestión pública, los resultados de la misma y la prestación de los servicios suministrados por el Estado y por los particulares	Decreto distrital 1421 de 1993. Ley 134 y 142 de 1994. Decreto 2170 de 2002 y ley 850 de 2003
Fiscal	Contraloría General de la República, Contralorías territoriales: departamentales, municipales y distritales.	Realizar vigilancia de la forma cómo las entidades manejan los recursos públicos.	Ley 42 de 1993 que organiza el control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Y el decreto-ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y el funcionamiento de la Auditoría General de la República
Disciplinario	Procuraduría General de la Nación	Guardar y promover los derechos humanos. Realizar la vigilancia a la conducta de servidores públicos en cuanto a obediencia, disciplina, eficiencia y moralidad	Constitución Política de Colombia. Ley 200 de 1995 y ley 734 de 2002

Fuente: Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en Alimentación y Nutrición, John Jairo bejarano p. 93.

Ahora, si bien se promueve e invita al ciudadano a hacer parte de la contratación pública, también es cierto que quienes deciden estas observaciones y deciden modificar los pliegos mediante adendas o correcciones son las mismas entidades que elaboraron los

pliegos en un principio. Es por esta razón que las entidades en la gran mayoría de casos cuando buscan beneficiar a un proponente, argumentan sus decisiones en fundamentos que pueden o no tener la razón, pues a la larga quienes tienen la última palabra son ellos, son juez y parte en estos procesos.

Denunciar estos hechos ante los entes de control como la procuraduría o la contraloría resulta en una tarea que no genera frutos o resultados, puesto que el monto de trabajo y las diferentes cuestiones subjetivas que rodean a los empleados de la procuraduría y contraloría impiden que ellos tomen cartas en el asunto.

Se podría concluir que el principio de participación para la ciudadanía en las licitaciones públicas se traduce en un derecho a “palabra pero no a voto”, pues sus observaciones y posibles soluciones a las mismas pueden ser o no ser tomadas en cuenta. Se dejan al criterio arbitrario de las entidades públicas que promueven las licitaciones.

Es por esto que aun con la presencia de estos controles se presentan en los pliegos las siguientes problemáticas:

- La subjetividad al momento de establecer los requisitos, calificarlos y seleccionar la propuesta es solo la punta del iceberg en materia de corrupción. La gran cantidad de intereses particulares que se desenvuelven y que direccionan los resultados hacia ciertas direcciones ocasionan al país pérdidas inconmensurables de dinero, así como atentan a su vez contra la libre competencia de las empresas, el desarrollo de las mismas, fomenta el monopolio y ocasiona una prestación de servicios y ejecución de obras de una calidad baja.

El uso de requisitos y criterios de calificación que contravienen a lo establecido por la agencia nacional de contratación pública, repercute inevitablemente en conductas que atentan contra la libre competencia como pueden ser los actos colusorios, la presentación de únicos proponentes, entre otras.

Resulta extraño como para cualquier proceso de contratación en cualquier región, sector y tamaño solo se presente un proponente que cumple con los requisitos necesarios para poder participar, sobremanera cuando las cifras aportadas por Confecámaras para el año 2014 registraban 938 mil empresas en Colombia. Si bien no todas estas deben estar también registradas en el registro único de proponentes, la cifra es bastante importante como para ignorarla. Son de igual importancia las cifras aportadas por el departamento administrativo nacional de estadística (DANE) que manifiestan que las micro, pequeñas y medianas empresas representan el 96.4% de los establecimientos empresariales de Colombia, que generan el 80.8% del empleo del país y que ejecutan sus funciones en los diferentes sectores de producción⁶⁵, demostrando así la gran cantidad de oferta que hay para que se presente el fenómeno de únicos proponentes. Es en virtud de lo anterior que esta conducta atenta contra toda lógica la cantidad de licitaciones con único oferente

Las consecuencias de esta conducta son el estancamiento de la economía, pues se acumula el capital en ciertas empresas que muy probablemente no están desempeñando sus funciones ni están cumpliendo a cabalidad con el objeto contractual, pero si se están enriqueciendo con dineros del erario y están causando detrimentos a las arcas del Estado y a la población que debía resultar beneficiada por dichas obras de infraestructura pública.

⁶⁵ Cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– año 2005.

Un ejemplo de este direccionamiento es cuando se pide en el pliego que se acrediten contratos celebrados solo con entidades públicas, contratos que se hayan celebrado en determinado tiempo y que los contratos tengan un valor superior al presupuesto oficial del actual contrato, todas estas siendo trabas que impiden el acceso a competir. La experiencia no solo se adquiere con entidades públicas; la experiencia no se pierde con el tiempo y el presupuesto acreditado debe ser proporcional al oficial actual, son postulados que la misma agencia nacional de contratación pública ha establecido en su manual de contratación pública:

“El registro debe contener la experiencia adquirida de forma directa o a través de la participación en proponentes plurales. Esta experiencia se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros.

La experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

La experiencia no se agota con el paso del tiempo y por el contrario los proponentes adquieren mayor experiencia con el paso del tiempo en la medida en que continúen con sus actividades”⁶⁶

Sin embargo, a pesar de los controles de las veedurías, contralorías, procuradurías y los postulados de la agencia nacional de contratación pública, no hay suficiente presión

⁶⁶ Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación, Colombia compra eficiente

para evitar que se presenten actos de corrupción que atenten contra la transparencia igualdad, participación, selección objetiva y la libre competencia en la contratación pública.

También se han evidenciado conductas por medio de las entidades contratantes donde planean el cronograma de actividades a realizar para la adjudicación del contrato de tal manera que los posibles interesados no dispongan del tiempo suficiente para elaborar su propuesta. Esta es una vulneración al principio de transparencia, toda vez que las mismas entidades contactan a los contratistas con los cuales van a llevar a cabo actos colusorios, brindándoles información que les otorga una ventaja injustificada frente a los demás proponentes. Esto con el fin de que estos contratistas presenten propuesta mucho más elaboradas y ajustadas a los requisitos habilitantes de orden jurídico, técnico, financiero y organizacional que exija la entidad.

Acuerdos colusorios en presentación de propuestas

Adicional a los pliegos de condiciones y las modificaciones que se realizan en estos por parte de las entidades convocantes para beneficiar a ciertos proponentes, también se presentan comportamientos irregulares por parte de los proponentes que vulneran principios y por ende impiden el cumplimiento de fines constitucionales y legales. Estos comportamientos se conocen como acuerdos colusorios y son definidos como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero.

Sobre este punto ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 26 de enero de 1995, que *“las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”*. Entonces, cuando los oferentes coluden entre sí para distorsionar el proceso

licitatorio, la adjudicación podría no ser el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia, constituyéndose en una de las principales vías de defraudación al Estado”⁶⁷

Un ejemplo reciente de un acto colusorio es el de “*INTERSYSTEM*”, que según la guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones consistió en lo siguiente:

“ANTECEDENTES. En el año 2006 la SIC recibió una denuncia sobre un supuesto cartel que comprendía a ciertas empresas que ofertaron dentro del proceso de contratación de Sistematización de Notas de Instituciones Educativas Distritales. El acuerdo consistía en que tres (3) oferentes se inscribían para participar en la adjudicación de los contratos pero luego de haber sido seleccionados, sólo uno (1) de ellos presentaba la oferta, absteniéndose los otros dos (2) de hacerlo, lo que les permitía tener una mayor probabilidad de que el contrato fuera adjudicado a alguno de ellos y a su vez le restaba oportunidad a los demás participantes de ser seleccionados para presentar oferta.

***LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS.** La labor de investigación adelantada estuvo orientada a determinar si la persona jurídica y las personas naturales investigadas, previo acuerdo, ejecutaron conductas que hubiesen tenido como objeto aumentar la posibilidad de obtener la adjudicación de los contratos para la sistematización de notas, mediante la inscripción en las convocatorias y, en caso de ser elegido uno de ellos como hábil para proponer, los demás investigados, también elegidos, se abstenían de presentar la respectiva propuesta. Así mismo, el acuerdo habría tenido por efecto disminuir la posibilidad de los demás participantes, de ser seleccionados para presentar sus*

⁶⁷ Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones, superintendencia de industria y comercio, página 11

*propuestas. Igualmente, se investigó si el representante legal de la empresa adjudicataria, habría autorizado, ejecutado o tolerado las conductas objeto de investigación.”*⁶⁸

Conductas como la descrita anteriormente también se puede evidenciar en licitaciones públicas relacionadas con la formulación y ejecución de obras de infraestructura pública.

Es por esto que si todos los pliegos de condiciones se hiciesen de manera uniforme conforme a un pliego de condiciones universal, la dificultad para que las entidades pudiesen realizar actos de corrupción (tráfico de influencias de servidores públicos, peculado, cohecho, interés indebido en celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevaricato) con los mismos se vería aumentada considerablemente. Revisando diferentes pliegos de condiciones podemos encontrar que cada entidad los realiza conforme a sus necesidades no solo en cuanto al objeto del contrato sino también en referencia a los intereses personales del funcionario de la entidad y de los contratistas.

Una vez se supera la etapa de los pliegos de condiciones en un proceso de licitación pública el trámite a seguir es la calificación de las propuestas que se presentaron. Las vulneraciones que se evidencian en esta etapa son las siguientes:

Calificación subjetiva en criterios de evaluación para beneficio de determinados proponentes

El deber ser de la contratación nos indica que la calificación de las propuestas se debe realizar bajo criterios objetivos que en demuestren cuál de todas las ofertas es la que más conviene a la administración y a la población beneficiada. La que más conviene es

⁶⁸ Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones, superintendencia de industria y comercio, página 9

aquella que tenga el menor precio por el mejor (calidad) servicio, bien u obra de infraestructura pública a construir.

Sin embargo, reiteradamente se presentan en la asignación de puntaje ciertos criterios que en realidad no tienen relevancia al momento de evaluar una propuesta bajo su viabilidad, relación precio - calidad y demás factores, resultando esto en malas prácticas. Algunas de estas prácticas que tienen las entidades estatales al momento de contratar son el lobbying, el pago de favores políticos, sobornos, y el “cvy” o como voy yo. Esto trae como consecuencia ventaja que ostenta el beneficiado sobre el resto de proponentes.

Algunos de estos criterios de calificación que no resultan lógicos se encuentran clasificados como subcriterios. Hemos evidenciado como se otorga mayor puntaje a las propuestas que acrediten estar clasificada bajo X o Y código de bienes y servicios, dar mayor puntaje a la propuesta con un mayor número de vehículos cuando el objeto del contrato no tiene nada que ver con distribución, **otorgar puntaje a certificaciones de calidad del oferente, etc.** Recientemente se realizó una observación a un proceso de licitación pública donde se solicitaba lo siguiente:

<p>El proponente que acredite que los tres (3) Coordinadores de cada una de las estrategias poseen experiencia en relación con el desarrollo de proyectos educativos superior a 1 año.</p>	<p>Hasta 200 Puntos</p> <p>Se otorgará este puntaje máximo al proponente que ofrezca el mayor número de años adicionales de experiencia, y a los demás proponentes se les otorgará puntaje de manera proporcional de conformidad con la siguiente fórmula:</p> $\text{PUNTAJE} = \frac{\text{No años adicionales} \times 200}{\text{Mayor No años adicionales ofertado}}$
<p>Ofrecimiento adicional de mayor número de campañas callejeras de civismo y cultura vial en la zona en donde se desarrolla el proyecto, sobre las temáticas a sensibilizar, con montaje de “sketch” teatrales con jornadas mínimo de cuatro horas y un elenco mínimo de Cinco (5) participantes.</p>	<p>Hasta 200 Puntos</p> <p>Se otorgará este puntaje máximo al proponente que ofrezca más campañas, y a los demás proponentes se les otorgará el puntaje de manera proporcional de conformidad con la siguiente fórmula:</p> $\text{PUNTAJE} = \frac{\text{No campañas ofertadas} \times 200}{\text{Mayor No de campañas ofertadas}}$
<p>TOTAL</p>	<p>400 PUNTOS</p>

Proceso SI-SAMC-044-2015

Se puede observar como es una limitante para el proponente el hecho que la entidad allá asignado un puntaje adicional a la propuesta que acredite experiencia a proyectos educativos superiores a 1 año. En cuanto a obras de formulación y ejecución de infraestructura pública se ha observado la asignación de puntajes a la acreditación de ingenieros de obra que posean doctorados o títulos adicionales al posgrado, años de experiencia en infraestructura vial en vías rurales entre otros criterios que poca relación guardan con la propuesta en sí.

Una vez se adjudica el contrato al proponente con la mejor propuesta se procede a la ejecución del contrato, donde los inconvenientes son los siguientes:

Etapa de ejecución del contrato

Malversacion de presupuesto oficial por corrupcion

Los precios y calidades de los servicios, bienes y obras de las infraestructuras son los establecidos por la entidad. Los factores que llevan a estas entidades a establecer estos precios y calidades no están sometidos a ningún control, vacío que permite los sobrecostos y las licitaciones cuyo presupuesto oficial es muchísimo mayor al que en realidad se necesita para su ejecución. La administración necesita una serie de parámetros que les permita realizar los cálculos y correspondientes estudios previos relacionados con el precio de manera eficiente, transparente y ajustada a la realidad. Un compendio como el del código UNSPSC se hace necesario pero en materia de precios, no del tipo de bienes o servicios.

La buena ejecución del presupuesto oficial de las licitaciones públicas se ve estrechamente ligado al precio y calidad. El uso de materiales de baja calidad, personal sin la experiencia necesaria, personal insuficiente, sobre calificado, etc. Son prácticas que tienen como una consecuencia lógica que los recursos con los cuales se dispone se malversen no solo en costos adicionales sino también en las comisiones que por compromisos políticos deben asumir los contratistas.

Todos estos gastos adicionales que no se habían previsto en el presupuesto oficial generan un vacío presupuestal que solo se puede suplir mediante la solicitud de prórrogas y adiciones a las entidades públicas. Si la respuesta de las entidades públicas o de las entidades territoriales es negativa, solo queda como última opción redistribuir el uso de los recursos que se tenían en el presupuesto oficial. Es de esta manera como si se cambia el destino de los recursos se puede generar un vacío y por tal razón se empiezan a evidenciar los recortes en los gastos de materiales, personal, maquinaria, etc.

“La corrupción aumenta los costos de transacción por cuanto se aumenta la ineficiencia administrativa por los altos costos del soborno, que trae como consecuencia la baja calidad en los bienes y servicios prestados; además, se aumenta el gasto y se reduce el presupuesto Estatal, haciendo menos productivo el gasto público, presentando una relación negativa en el desarrollo económico sostenible.”⁶⁹

En muchos casos estas obras que prometían calidad y un eficaz alcance del interés general terminan en obras cuya ejecución se ve dilatada ante la falta de planeación, corrupción, dificultades técnicas, económicas, sociales y ambientales, en fin, una serie de

⁶⁹ SERRANO CUERVO ALDEMAR, CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA, UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA ESPECIALIZACIÓN EN ALTA GERENCIA BOGOTÁ, D. C. 2014.

circunstancias que si bien permiten la ejecución de los proyectos también dificultan que se puedan alcanzar bajo el estándar de calidad que se esperaba.

Varios ejemplos se pueden evidenciar en el ámbito local, donde los últimos informes entregados por las veedurías de la cámara de comercio y el comité de transparencia por Santander (ambos citados en el capítulo primero) nos permiten observar el incumplimiento de plazos a obras como el intercambiador del mutis, el tercer carril, quebradaseca, etc. Estos plazos suponen sobrecostos debido a los procedimientos que se deben efectuar, el alza de los precios de los insumos y los servicios extra por contratar.

El afán que se genera debido a la presión por cumplimiento de metas en las obras deriva en que muchos procedimientos fundamentales se lleven a cabo de una manera acelerada e incorrecta. En el último informe que presentaron los veedores de la cámara de comercio sobre la construcción del centro de convenciones de NEOMUNDO, se denunció que debido a la presión y al afán que hay con la entrega del mismo se presentaron conductas irregulares que actúan en detrimento del resultado final de la obra. Se dejó terminar el contrato del interventor durante un periodo de tiempo, razón por la cual no había ningún control de calidad sobre los procedimientos de la obra.

Ahora, si bien el presupuesto oficial se establece en los estudios previos, presenta sus más graves consecuencias en la fase de ejecución. Los registros presupuestales, los análisis de precios unitarios que comprenden *“la descomposición de los precios unitarios para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el tiempo que se requiera; la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuántas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida; la*

*cantidad de los materiales necesarios, etc.”*⁷⁰ Son los datos que se modifican y de los cuales los contratistas aumentan sus ganancias más allá del 5% de utilidad que se da normalmente en estos contratos. Modificar no solo el precio de los materiales sino también su cantidad, su uso o alteración, el costo de la maquinaria en tiempo, desgaste, mano de obra, etc. Son factores que generan ya no propiamente un sobre costo por errores en los estudios previos sino son directamente un desfaldo que realizan conjuntamente la entidad y el contratista.

Las obras se miden por el impacto que puedan tener en la sociedad y el beneficio que puedan traer a los administrados, lo cual no está del todo mal. Sin embargo, muchas de estas obras se ejecutan sin el más mínimo control por parte no solo de las contralorías, veedurías, procuradurías y oficinas de control interno de las entidades, sino también de los interventores y supervisores, y es aquí en estos dos sujetos donde haremos énfasis.

En primer lugar el interventor es la “persona natural o jurídica externa a la entidad contratada exclusivamente para llevar a cabo las actividades de seguimiento y vigilancia técnica, para el inicio, ejecución y liquidación de un contrato o convenio determinado cuando el seguimiento del contrato requiera conocimientos especializados.”⁷¹

A primera vista pareciese que el interventor es el que se asegura de que el contrato se ejecute de conformidad con lo estipulado en el mismo, respetando los términos acordados y cumpliendo a cabalidad con todas las obligaciones adquiridas. Sin embargo, en la realidad el interventor es un cómplice de los contratistas en los procesos que vulneran los

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C, veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371)

⁷¹ Manual supervisión e interventoría de contratos y/o convenios, superintendencia de industria y comercio página 13.

principios de la contratación pública. Todo empieza desde la forma como se escogen los interventores. Si tenemos en cuenta que la mayoría de interventores son escogidos mediante concursos de méritos cuya iniciativa es de las mismas entidades que adelantan los contratos, vemos que es un caso donde un sujeto que comete un delito seleccionando a un delincuente, selecciona al sujeto que va a controlar la eficiencia del delito.

En los casos donde el contratista seleccionado como interventor no tiene ninguna relación con los sujetos a quienes fue adjudicado el contrato, también se encuentra la posibilidad de que el interventor acceda a las propuestas de los contratistas de que presente informes modificados con el fin de permitir actos delictivos.

En cuanto a los supervisores son las “personas naturales que en calidad de funcionarios de la SIC llevan a cabo las actividades de seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico para el adecuado inicio, ejecución y liquidación de un contrato o convenio determinado cuando no se requieren conocimientos especializados”⁷²

Si bien los supervisores son funcionarios públicos de la superintendencia de industria y comercio y por tal razón tienen una responsabilidad que implica mayores consecuencias en relación con la de los interventores, esto no es impedimento para que haya supervisores que no realizan las obligaciones que se les atribuyen. Un ejemplo a estos son la gran cantidad de contratos desde la distribución de alimentos hasta la construcción de infraestructuras de gran magnitud como las relacionadas con el carrusel de contratación. ¿Dónde estaban los supervisores cuando se realizaban estos desfalcos en cantidades absurdas de dinero cuando senadores, concejales, funcionarios de las entidades promotora e

⁷² Manual supervisión e interventoría de contratos y/o convenios, superintendencia de industria y comercio página 13

incluso ex alcaldes solicitaban comisiones a los contratistas a cambio de la adjudicación de contratos?

Algunas de las conductas que se probaron en el carrusel de contratación y que pudieron haberse evitado de haber existido un control y vigilancia por parte de los supervisores e interventores son:

- “Modificaciones a los requisitos de experiencia de los proponentes del contrato,
- reducción del patrimonio,
- condiciones de experiencia adulteradas y
- cambios en pliegos en general para beneficiar a tranvías y posteriormente de vías de Bogotá SAS”⁷³.

De esta manera se puede comprobar la importancia de la tarea que desempeñan quienes deben vigilar que el contrato se ejecute conforme a los principios de la contratación estatal, de la función pública y también que las partes cumplan con sus obligaciones. De haberse realizado una interventoría seria y conforme a los preceptos legales, se habría evitado el desfaldo y posterior daño fiscal equivalente a 2 billones de pesos. Algunos condenados por este proceso son:

1. El señor Emilio tapia Aldana, contratista y testaferro del ex alcalde Samuel Moreno Rojas y de su hermano Iván Moreno Rojas, sufrió 27 embargos de bienes que se

⁷³ <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/8-2014-radiograf%C3%ADa-del-%E2%80%98carrusel%E2%80%99-de-la-contrataci%C3%B3n.html> Nov 14 de 2015.

avalaron aproximadamente en 20.000 millones de pesos. También se le condenó y actualmente cumple con su condena en la cárcel la picota.

2. Héctor Julio Gómez González, arquitecto y contratista de los Nule fue condenado a 10 años y 29 días de prisión y al pago de una multa de 4.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, que equivalen a \$2.577.400.000 pesos.

Otro ejemplo es el caso de los NULE con el contrato de Transmilenio en la calle 26. Durante la ejecución de la obra, “el interventor de la obra, ingeniero Héctor Gonzalo Gamboa, con el apoyo de la Junta de Acción Comunal del barrio Corkidi, dictaminó que el asfalto que se había instalado era insatisfactorio y se habían cometido errores en algunos detalles del proyecto. El caso fue puesto a consideración del entonces contralor distrital Ovidio Claros —hoy magistrado del Consejo Superior de la Judicatura—, pero no pasó nada. Sólo quedó la constancia de que la obra no fue satisfactoria para la comunidad a pesar de su alto costo económico”.⁷⁴

Un alivio que tiene la contratación pública para que quizás los interventores lleven a cabo su función con total responsabilidad es el siguiente:

“PARÁGRAFO 2: El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

⁷⁴ <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/el-castillo-de-los-nule-articulo-268060> Noviembre 15 de 2015

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos”⁷⁵

De encontrarse responsables: “los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría”⁷⁶, y debido a que los contratos celebrados por la administración con particulares en materia de obras de infraestructura pública son de cuantías elevadas, lógicamente las condenas que deberán pagar a la administración son de sumas de dinero para nada irrisorias.

De igual manera encontramos que los contratos de distribución de alimentos en los colegios oficiales de los municipios del departamento de Santander han tenido todos y cada

⁷⁵ artículo 84 de la ley 1474 parágrafos 2 y 3

⁷⁶ Artículo 82 ley 1474 de 2011.

uno de ellos dificultades en cuanto a la distribución de las raciones industrializados de alimentos, los almuerzos preparados en sitio, la adecuación de los sitios de consumo de alimentos conforme al reglamento del plan de alimentación escolar (PAE), el pago cumplido a las manipuladoras de alimentos y demás trabajadores y no menos importante la cantidad y calidad de los alimentos que se entregan. Estos contratos todos tienen un supervisor que debe estar evaluando periódicamente el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones del contratista, sin embargo, las veedurías y medios de comunicación mediante investigación independiente son los que terminan denunciando los incumplimientos por parte de los contratistas.

Ahora, si se tiene en cuenta que para que sucedan hechos como los mencionados en el carrusel de contratación se necesita que haya complicidad por parte de los interventores y supervisores para no informar a las entidades de cualquier irregularidad que perciban en la ejecución de los contratos, y si se tiene también en cuenta que según el artículo 84 de la ley 1474 se establece que tanto los interventores como los supervisores serán responsables solidariamente, solo se puede llegar a la conclusión de que la labor fundamental de control y vigilancia que ejercen estos sujetos trae consigo consecuencias nefastas en cuanto a responsabilidad patrimonial se refiere, teniendo en cuenta las cantidades de dinero del erario que se manejan en estos procesos. La administración no solo repetirá contra el contratista sino también podrá hacerlo contra los supervisores e interventores cuya conducta sea conforme a la establecida en el mencionado artículo.

Etapa precontractual y contractual

Corrupción por parte de funcionarios

Si bien se habló previamente sobre la corrupción en la licitación pública, consideramos necesario hacer un examen de este fenómeno a lo largo de la totalidad del proceso centrándonos en la dificultad que representa evitar la corrupción en el ser humano.

Una primera observación que debemos hacer cuando hablamos de principios tan propios de la esfera interna de cada ser humano, es la dificultad que se presenta cuando se intenta regular la conducta de cada persona. Esta conducta está definida por los valores, principios, características y personalidad de cada quien, y estos a su vez se modifican sustancialmente debido al contexto y a las coyunturas en que nos desarrollamos y crecemos.

Ante esta imposibilidad de perpetrar en la mente y el actuar de cada quien es que surgen como posible solución o atenuantes a las consecuencias los entes de control.

En un segundo plano hay que tener en cuenta que cualquier conducta inmoral y de mala fe vulnera automáticamente cualquier otro principio. La corrupción es en un grado mucho mayor la manifestación de la inmoralidad y mala fe de los funcionarios públicos, contratistas, entes de control y demás intervinientes en los procesos de formulación y ejecución de proyectos de obra de infraestructura pública.

En materia de licitación pública, son la moralidad y la buena fe junto con la igualdad en nuestra opinión los principios más vulnerados.

El extenso historial de desfalco ocasionado en contratación pública opaca totalmente cualquier destello de aplicación que puedan tener los principios previamente

mencionados. Presumir que los contratistas actúen frente a la administración con total rectitud, probidad, lealtad, etc. Constituye una suposición muy fácil de derrumbar. Resulta normal en el ámbito común de la gente que las personas hagan hasta lo imposible por alcanzar una meta, incluso si esto involucra actos inmorales o considerados socialmente incorrectos. Aun así cuando los proponentes actúan de manera moral y de buena fe, resulta común que sean las entidades quienes actúen con intereses subjetivos que vulneren los principios. Las cuotas políticas, los favores que se deben por haber aceptado un cargo, el posible interés de los funcionarios en cobrar comisión al adjudicar el contrato, entre otras, son factores que mueven a los funcionarios a actuar en contra a todo lo que es considerado socialmente aceptable, es decir, a ser funcionarios que actúen con total honradez y rectitud.

Estos sujetos que intervienen directamente en el proceso pueden llevar a cabo estas conductas pues los entes de control que se supone deberían estar atentos mediante denuncias, irregularidades e incluso actuaciones de oficio, no llevan a cabo su función. En muchos casos los contralores, procuradores, veedores, en fin, todo posible control externo que hay en estos procedimientos, hacen parte del equipo conformado por el contratista y el funcionario. En el caso de los nule, el contralor distrital Miguel Ángel Moralesrussi fue inhabilitado por 20 años para ejercer cargos públicos por parte del procurador general de la nación, Alejandro Ordoñez.

Si el funcionario que debe desarrollar las estrategias para la vigilancia fiscal, control fiscal, el adecuado manejo administrativo, entre otras, solicita dinero a sujetos que incurren en faltas de carácter disciplinario, fiscal, patrimonial y penal, no resulta nada raro que se haya descubierto inmediatamente el carrusel de la contratación en Bogotá.

FORTALEZAS

Si bien el panorama no alentador, no todo es negativo en la contratación pública colombiana. El modelo colombiano de contratación estatal tiene también virtudes que permiten el cumplimiento de los principios y fines estatales. Estas fortalezas son:

1. Todas las entidades están por dentro del ámbito de la ley.
2. Existe un sistema de seguimiento y evaluación de las adquisiciones.
3. Hay restricción a la libertad en la realización de contrataciones directas y hay claridad en sus límites.
4. La definición de proyectos de gran magnitud y las reglas relativas a estas licitaciones se realizan en audiencias públicas.
5. Existen recursos para impugnar decisiones y actuaciones de la administración.
6. Conocimiento público en la etapa de preparación de propuestas acerca de los cambios en las reglas de juego de la contratación.
7. Existen mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.
8. Existencia de entidad central rectora de la contratación pública (Colombia compra eficiente).
9. Se separan los roles en la contratación pública.
10. Obligatoriedad de publicidad y amplitud de anuncios relacionados con la contratación pública.

11. Existencia del registro único de proponentes (R.U.P).
12. Garantías exigibles a las propuestas dentro de los límites razonables.

El fenómeno social de la corrupción es inherente al ser humano, pero esto no implica que no se pueda disminuir mediante buenas prácticas como lo son las fortalezas mencionadas anteriormente. De seguirse aplicando estas fortalezas y de solucionar las debilidades, será posible la consecución de una contratación que respete los principios que la rigen y alcance los fines que esta pretende.

Para esto es necesario que la contratación no se busque como un fin en sí mismo, sino debe ser usada como una herramienta de consecución efectiva de los fines y políticas públicas. Se debe cumplir eficiente y efectivamente la prestación demandada por las diferentes entidades. Esta contratación ya no solo debe tomarse como la forma que la administración adquiere unos bienes, servicios o ejecuta obras públicas. La contratación ahora es también la forma como el administrado interviene en la vida económica, social, y política del país. Estas obras contribuyen al desarrollo de todas las esferas de los diferentes sectores de la población y de la producción.

De aplicarse estas prácticas y respetarse la libre competencia junto con la libertad de circulación, establecimiento y prestación de servicios, se podrá garantizar el funcionamiento de una economía de mercado. Por ende, esta protección a la libre competencia vinculada a la contratación pública de los distintos poderes públicos. Una competencia fuerte y correcta en su funcionamiento reduce los precios, mejora la calidad de los productos y servicios, promueve la innovación, la inversión privada y el desarrollo de las pyme. Una competencia donde su vulneren los diferentes principios, donde la libre

competencia se vea afectada por prácticas como la competencia desleal y los actos colusorios, ineludiblemente tendrá como consecuencias no solo malas prestaciones en servicios por parte de los contratistas seleccionados, sino aún más grave, generará un sentimiento de desconfianza por parte del sector privado en la contratación pública. Este sentimiento desencadenará posteriormente un desinterés a hacer parte en estos procesos y por tal razón la contratación caerá en un círculo vicioso donde las malas prácticas perduraran mientras no haya confianza en este sistema, y donde no habrá confianza en el sistema hasta que no se corrijan las malas prácticas.

Como pudimos ver en este capítulo, diferentes prácticas vulneran diferentes principios, pero todas estas prácticas se presentan en la contratación y por tanto se vulneran todos los principios. No podemos hablar de un modelo de licitación pública que alcance los fines constitucionales y legales establecidos en el capítulo I cuando de por medio se presentan vulneraciones a principios fundamentales como la buena fe, igualdad, moralidad, eficiencia, eficacia, en fin, todos los principios fundantes del Estado colombiano. Las obras de infraestructura pública que se desarrollan en Colombia se concluyen en su gran mayoría, pero, ¿a qué precio?

El hecho de que los objetivos se cumplan no significa que debamos ignorar las irregularidades y malas prácticas que se presentan a lo largo de todo el proceso y que generan sinfín de problemáticas para no solo la administración en general y quienes están vinculados a dichos procesos sino que afectan también al ciudadanía, sujeto que es el directo beneficiario de las obras de desarrollo de infraestructura pública.

Ante este panorama es que surge la necesidad de formular un nuevo modelo de contratación pública que erradique finalmente las malas prácticas que perjudican y evitan

que las licitaciones den un fiel cumplimiento a los fines constitucionales y legales. Sin embargo, antes de poder formular este nuevo modelo es necesario que analicemos las asociaciones público privadas y determinemos la idoneidad de dicho modelo para dar cumplimiento a los fines constitucionales y legales de la contratación pública y de la función pública.

CAPITULO III

ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS

Antecedentes

En las últimas décadas la deficiencia en el desarrollo de infraestructura en Colombia tanto productiva como social, según un estudio realizado por el banco mundial en el año 2014, se estima que el atraso de infraestructura en Colombia es aproximadamente de 15 años con referencia a países pioneros en tal tema y por lo tanto en competitividad.

La limitación de los recursos económicos para el desarrollo de obras públicas por parte del Estado es uno de los grandes obstáculos que presenta Colombia, ya sea por factores eventuales como las catástrofes naturales o sencillamente necesidades de la población que se encuentran insatisfechas, mencionando adicionalmente que cuando estos se poseen caemos en un círculo vicioso de errores logísticos (ver figura 1) tales como tiempos de entrega de las obras, sobrecostos en la ejecución o incumplimientos por parte de los contratistas. Estos factores que influyen en la competitividad del país han sido un desafío para el gobierno nacional en los últimos años, por tal situación con la Constitución política de 1991 se logró crear un nuevo camino donde el sector privado podía invertir sus recursos para suplir las falencia económicas que presentaba en gobierno nacional para

generar el desarrollo requerido, motivo por el cual se han hecho esfuerzos legislativos, económicos y de control en la infraestructura con el fin de superar esta brecha que estamos atravesando de atraso en comparación con el resto de la región.

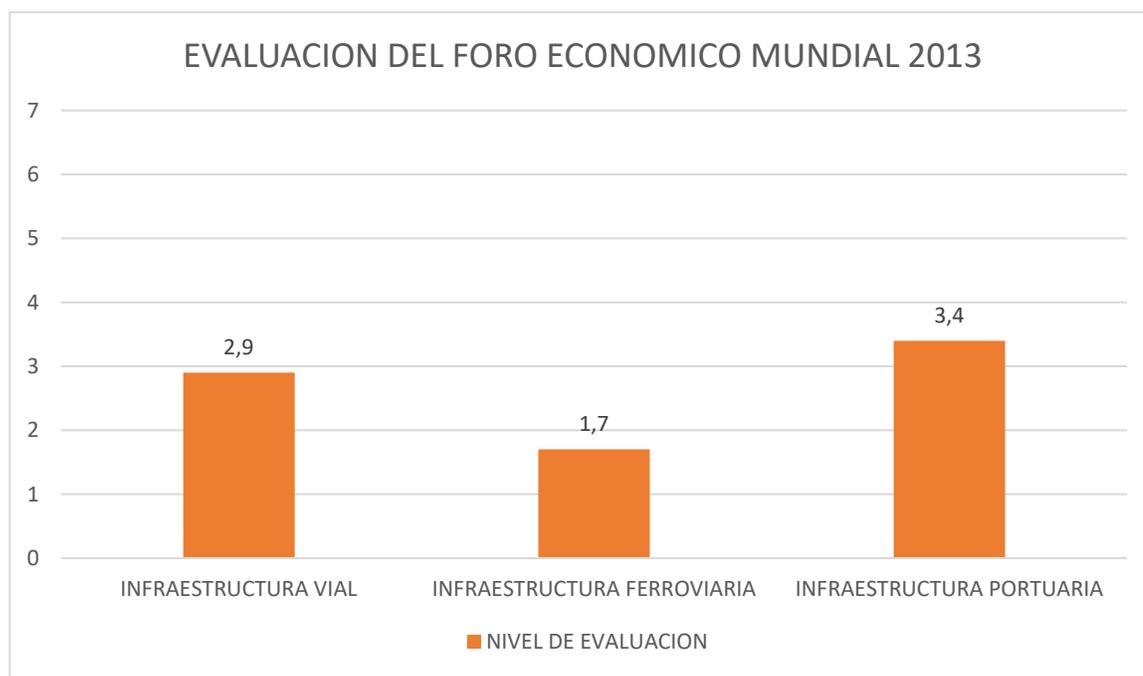


(Grafico 1: Autoría propia)

El primer problema que presenta esta situación de retraso estructural nos lleva a analizar los altos costos en el transporte de mercancías⁷⁷. Para llevar cualquier tipo de mercancía del centro del país a los puertos los costos oscilan entre 2100 y 2500 dólares, haciendo de estos precios demasiado altos para cualquier productor, ya que si realizamos una comparación con otro país como Perú, allá costaría 900 dólares llevar la misma mercancía hasta el puerto, y si comparamos con traer mercancías desde Japón hasta Cartagena costaría 1500 dólares. Estos altos precios se dan por las condiciones de las carreteras colombianas y su atraso en desarrollo de infraestructura.

⁷⁷ <http://www.vanguardia.com/economia/nacional/252536-colombia-tiene-un-atraso-de-15-anos-en-materia-de-infraestructura>

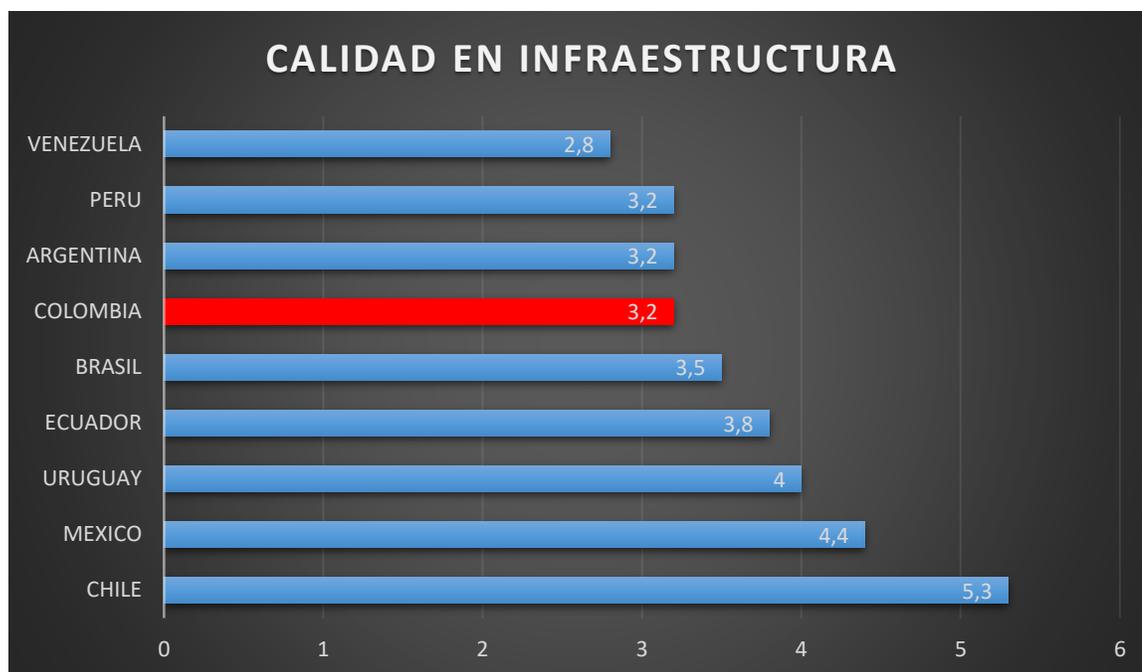
Como se indica en la siguiente grafica el foro económico mundial realizo una evaluación de calidad de infraestructura y desarrollo para la competitividad en donde se evaluaron los países en una escala de uno a siete. Colombia no llega ni a la mitad de la escala en todos los aspectos que fueron analizados por parte del foro, quedando de esta manera por debajo de países latinoamericanos como lo son Chile, Ecuador, México, Perú y Uruguay.



Desde una panorámica netamente económica en Colombia en promedio entre los años 2007 y 2010 tan solo se destinó el 2,9% del PIB para la construcción de nueva infraestructura, y haciendo una comparación con países de economía asiática estamos en un déficit toda vez que la inversión realizada por ellos alcanza aproximadamente el 10% del PIB.⁷⁸

⁷⁸ guía de asociaciones público privadas/capitulo 1/la asociación publico privada/DNP

A su vez el foro económico mundial en su reporte 2012-2013 emitió un índice en cuanto a la calidad de la infraestructura como se demostrara en el siguiente gráfico⁷⁹.



Como se puede observar en el grafico el problema en la calidad de la infraestructura en comparación con la región también hace parte fundamental de la falta de competitividad ya que queda evidenciado que falta un gran esfuerzo para llegar ser líderes en la región o a lo menos competitivos para la generación de prosperidad para la nación.

En cuanto a los sistemas ferroviarios y fluviales, la falta de recursos que presenta el gobierno nacional conlleva a la limitación en la ejecución de proyectos para esta área del desarrollo. Aproximadamente hace trece años no se invierte en estos campos de desarrollo los cuales serían una solución para el problema de competitividad del país.

Estos factores que influyen en la competitividad del país, han llevado a que la economía en Colombia no crezca como debería ser, toda vez que el capital extranjero no se

⁷⁹ foro económico mundial. grafica reporte económico mundial 2012-2013

ve atraído para implementar sus industrias en el territorio nacional por los costos que incurren teniendo sus empresas aquí, a pesar de los esfuerzos en condonación de aranceles e impuestos que ha planteado el gobierno nacional para todo tipo de empresa extranjera que quiera implementar sus plantas de producción en el país, aunque si se debe hacer una salvedad y es que en los últimos años el fortalecido Estado Colombiano, el cambio en el factor de seguridad y el incremento en la productividad ha generado el ingreso de algún capital extranjero en pro del desarrollo, inversión y confianza en nuestro país. El salvamento anterior es respaldado por el banco de la republica donde indica que en la última década se aumentó de 3000 millones de dólares en 2004 a 16000 millones de dólares de inversión extranjera en 2014.⁸⁰

Con el fin de mejorar la competitividad del país, la rama legislativa mediante ley, reglamentado posteriormente por el decreto ley 1508 de 2012, creo una nueva figura para el desarrollo de infraestructura productiva como lo son las carreteras, la navegación fluvial y la reapertura de las líneas ferroviarias, y a su vez para infraestructura en los sectores sociales como cárceles, hospitales o colegios. Esta nueva ley creada por el congreso nacional busca sanear la falta de recursos del sector público para el desarrollo de infraestructura, mediante un mecanismo en donde el sector privado invierta dineros propios para el progreso del país.

Este nuevo modelo de desarrollo de infraestructura pública traído al país permitiría sanear ciertos vicios clásicos que se presentaban en la contratación pública, como lo eran la corrupción y la malversación del tesoro público. En este punto es donde se encuentra la mayor fortaleza de las asociaciones público privadas, el cual consiste que al ser dinero del

⁸⁰ www.banrep.gov.co/inversion-directa

sector privado el que está en juego rara vez se presentan demoras en las entregas, no se van a dar sobrecostos en las obras y principalmente la imposibilidad de recursos del Estado se vería resuelta a cambio de una concesión temporal, pero al fin de la historia la obra pública seguirá existiendo y la competitividad del país se encontrara en los mejores momentos de la historia colombiana.

Este modelo viene siendo utilizado desde hace aproximadamente 20 años en el reino unido donde las asociaciones público privadas han sido un éxito en el desarrollo de la competitividad del país, motivo por el cual otros países de Europa como Francia o Alemania entre otros, han replicado esta forma de construcción trayendo consigo frutos generosos para la comunidad y las naciones en general. Este modelo también ha sido probado en otros continentes como Asia o Sudáfrica e inclusive en América, en países como Canadá o Perú demostrado éxito tanto en la infraestructura productiva como en la infraestructura social.

Por lo tanto, el sector privado se convierte en sujeto con importancia para el Estado en lo que compete al desarrollo de infraestructura pública, aportando las facilidades que trae la empresa privada como lo son el buen uso de los recursos y el cumplimiento de las metas, ya que en este modelo no existen sobrecostos ni ningún tipo de ganancia ni preventas por parte del gobierno.

Conceptualización

¿Que son las app?

Las asociaciones público privadas *“son un mecanismo que permite vincular al sector privado para proveer bienes y servicios públicos asociados a una infraestructura.*

La asociación Público Privada involucra, dentro del contrato de largo plazo, la retención y transferencias de los mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del bien provisto. Hay dos tipos de APP: iniciativa pública e iniciativa privada.”⁸¹

“Son un contrato a largo plazo entre un socio privado y una agencia del gobierno, para proveer infraestructura y servicios públicos, en el cual el socio privado asume un rol importante en la administración y mitigación de los riesgos del proyecto”⁸², para el banco mundial “Las APPs son un modelo en el cual el Estado y uno o varios particulares se asocian para la construcción y mantenimiento de obras de todo tipo, y se caracterizan por que el privado asume una parte importante de los riesgos y de la operación de largo plazo del proyecto”⁸³

La primera definición de lo que son las asociaciones público privadas nos indica que por medio de este mecanismo de desarrollo de infraestructura productiva y social, la empresa privada puede invertir su capital en lo que anteriormente era competencia exclusiva del Estado, como construcción de grandes carreteras nacionales o departamentales, e inclusive proyectos de seguridad nacional como lo son las cárceles o edificios para el desarrollo de las labores propias del Estado.

A su vez nos indica que el dinero puede provenir del sector privado para la construcción de la infraestructura, y que la iniciativa del proyecto puede ser tanto del sector público como del sector privado, creando una posibilidad de desarrollo para las regiones toda vez que los mismos afectados por la falta de infraestructura pueden exponer sus necesidades al sector privado y este presentar la iniciativa para el desarrollo del proyecto.

⁸¹ ABC App. ministerio de hacienda. departamento nacional de planeación. Bogotá D.C. imprenta nacional de Colombia. 2013

⁸² Guía de Asociaciones Público Privada – capítulo 1 – La Asociación Público Privada, DNP.2013

⁸³ Guía de referencia para asociaciones público privadas – banco mundial - PPIAF

Las asociaciones público privadas en su deber ser, cumplen una función de desarrollo de infraestructura en Colombia y por lo tanto el incremento de la competitividad a nivel internacional seguro, puesto que su objetivo principal es la construcción del proyecto y garantizar el mantenimiento y posterior funcionamiento a largo plazo de las obras publicas desarrolladas con unos altos estándares de calidad instaurados por el mismo gobierno nacional, prestando un servicio a satisfacción de la población en general.

Para la creación de estas asociaciones público privadas el gobierno nacional ha dispuesto que se pueden crear en cualquier tiempo calendario en lo que corresponde a aquellas que son sobre proyectos a nivel nacional, pero sin embargo si existe una limitación especial para aquellas que son a nivel territorial, la cual consiste en que no se puede firmar ninguna clase de contrato de este tipo en lo que respecta al último año de gobierno en el respectivo territorio, motivo por el cual se encuentra una falencia ya que estamos hablando de un tiempo bastante considerable en el que el país se cohibe de poder desarrollarse bajo esta figura de construcción de infraestructura pública. Cuando se crean estas asociaciones público privadas o sencillamente está el proyecto en etapa de evaluación, la ley exige que estas deben ser inscritas en el Registro Único de Asociación Publico Privada RUAPP, el cual será administrado por el DNP, ya bien de iniciativa estatal o privada.

Las asociaciones público privadas traen consigo una serie de ventajas y beneficios para el desarrollo de la infraestructura nacional entre los cuales podemos destacar la correcta planeación de los recursos provenientes del sector público, garantizando de esta manera que aunque los dineros serán devueltos al gobierno central estos serán bien utilizados. Los proyectos de las asociaciones público privadas generan un gran impulso al crecimiento de la economía nacional toda vez que generan nuevos empleos y producen un

alza en la competitividad de las regiones donde se ejecutan las obras y por lo tanto en el ranking internacional del país. Otro beneficio que traen las asociaciones público privadas consiste en la rápida y eficiente creación de la nueva infraestructura y por lo tanto de la prestación de su servicio, ya que sucede un fenómeno bastante particular, al ser dinero del sector privado la agilidad con la que se construyen este tipo de infraestructuras es realmente sorprendente comparada con la velocidad que se crean los proyectos cuando se trata de recursos del tesoro público, pero toda esta habilidad en el desarrollo no solo se presenta por lo mencionado anteriormente sino que el gobierno nacional trae incentivos por el hecho de que los proyectos sean entregados en el tiempo indicado y con los dineros presupuestados desde la presentación del proyecto. Como consecuencia de lo anterior la transparencia es algo que se puede notar de forma evidente ya que se estimula la perfección en el manejo del factor ambiental, los análisis de riesgos, la administración de recursos – costos y lo más importante los estándares de calidad propuestos por el gobierno nacional. Finalmente la última ventaja hace referencia al mantenimiento de la infraestructura ya que mediante las concesiones el mismo constructor es el que garantizara su vida útil durante un prolongado periodo de tiempo.

Cabe anotar que las asociaciones público privadas en ningún momento son mecanismos para evitar el gasto público y darle toda la carga al sector privado, ni mucho menos se puede tomar como un apalancamiento financiero para el Estado aumentando la competitividad en forma gratuita para el mismo. Tampoco el modelo de asociaciones público privadas son la clave mágica de recursos ilimitados para el desarrollo de infraestructura pública para el Estado, toda vez que los recursos que posee el Estado para el posterior mantenimiento o concesiones de la obra en algún momento se pueden acabar,

motivo por el cual como se mencionara más adelante la priorización de los proyectos presentados es parte fundamental del papel que cumple el sector público frente a las asociaciones público privadas. Las asociaciones público privadas tampoco son formas de construcción de infraestructura con interés privado, disfrazada de infraestructura pública con recursos del tesoro del Estado, en este momento es cuando el sector público analiza el impacto social y la necesidad que tiene la obra a construir para no terminar beneficiando a unos pocos, a costa de dejar verdaderos proyectos de desarrollo comunitario de un lado por la realización de estos. Las asociaciones público privadas no son una forma de privatización de bienes propiedad del Estado, sencillamente son meros administradores y encargados del sostenimiento y el mantenimiento de la misma infraestructura en funcionamiento a favor del Estado y por lo tanto de la comunidad en general como lo son las carreteras, los hospitales o las cárceles.

El sector público en las app

El papel del sector público en las asociaciones público privadas es clave, toda vez que en primera instancia es el directo beneficiado por el desarrollo del país, y adicionalmente es el encargado de autorizar o no el desarrollo de las regiones por medio de este modelo de contratación, motivo por el cual se convierte en un actor importantísimo en el desarrollo a cabalidad de las metas propuestas por este modelo de desarrollo de infraestructura.

Más específicamente el papel del gobierno consiste en lo siguiente:

1. Darle la importancia correspondiente a cada proyecto que se plantea con el fin de agilizar y enfocarse en realización del mismo, para que de esta manera no se dejen

rezagados proyectos de mayor impacto para el desarrollo del país por cumplir con la realización de otros que aunque si se necesitan no son tan vitales para la comunidad que se va a ver directamente beneficiada.

2. Cuando la iniciativa sea por parte del sector privado el papel que cumple el sector público es analizar si el proyecto presentado es viable, sostenible y necesario, con el fin de realizar el proceso de contratación para la realización de la obra, ya bien sea que se realice por parte del mismo proponente o en dado caso de quien sea el interesado de realizar el proyecto.

3. Cuando la iniciativa es por parte del sector público el papel del gobierno es realizar todo un proceso para la adjudicación del contrato en cuestión y a su vez al ser iniciativa pública administrar toda la ejecución del contrato pues es algo que exige la ley ya que existen dineros del sector público en juego por lo que debe estar vigilado y controlado por la entidades encargadas del asunto.

4. Finalmente, la labor más importante que realiza el sector público en relación con las asociaciones público privadas es identificar, basados en el plan de desarrollo, el plan de ordenamiento territorial y en las políticas que se manejen de desarrollo para el país en el respectivo tiempo, las necesidades que presenta cada sector o región con el fin de saber que ruta deben tomar los ofrecimientos de este tipo de contratos para que mediante la correcta planeación se pueda tener un mayor impacto en cuanto al desarrollo y competitividad internacional que al final de la historia es el objetivo real de este tipo de nuevas ideas en el país.

Sectores de influencia de las asociaciones publico privadas

Infraestructura productiva

Cuando nos referimos a infraestructura productiva estamos haciendo referencia a obras civiles que generan un alza en la eficiencia y producción en el sector de la oferta productiva del país los cuales influyen directamente sobre la economía, más específicamente podríamos hablar de mejores carreteras o vías de cualquier tipo las cuales aumenten la competitividad de las regiones.

Infraestructura social

Estas son aquellas obras civiles que contribuyen al mejoramiento de la comunidad y su calidad de vida en sociedad, las cuales prestan un servicio esencial para el desarrollo y mantenimiento de la población en general, siendo más específicos hacemos referencia a las obras civiles dedicadas a:

RECREACION:

Este factor hace referencia a sitios deportivos y culturales tales como canchas, parques, teatros y centros artísticos o todo lugar donde se desarrollen estos dos factores esenciales del desarrollo de la personalidad de la sociedad.

SALUBRIDAD:

Este factor hace referencia a todo lo que corresponde a salud tales como hospitales, centros comunitarios de salud, centros de prevención de desastres u todo otro sitio similar donde se vele por la salud y bienestar de la comunidad.

SEDES ADMINISTRATIVAS:

Este factor hace referencia a los edificios que se construyen con el fin de alojar oficinas de gobierno de cualquier rama del poder público, ya bien sean alcaldías, palacios de justicia o sencillamente cualquier dependencia del sector público.

SEGURIDAD:

Este factor hace referencia a aquellas instalaciones que son fundamentales para la seguridad ciudadana y la preservación de la tranquilidad y confianza en las políticas públicas. Acá encontramos construcciones como estaciones de policía, batallones o centros penitenciarios.

EDUCACION:

Este factor no solamente hace referencia a la construcción de colegios y universidades, también a todo centro donde se brinde cualquier tipo de educación, como lo son los centros especializados de profamilia – educación y prevención sexual o aquellos lugares comunales donde cualquier persona puede ir a entrenarse en una labor como la costura o la carpintería.

Proceso

Iniciativas

Iniciativa del sector publico

Cuando se da por iniciativa pública quiere decir que la idea inicial del proyecto se generó desde el órgano competente del gobierno nacional, el cual es el directo encargado de la estructuración del proyecto en sí, teniendo en cuenta el porcentaje y las características de

participación por parte del sector privado. En este caso el dinero para financiar el proyecto proviene de aportes de recursos públicos o la explotación económica de las asociaciones público privadas y en algunos puede que se presente una mezcla de las dos modalidades.

Hasta el momento la mayoría de asociaciones público privadas se han dado por iniciativa del gobierno nacional ya que este es el que se encuentra en la capacidad de crear una serie de incentivos. Esta estrategia utilizada por la autoridades ha tenido una gran acogida con el sector privado ya que los inversionista que han llegado a participar por esta clase de proyectos se encuentran con la capacidad técnica y económica para la financiación, construcción y posterior mantenimiento de la obra, generando con esto un gran desarrollo en las regiones en donde se han ejecutado proyectos mediante el modelo de las asociaciones público privadas.

Iniciativa del sector privado

Cuando la iniciativa se da por parte del sector privado la responsabilidad y el compromiso de este se incrementa considerablemente, toda vez que con esta acción se compromete de realizar por su propia cuenta y a un riesgo bastante alto el desarrollo del proyecto sin que el gobierno nacional este obligado a reconocer algún tipo de sobre costo por el desarrollo de la obra. Con el fin de garantizar la transparencia de estos proyectos para salvaguardar los interés del sector privado, todas las obras que no requieran de recursos públicos son publicados en el sistema electrónico de contratación publico SECOP, esta inscripción de la obra en la base de datos estatal también tiene como ventaja que al ser de conocimiento público cualquier interesado en participar como subejecutor del proyecto puede manifestar su interés sobre el tema. En lo que respecta a la responsabilidad del sector privado con referencia a su compromiso a futuro con la obra no termina con la culminación

de la misma, ya que esta no llega solamente al diseño y construcción del proyecto, sino que se extiende al mantenimiento posterior a la obra y al funcionamiento de la misma a largo plazo, motivo por el cual los estándares de calidad aumentan ya que una construcción deficiente generaría posteriores problemas para el mismo contratista. Estos resultados se han visto evidenciados en otros países donde la superioridad de las asociaciones público privadas sobre la creación de infraestructura pública tradicional es de un nivel superior.

ESTUDIO	MUESTRA	RESULTADOS
Reino Unido – Oficina Nacional de Auditoria	37 Proyectos de infraestructura pública	Obras publicas tradicionales: 73% presentan sobrecostos, 70% han presentado demoras en su entrega. APP: 22% presentan sobrecostos, 24% presentan demoras en su entrega.
Reino Unido – Ministerio de Finanzas	61 Proyectos de APPs	12% presentaron demoras en su entrega. No se presentaron sobrecostos que fueran compensados por el socio público.
Australia – Allen	33 proyectos de obra	OPT: Sobrecostos

Consulting Group	pública tradicional - OPT 21 APPs	por 35.3% del valor original. APP: Sobrecostos por 11.6% en el mismo periodo de tiempo.
Canadá – Junta de la Conferencia de Canadá	19 proyectos de APPs	Reducción en los costos del orden del 61 % 90% de los proyectos entregados a tiempo.
México – Ministerio de Hacienda	ND	OPT: Sobrecostos por 33% del valor original. APP: Sobrecostos por 18% en el mismo periodo de tiempo

(Datos tomados de guía del banco mundial y PPIAF)

Limitaciones

la primera limitación que poseen las asociaciones público privadas por iniciativa del sector privado es que cuando existe recursos del patrimonio público para la ejecución del proyecto (hasta un 20%) la selección del contratista para la realización de la obra se hará a través de la licitación pública, desfigurando de toda forma la naturaleza de las asociaciones público privadas toda vez que no vale solo con que el sector privado cuente con gran parte del dinero del proyecto, ni que tenga la iniciativa para la realización de la obra, se debe someter a la ardua y complicada labor de las licitaciones públicas tradicionales.

La segunda limitación que presentan las asociaciones público privadas por iniciativa del sector privado consiste en que cuando el pago del proyecto se realiza por medio de la explotación económica del mismo, siempre el mecanismo que se usa para la adjudicación de este es el de selección abreviada de menor cuantía. Este aunque es un poco más lucrativo y se acopla mejor a los fines que propone las asociaciones público privadas, se convierte en un mecanismo de obras civiles de poca envergadura toda vez que si se quisiera realizar un mega proyecto como la ruta del sol o como la modernización de los puertos colombianos, la cantidad de dinero necesaria para poder aplicar esta modalidad de desarrollo de obra pública sería incalculable, e insostenible para gran parte del sector privado interesado en el desarrollo de la infraestructura pública del país.

Cuando el sector privado presenta un proyecto cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley trayendo consigo los respectivos análisis de riesgos, impactos, estudios y evaluación socio económicas, este entra en una fase de prefactibilidad el cual tiene una duración máxima de tres meses, en donde la entidad pública competente empieza a analizar la propuesta según criterios preestablecidos tales como el interés que posea el proyecto, las políticas públicas que estén rigiendo en la región donde se realizaría el proyecto, si el proyecto se encuentra dentro de los factores de priorización establecidos por el gobierno nacional para lograr el desarrollo de infraestructura planteados y la participación adecuada de dinero proveniente del tesoro público.

Si el proyecto es pre aprobado por parte de la autoridad competente, la entidad del sector privado que dio la iniciativa del proyecto entra en término de un máximo de 2 años para que perfeccione la estructuración del proyecto y reanalice la factibilidad del mismo con el fin de concretar un acuerdo final con la entidad competente del sector público dentro

del término de los dos años. Pero veamos un poco más a fondo como es el tema del proceso.

Etapa de elegibilidad

Como lo mencionamos anteriormente, la elegibilidad del proyecto por parte del sector público es la primera etapa oficial que se hace presente en todo el proceso de la conformación de la asociación público privada. En esta primera etapa los estudios y la planeación previa que hace el sector privado proponente son aún mayores que los presentados por la figura de contratación pública tradicional, ya que se analizan los riesgos que se van a tomar, puesto que después de firmada la relación entre el sector público y privado este será de una duración considerable aproximadamente de unos 20 años, por este motivo el sector privado analiza a fondo los beneficios económicos que recibirá en todo el tiempo.

El proyecto entregado por el sector privado debe cumplir con una serie de estudios presentado en la estructuración del proyecto, involucrando todos los entes reguladores del sector público. El método que deben seguir las entidades privadas posee cinco evaluaciones las cuales son: justificación estratégica, económica, financiera, comercial y gerencial, ahora nos disponemos a ilustrar en que consiste cada una.

- **JUSTIFICACION ESTRATEGICA:** En este factor se analizan las necesidades sociales que se tienden a satisfacer, cumpliendo a su vez con el requisito de que el proyecto presentado esta acorde con las políticas públicas de los mandatarios en turno, demostrando que esta obra contribuye con el objetivo que se ha propuesto el gobernante para su mandato. Esto se realiza

con el reconocimiento del problema, sus respectivas causas e impacto en la comunidad que rodea el mismo, determinando de esta forma las necesidades que presenta la sociedad directamente afectada. Posteriormente se presentan alternativas de solución y se realizan simulaciones para dar resultados esperados con el proyecto basado en unos indicadores los cuales puedan ser medibles. finalmente se analiza todo en conjunto y se mira si realmente se necesita la inversión y si la misma satisficera las necesidades expuestas anteriormente. Después de realizar la labor anterior, la entidad privada razona sobre su competencia para la ejecución del proyecto revisando sus capacidades técnicas y logísticas reales para la realización de la infraestructura e identifica si posee alguna posibilidad para la aprobación de su proyecto con el fin de no desgastar la administración en analizar proyectos que desde su creación son inviables. Durante el desarrollo de este factor existen unos cuestionamientos claves que ayudan a su desarrollo, de donde podemos resaltar algunas como ¿quiénes estarán involucrados en el proyecto?, ¿Cuánto es el tiempo para el desarrollo del proceso? ¿el proyecto encaje en los planes de desarrollo del gobierno nacional? ¿Qué tanto será el impacto positivo y negativo de la obra en la comunidad?

- **JUSTIFICACION ECONOMICA:** En este apartado se mira según el proyecto cual es la mejor forma para realizarlo si efectivamente las asociaciones público privadas, las licitaciones públicas o cualquier otra forma de contratación estatal, teniendo como objetivo demostrar que las asociaciones público privadas son el medio idónea para la realización de la obra.

- **JUSTIFICACION FINANCIERA:** Se analiza que quien pretende realizar la obra mediante este modelo cuente con los recursos suficientes para la culminación de la obra y posterior mantenimiento a largo plazo para que de esta manera no se vea obligado el sector público a realizar inversiones no planeadas y que también se llegue a ver afectada el sector privada en consecuencia de la ejecución de la obra.
- **JUSTIFICACION LEGAL:** Se analiza que el proyecto sea bien fundamentado en cuanto a gastos, diseño, y proyección con el fin de realizar la correspondiente asignación de riesgos a las partes que hacen parte del presente contrato. Adicionalmente se observa el interés comercial que presenta la ejecución de la obra y su impacto en el crecimiento de desarrollo nacional.

Recursos

Economicos

Como uno de las bases sobre las cuales se soportan las asociaciones público privadas es la no inversión del sector público, cuando este invierte dinero ya bien sea en lo que corresponde a aportes o a cualquier otra forma que requiera de recursos, como lo hemos dicho anteriormente solo hasta un 20% del valor del proyecto, este dinero al finalizar dicho proyecto debe ser devuelto a las arcas del Estado. Este dinero es solicitado directamente por la entidad estatal encargada de donde se va a realizar la obra al departamento nacional de planeación o en su defecto a la entidad pública de nivel territorial sustentando una razón técnica para el desarrollo y posterior ejecución de la obra por parte de las asociaciones público privadas.

En lo que corresponde a adiciones a los proyectos públicos en Colombia bajo el modelo de las asociaciones público privadas están permitidas. Pero de la misma manera de siempre depende de donde se dé la iniciativa del proyecto.

Cuando se dé por iniciativa pública las adiciones por parte del tesoro público tienen un límite del 20% sobre el valor original de los recursos públicos que se destinaron para el proyecto, a su vez cabe adicionar que se tiene el mismo porcentaje de prórroga para lo correspondiente al plazo. Cuando la iniciativa se dé por parte del sector privado y esta obra requiera de recursos públicos tampoco puede exceder el 20% pero en este caso es sobre la sumatoria de los recursos y el valor del dinero en las prórrogas otorgadas al plazo que se acordó inicialmente.

Con la prohibición actual del comprometimiento de recursos futuros, las asociaciones público privadas trajeron consigo una nueva tipología la cual permite que los desembolsos se puedan realizar con el transcurrir del tiempo en la ejecución de la obra, todo esto con el fin de que se garantice que a pesar del cambio de administración en el gobierno nacional, estos proyectos puedan llegar hasta su culminación sin tener impedimento alguno con las vigencias futuras que llegaran a las arcas de la nación.

En el tiempo

Cuando hablamos de los recursos en el tiempo hacemos referencia al tiempo que tardara la construcción del proyecto ya bien sea de infraestructura productiva o social, toda vez que esto tiene un valor en cuanto al impacto social que este genera para la comunidad donde se desarrolla. El gobierno nacional ha estipulado que el tiempo límite para la construcción de estas obras es de 30 años, contando inclusive todas las prórrogas

posiblemente otorgables al constructor. Aunque existe la excepción de que cuando el consejo nacional de política económica y social CONPES, emita un concepto favorable durante la etapa de la estructuración del proyecto para que este tenga una duración más prolongada será posible que se supere esa barrera de los 30 años aunque clara esta que no en forma indefinida.

Retribucion a las app

Luego del desarrollo y ejecución de la obra de infraestructura cualquiera que sea por parte de la asociación publico privada, el sector público está en la obligación de comprobar que la obra realizada se encuentra en perfecta funcionabilidad, cumpliendo los requisitos técnicos exigidos por la ley o pactados en el contrato, después de ese proceso es que el sector público admite la explotación o concesión para su mantenimiento por parte del constructor de la misma, en este punto es donde el sector privado recibe su remuneración por el esfuerzo realizado con el compromiso antes mencionado de conservar las condiciones óptimas de uso de la obra.

DEBILIDADES Y VULNERACIONES A LOS PRINCIPIOS Y FINES DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS

Desfalco al estado

En la mayoría de los casos donde se presentan recursos del Estado en el presente modelo no son controlados con eficiencia por parte de los entes de control, lo cual genera que estos recursos no sean utilizados de una manera idónea, adicionalmente la práctica nos ha demostrado que al ser un porcentaje específico que pone el sector público sobre el valor

de la obra y no una cantidad establecida desde el principio dependiendo de la obra, en muchos casos las empresas que realizan estas obras presentan el costo final de la obra por encima de los costos reales para que de esta forma el gobierno deba inyectar más dinero al proyecto puesto que debe cumplir el porcentaje, y así reducir la inversión por parte del sector privado, aunque vale la pena hacer la salvedad que esta falencia que presenta el proyecto se encuentra ubicada en la falta de atención especial por orden expresa de la ley a las asociaciones público privadas de ser vigiladas en un ámbito especial por parte de las autoridades competentes de control, trayendo consigo una vulneración clara e inminente al principio de transparencia y dando cabida a un sinnúmero de ventanas para que se presente corrupción.

Tiempos exagerados en los terminos de construccion de la obra

El principio de eficacia tal cual como no lo presenta la ley para este modelo posee una alta posibilidad de cumplir con ese principio pero no como fortaleza del modelo sino como debilidad y falencia en la norma que lo regula.

La anterior conclusión la podemos expresar toda vez que la norma nos indica un tiempo máximo absurdo para la realización de estos proyectos, la cual asciende a 30 años incluyendo las posibles prorrogas que se puedan otorgar, adicionalmente el legislador le dio la facultad al COMPES de emitir un concepto favorable con el fin de permitir que este tiempo se extienda hasta cuando sea necesario sin ser ilimitado, aunque esta aclaración que hace el legislador de "ILIMITADO" es irrelevante puesto que la potestad para otorgar una cantidad de años para concluir la obra puede ser absurda.

Así, de esta manera el cumplimiento del objetivo se va a dar pero no de la forma idónea y diligente con la que debe actuar la administración pública para la satisfacción de las necesidades del interés general.

Este tiempo tan extenso otorgado por el legislador genera una deficiencia en cuanto a la responsabilidad con la que debe actuar el contratista pues este no se siente presionado de ninguna manera por hacer entrega oportuna de la obra y por lo tanto genera un daño esta vez no al patrimonio de la nación sino al bienestar general, sin contar con la amplia posibilidad con que la obra no se concluya sino sencillamente se extiendan los tiempos hasta que ya no existe quien responda por la obra incumplida, pues aunque casi todo el capital es del sector privado cabe recordar que el gobierno nacional puede contribuir con un máximo del veinte por ciento sobre el valor de la obra para la realización de ésta, porcentaje el cual se corre el riesgo de perder.

Posible correcto manejo de recursos

En teoría, puesto que los recursos utilizados para la construcción de la obra emanan directamente del constructor genera que sean utilizados, supervisados y fiscalizados correctamente por parte del mismo, adicionalmente los materiales que se usan en la ejecución de la obra son de buena calidad o durabilidad ya que la retribución al sector privado es la concesión de la obra y la posible utilización de materiales defectuosos generaría detrimento en el sector privado pues uno de los elementos esenciales de este modelo es el mantenimiento idóneo de la obra durante el tiempo de concesión, esto nos lleva a la conclusión de que para generar un mayor rango de ganancias los materiales deben poseer ciertas características que disminuyan los gastos en cuanto al mantenimiento de la obra.

En cuanto al capital que inyecta el Estado en la obra también se puede concluir que este será ejecutado en una forma correcta con la capacidad del sector privado ya que este al finalizar la obra debe ser devuelto a las arcas del Estado, garantizando así que el directo afectado en casos de malversación de fondos o errores voluntarios en el material utilizado sea el contratista, perjudicando con esto las ganancias que obtendrá el sector privado, único o principal objetivo que persigue el contratista al ejecutar la obra. Existe la salvedad que en las normas complementarias emitidas por el gobierno nacional sobre las obras desarrolladas bajo el modelo de asociaciones público privadas existen unos parámetros de calidad preestablecidos para la verificación del correcto funcionamiento y posterior mantenimiento de la obra, trayendo consigo unos mínimos de garantías para la completa satisfacción del interés que genera el desarrollo de la obra pública.

Publicidad incompleta, engañosa o manipulada

La ley indica que desde que se inicia el proceso para la conformación de la asociación es publicada, y en cada una de sus etapas, estas obras y proyectos deben ser registrados en el RUAPP o Registro Único de Asociaciones Público Privadas el cual es administrado por el DNP Departamento Nacional de Planeación sin importar desde que lado se dé la iniciativa ya bien sea privada o pública, el cual en la actualidad se encuentra totalmente desactualizado, vulnerando gravemente el principio de publicidad e indirectamente el de transparencia. Lo anterior según la ley, garantizaría que sea de conocimiento público acerca de que obras se encuentran en proceso de estudio o conformación para que los afectados puedan oponerse a la misma y a su vez en qué punto se encuentran las obras que están en ejecución en el momento. Esta información no tiene ningún tipo de restricción, por lo que sí existe más de un oferente con la misma intención

de obra se da un claro desarrollo de la libre competencia, lo cual beneficia al interés general brindando con esto un alto rango de calidad a la obra por ejecutar, como indique antes según la ley, pero a la realidad este sistema desactualizado se presta a su vez para que aparezca el tráfico de información privilegiada y por lo tanto la corrupción.

Tramitología, obstáculos y desgaste de la administración

El desgaste en requisitos y documento que deben ser entregados por parte del contratista son muy amplios vulnerando de esta manera el principio de economía. La principal demora en el cumplimiento de los requisitos para la conformación de las asociaciones público privadas se da cuando la iniciativa corre por parte del sector privado, en primer lugar adicional al proyecto que se pretende ejecutar se deben presentar unos requisitos en donde se logre comprobar la idoneidad y trayectoria que posee el contratista para la correcta ejecución de la obra, generando las primeras trabas administrativas toda vez que no existen unos parámetros claramente definidos sobre idoneidad en lo que concierne a las asociaciones público privadas. Después de superada esta etapa en donde se emite el concepto favorable para la ejecución del proyecto, se deben presentar análisis de riesgos, análisis de impacto, estudios y evaluaciones de las condiciones socio económicas de la región donde se va realizar el proyecto, generando unos costos para el sector privado adicionales sin ningún incentivo toda vez que si no se logra satisfacer los requisitos la inversión realizada para esto será perdida. Presentados estos requisitos se entra en una etapa de pre factibilidad la cual tiene una duración de tres meses en donde se cotejan los requisitos entregados con el interés general y las políticas públicas del gobierno en turno.

Después el proyecto es devuelto al contratista por un término de dos años para que este realice mejoras y perfeccionamiento del mismo, viene otra etapa de elegibilidad que

realmente es la primera etapa de las asociaciones público privadas donde se le da prioridad a quien planteo el proyecto. Después se realizan otros estudios adicionales de justificación sobre el proyecto corregido y posteriormente si se da vía libre a la adjudicación y posterior construcción del proyecto en sí. Con todo lo anterior el agotamiento de la administración y el contratista es excesivo, motivo por el cual el principio de economía se ve duramente golpeado ya que no existe cumplimiento del mismo en lo absoluto.

En cuanto a la celeridad debemos dividir el análisis en sus dos características, la primera en el cumplimiento real del objetivo trazado por el legislador por parte de la administración pública y el segundo la diligencia con que se cumpla este objetivo.

Como quedo evidenciado en los párrafos anteriores los tiempos que otorga el legislador para el agotamiento de cada etapa en la conformación de las asociaciones público privadas son excesivos, motivo por el cual la celeridad en lo que respecta del cumplimiento material del objetivo por parte de la entidad pública competente se va a dar si o si bajo cualquier circunstancia, ya que cuenta con el tiempo suficiente para el desarrollo de la meta, trayendo consigo un cumplimiento parcial del principio de celeridad, mas sin embargo cabe resaltar que el segundo elemento que presenta la celeridad es vulnerado toda vez que el tiempo en el que se cumple este objetivo es demasiado amplio, generando con esto atrasos importantes para el desarrollo de la ejecución de la obra, retrasando o condenando la meta principal que es la ampliación y desarrollo de la competitividad de la nación a varios años que es el termino de análisis y estudios para poder realizar la ejecución de la obra pública.

Falta de comunicación con la población afectada

Una de las mayores falencias que posee el modelo de asociaciones público privadas viene desde la creación de su ley como tal, toda vez que el legislador no ha regulado acerca de cómo las personas que se vean afectadas o beneficiadas sobre un proyecto en particular puedan hacer algún tipo de pronunciamiento directo a favor o en contra.

Lo único que se podría asimilar como cumplimiento parcial e indirecto del principio de participación es el estudio socio económico que debe realizar el contratista sobre la comunidad en donde se va a realizar la obra en la etapa de pre factibilidad, sin que necesariamente los datos que este arroje cumpla con los requisitos mínimos de veracidad y comprobación por parte del Estado. Es necesario que para el cumplimiento de este principio que la ciudadanía en una forma eficiente y directa se pueda pronunciar sobre la obra que va a ser ejecutada sin que exista la necesidad de utilizar dependencias especiales del gobierno para la protección de los derechos de las personas afectadas, como lo son la defensoría del pueblo o las veedurías públicas. Este obstáculo genera la imposibilidad de tener un contacto directo con las personas beneficiadas u afectadas por la realización de la obra, trayendo consigo una vulneración al principio de participación, pues queda evidenciado que aunque este es público se torna inoponible en una forma eficaz para el ciudadano del común, aunque cabe resaltar que existe la última instancia en caso de vulneración de derechos la cual es la acción de tutela, pero esto generaría un desgaste para el poder judicial innecesario, ya que solo mediante este mecanismo se pueden proteger los derechos de los ciudadanos en lo que concierne a cualquier tipo de proyecto que sea realizado bajo el modelo de asociaciones público privadas.

Igualdad entre iguales

En este modelo se puede observar una figura extraña en el momento de la adjudicación como tal del proyecto y posterior concesión del mismo puesto que esto depende de quien dio la iniciativa del proyecto. Cuando la iniciativa corre por parte del sector privado el contratista que dio la idea inicial tiene prioridad al momento de la adjudicación del proyecto siempre y cuando este no se retire del mismo y exista a su vez otro oferente interesado en el proyecto, el presentar esta iniciativa bloquea en algún sentido la posibilidad de vinculación por parte de otro oferente más sin embargo si puede ingresar otro siempre y cuando las condiciones que plantea el nuevo oferente sean realmente más importantes para el interés general, todo esto solo se da en el momento de la adjudicación del contrato.

Cuando la iniciativa se da por parte del sector público los interesados en realizar o conformar la asociación público privada es más clara, pues el gobierno nacional al emitir la intención de la construcción de la obra pública mediante este modelo, posibilita a cualquier persona o entidad a entrar a concursar por la adjudicación del contrato. Estos oferentes deben cumplir con cada requisito mencionado en anteriores apartados del presente trabajo, inclusive haciendo el desgaste de estudios socio económicos dobles o triples dependiendo de la cantidad de oferentes o interesados en la obra, rigiéndose al final por las reglas generales de la adjudicación de los proyectos de la contratación estatal, dando con todo lo anterior cumplimiento al principio de igualdad.

Lo anterior nos hace concluir que aunque no se presenta un verdadero cumplimiento del principio de igualdad en el máximo de su expresión, si se logró tener una igualdad equilibrada pues se le otorga un mérito especial y por lo tanto una prioridad a quien dio el

primer paso para la realización de la obra, dando un punto positivo en cuanto a la equidad en el modo en que se manejan la adjudicación de los proyectos en el modelo de asociación publico privadas.

Malas constumbres

Como se ha mencionado anteriormente la moralidad y la buena fe tienden a ser subjetivas puesto que aunque la norma indica que es como se debe actuar su comprobación es realmente difícil de detectar. La aplicación de estos principios los podemos analizar desde dos puntos de vista.

La primera es la moralidad y buena fe con la que actúa el contratista durante todo el proceso, esta puede quedar evidenciada claramente en los estudios o análisis que presenta el contratista al sector público al momento de inicio de la verificación de la viabilidad del proyecto, ya que pueden venir desfasados, modificados o alterados con el fin de recibir una aprobación oportuna o una calificación más alta para la posterior adjudicación del proyecto. También se puede evidenciar la buena fe y la moralidad por parte del contratista cuando se le otorga el término de dos años para que analice posibles mejoras al diseño de la obra ya que este aunque puede verlas por factores netamente económicos no las indica tratando de esta forma aumentar sus ganancias. Finalmente la moralidad y la buena fe en cuanto al contratista se puede observar en el momento de la ejecución de la obra ya que cabe la posibilidad en este modelo que no se cumpla con las indicaciones iniciales del proyecto sino que estas sean cambiadas en mala fe durante la ejecución del mismo.

En segundo lugar debemos analizar la contraparte del anterior, esto es la moralidad y buena fe con la que actúan los funcionarios públicos o las entidades estatales en si durante

todo el proceso hasta la culminación de la obra. Esta buena fe y moralidad debe verse reflejada en cada funcionario público pues la selección de quien realizara la obra al final de la historia está en manos de estos, aunque ha quedado evidenciado que el tráfico de influencias en la idiosincrasia colombiana se presenta con más frecuencia de lo deseado, y para eso existen unos medios de control como se mencionó anteriormente, más sin embargo estos tampoco cuentan con la capacidad necesaria para lograr ver la buena fe que trae el sector privado y público al momento de la adjudicación de los presentes contratos y en las condiciones particulares que cada uno traiga consigo.

Como conclusión podemos resaltar basados en los análisis y ejemplos que se trajeron al presente apartado, que la buena fe y la moralidad es algo intrínseco del ser humano, motivo por el cual este debe ser inobservado creando unos mecanismos de control más eficaces y eficientes al momento de detectar cualquier tipo de irregularidad con el fin de salvaguardar el interés general. Así mismo también se puede concluir que es un mal que agobia no solo estos dos modelos de proyectos de obra de infraestructura pública, ni tampoco es un bien que solo agobia el sector publico aisladamente, este es un fenómeno presente en todo el mundo en donde quiera que haya personas con intereses diferentes al bienestar general.

Carga desproporcionada

Casi toda la carga en cuanto a compromisos y responsabilidades se le transmite o corre por cuenta del sector privado “del contratista”, ya que este por cuenta propia debe ejecutar cada fase de la obra sin que el Estado exista de respaldo real, ya que no se encuentra obligado a entregar dinero concepto de sobrecostos, incumplimientos, o cualquier tipo de daño ocasionado durante la realización de la obra. También es indispensable

mencionar que la responsabilidad no termina con la culminación de la obra sino que va posteriormente con el mantenimiento de la misma en la ejecución de la concesión. Lo anterior nos lleva a la conclusión que el principio de responsabilidad aunque esta dado, no se aplica de una forma correcta, toda vez que no equitativo puede afectar el sector privado gravemente, aunque si es lo más beneficioso para el patrimonio público, no necesariamente lo es para el interés general.

La evidencia expresada en la presente tesis en relación con la incompetencia de los actuales modelos para el desarrollo de infraestructura pública nos hace crear la necesidad de busca soluciones a este gran problema, y es por este motivo que presentamos una nueva propuesta de modelo que subsanaría todos estos defectos del sistema actual.

CAPITULO IV

MEGA EMPRESA PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA (MEDIP)

La confrontación de los principios legales y constitucionales con las prácticas comunes que se presentan en la contratación pública cuando nos referimos a modelos como la licitación y las APP, arroja resultados muy poco alentadores. La gran mayoría de los principios se ven vulnerados por fallas propias de los modelos: faltas de controles, funcionarios corruptos, burocracia, etc. Las fallas estructurales y funcionales de cada uno de los sistemas dejan las puertas abiertas para que se presenten conductas ilícitas que vulneran no solo los principios constitucionales y legales sino que a su vez se ven manifestadas en las debilidades que encontramos en ambos modelos como quedo evidenciado anteriormente.

Estas debilidades que después de una investigación que incluyó los modelos como tal, sus trámites, órganos, intervinientes y que posteriormente nos llevó a compararlo con modelos similares en otros países, dejo en evidencia como ambos modelos presentan fallas que no permiten que la formulación y ejecución de proyectos de obra de infraestructura pública se desarrollen con total normalidad.

El fin mayor en materia tanto legal como constitucional de ambos modelos es el del cumplimiento de los fines de la constitución, fines como la promoción del interés general, bienestar general, entre otros. Se podría decir que estos modelos si bien presentan fallas gravísimas, permiten hasta cierto grado que se alcancen estos fines, sin embargo, ¿a qué precio se están cumpliendo estos fines?

La celeridad, economía, moralidad, responsabilidad, igualdad, buena fe, transparencia, eficacia, eficiencia, publicidad y participación son los principios fundantes de la licitación pública y de las asociaciones público privadas. Su vulneración si bien en varios casos se debe a trámites dilatorios y burocráticos o a fallas en el servicio, hace falta también destacar que estos son una minoría frente a la vulneración de los mismos por parte de funcionarios públicos. Los modelos y sus bondades no pueden calificarse solamente bajo la óptica de que debido a la corrupción estos modelos resultan poco idóneos para los procedimientos que se les asignan. La corrupción es un factor exógeno que influye no solo en estos modelos de contratación sino que lo hace en todos los modelos, esferas, conductas y demás actividades que el ser humano desarrolla. Es necesario hacer especial énfasis en que los modelos de licitación pública y asociación público privada no se pueden descartar como idóneos tomando como fundamento para esta decisión la gran corrupción que agobia los modelos y al país.

En este orden de ideas se concluye que los modelos de licitación pública y asociaciones público privadas presentan virtudes que favorecen la competencia, la vinculación del sector privado con el público, combatir el monopolio estatal, unir el beneficio social con el lucro de los particulares, en fin. Los modelos traen beneficios que ayudarían al desarrollo del país de no ser por prácticas como la corrupción y ciertas fallas propias de cada modelo, fallas que de por si se pueden corregir puesto que lo único que permiten es que se den las prácticas corruptas. No obstante, es cierto también que así como se evita el monopolio estatal se ha evidenciado un monopolio privado por parte de ciertos contratistas, que así como se une el beneficio social con el lucro de los particulares se

presenta el incumplimiento de los objetos contractuales, sobrecostos y demás prácticas que evitan que al final se le pueda dar una calificación favorable a dichos modelos.

Basados en las fortalezas y debilidades presentados por los modelos anteriores, traemos como propuesta un tercer modelo sobre el desarrollo de infraestructura pública en Colombia, en el cual tomando en cuenta todas las debilidades de las licitaciones públicas y las asociaciones público privadas las convertiremos en fortalezas, mejorando de esta manera el cumplimiento de los fines legales y constitucionales. Antes de empezar a explicar el modelo como tal debemos tener como premisa mayor que todo el proceso desde la adquisición de la materia prima hasta su finalización será realizado por parte del gobierno, disminuyendo de esta manera los gastos por el diseño y construcción de cada obra ya que en el presente modelo no se presentan sobrecostos, posibilidad de corrupción o ganancias, trayendo consigo una nueva época donde con menos recursos será posible realizar verdaderas obras que se basen en las necesidades de la nación, pero veamos porque esta propuesta de nuevo modelo si cumpliría con los fines constitucionales y legales que conlleva todo el marco jurídico para el desarrollo de infraestructura pública en Colombia.

La desconfianza generalizada a nivel nacional por la corrupción y la desinformación en las actuaciones al momento de la contratación para el desarrollo de infraestructura pública, son claras violaciones al principio de transparencia ya como fue explicado en capítulos anteriores; por tal motivo, y basados en la presente falencia de los dos modelos transformamos esta debilidad en una fortaleza. En el nuevo modelo bajo la misma acción se podrán dar por superados dos puntos críticos en el cumplimiento de los fines y principios constitucionales y legales los cuales son la transparencia y la publicidad y realmente de una forma muy sencilla. Los problemas tradicionales en este sentido como lo son la filtración

de información privilegiada, la competencia desleal, los fraudes por parte de los proponentes al ponerse de acuerdo al momento de presentar las propuestas y principalmente la imposibilidad de la comunidad en general para poder observar, fiscalizar y analizar los procesos de adjudicación y respectivos gastos del dinero salido del erario público serán cosa del pasado, en el nuevo modelo como toda la producción de materia prima hasta el desarrollo de la obra como tal son parte y cargo de personal del gobierno se evitarán las competencias desleales o cualquier fraude por parte de los proponentes, esto será posible mediante un control de publicidad total y abierta de manera electrónica de cada movimiento de cada proyecto de la mega empresa del Estado, indicando cada compra externa, cantidad de personal y gastos, así toda la población en general puede actuar como observador de la obra realizada por esta empresa del Estado. Adicionalmente la propuesta de proyecto presenta unos incentivos pecuniarios para cualquier persona natural o jurídica que detecte cualquier tipo de irregularidad en el funcionamiento de la entidad, potencializando de esta manera el proceso de transparencia propuesto en el presente modelo y de esta forma recuperar la confianza en los procesos de desarrollo de infraestructura pública en Colombia, mejorar el nivel de calidad de la misma por los bajos costos y el motivo principal cumplir con los fines y principios establecidos en la constitución y la ley.

El factor calidad versus costos ha sido un dolor de cabeza para la infraestructura Colombiana en los últimos tiempos puesto que aunque los costos han sido demasiado elevados la calidad se ve grandemente afectada por falta de un control real y compromiso de los empresarios contratistas con el desarrollo de nación, trayendo consigo obras de baja calidad, no durables o sencillamente inconclusas. Como bien lo indica el principio de eficacia el fin no se trata sencillamente de concluir las metas sino de hacerlo calidad motivo

el cual ya quedo demostrado en la presente tesis que este principio no se cumple a cabalidad en los dos modelos, para esto el nuevo modelo tiene la solución, al disminuir los costos en la obra ya que no van a existir ganancias, los productos que se podrían usar serian de una calidad más alta, maximizando los recursos disponibles para las obras, adicionalmente al tener el nuevo modelo oficinas de control de calidad y a su vez estas vigiladas por las autoridades de control de nación y la ciudadanía en general gracias a la publicidad responsable sobre las actuaciones que esta desempeñaría para los proyectos no existe rango de error en el momento de controlar su proceder, acabando con la baja calidad en las infraestructuras requeridas para el progreso de la nación, y finalmente cumpliendo el objetivo principal que es el cumplimiento del principio de eficacia.

Otro punto que rodea la infraestructura pública en Colombia son los tiempos exagerados en la culminación de las obras por parte de los contratistas que aunque inicialmente y a simple viste solo afecta a este, la realidad es que afecta el erario público puesto que aparecen los sobrecostos en las obras que deben ser cubiertos por el gobierno nacional. Cabe señalar grandes casos de este tipo como los sucedidos en las obras de la calle 26 en Bogotá, la ruta del sol o la más reciente muestra de ineficiencia de los modelos actuales REFICAR. Como será explicado más adelante en el funcionamiento como tal de la mega empresa del Estado la selección del personal se realizara mediante concursos, sin que exista posibilidad alguna de corrupción, trayendo como consecuencia el cumplimiento del principio de eficiencia toda vez que al tener un personal altamente calificado la optimización en el uso de los recursos materiales, humanos y en el tiempo se verán ampliamente beneficiados, ya que serán profesionales sin un interés particular por dilatar procesos en el desarrollo de las obras, mejorando de esta manera la toma de decisiones con

el fin de lograr los objetivos planteados puesto que solo verán por el interés general y el cumplimiento de la obra y no sencillamente por aumentar sus riquezas personales como acontece en la actualidad. La correcta planeación de las obras por parte de estas personas será fundamental para evitar sobrecostos aunque cabe anotar que dado el caso estos llegaran a ocurrir seguirán siendo sobrecostos muy por debajo de los que se presentan en la actualidad puestos que solo se utilizaran los recursos para la culminación de estos y el principio de eficiencia finalmente podremos darlo por satisfecho.

Aunque las necesidades para el desarrollo de ciertas obras de infraestructura pública en Colombia son claramente evidentes, como lo son la construcción de acueductos y hospitales en gran parte del territorio nacional, estas en la mayoría de los casos ni siquiera son observadas toda vez que no existe un departamento gubernamental que vele por las necesidades reales de la población y como sucede en la mayoría de los casos cuando se logra ver la necesidad la tramitología requerida por los dos modelos para la aprobación y adjudicación de las obras son abismales, dando demoras a la solución de los problemas de infraestructura y por lo tanto generando más insatisfacción en las necesidades públicas, todo esto ocasiona que el principio de economía y celeridad sea vulnerado puesto que aumentan los costos, desgasta la administración y extiende los tiempos en el desarrollo de nación. Para este problema en particular la mega empresa, el nuevo modelo trae consigo la solución respectiva con la creación de la oficina de necesidades públicas ya que esta será la encargada de verificar las necesidades de las regiones sin que existe un gran trámite para la selección de proyectos. Como gran ventaja para la población esta nueva oficina recibiría directamente las propuestas de la comunidad, sin que se requiera que ningún funcionario competente expresa su intención de que se realice la respectiva obra. Dentro de las

funciones de esta oficina se encuentra la selección de los proyectos a realizar tomando como principales aquellos que sean de necesidades primarias para la población como lo son hospitales, acueductos, centros de seguridad (policía, ejército y bomberos) lo que generara una mayor eficiencia en los recursos implementados, trayendo consigo un costo muy bajo para la creación de nuevas necesidades y principalmente la rapidez al no existir un gran tramite en la selección de proyecto, por lo tanto el principio de economía y celeridad se verá cumplido a cabalidad pues como se mencionó anteriormente se podrá observar todas las necesidades que posee la nación directamente de la mano de sus propios afectados “los ciudadanos colombianos.” Fuera de la oficina de necesidades publicas la adquisición de materias primas para el desarrollo de la obra no será un inconveniente en demoras con respecto al tiempo, pues la mega empresa es quien directamente crea los recursos así de esta manera se ahorrara un gran tiempo en los concursos para la compra de cualquier tipo de material y en dado caso que sea de adquisición externa la publicidad mencionada anteriormente será la encargada de controlar que dicha adquisición se haga en la forma correcta y a un precio real de mercado y no de contratistas de la actualidad.

En Colombia existen dos tipos de desarrollo de infraestructuras públicas problemáticas entre la relación obra y población, las cuales son en primer lugar las obras que se realizan sin que exista una necesidad general real sino particular y las que afectan gravemente a la población que irradia esta obra sin que nadie vele por sus derechos hasta que el daño ya está hecho y todo esto es a causa de la violación del principio de participación. Cabe anotar que aunque los dos modelos en cierta forma tratan de hacer cumplir este principio no lo logran puesto que la participación es limitada desde los proyectos a realizar hasta los impactos que estos tendrán. La ley indica que las personas

tienen derechos a pronunciarse sobre estos proyectos y aunque en algunos casos lo hacen estos no son escuchados ni en sus reclamaciones ni en sus ideas de progreso trayendo consigo inconformidades en la población. Este principio en el nuevo modelo propuesto es uno de los más importantes puesto que la participación de la ciudadanía con sus respectivas recompensas es necesario para que todo el sistema funcione, la posibilidad que tiene tanto el ciudadano del común como grandes interventores de verificar las actuaciones realizadas por la mega empresa es una garantía de participación puesto que se pueden inmiscuirse en asuntos de la entidad más allá de la simple noticia del proyecto sin que esto ponga trabas en el desarrollo de los mismos, más si sean observadas cada una de las anotaciones dadas. Adicionalmente la facultad que tendría cada persona tanto natural como jurídica para proponer necesidades y por lo tanto proyectos es algo sin un precedente a ese nivel y esto llevaría a la posibilidad real de que hasta el último rincón del país fuera tenido en cuenta para el desarrollo y no solo las regiones fuertes económicamente, teniendo un verdadero Estado social de derecho sin llegar a ser un Estado paternalista irreal.

La cantidad de requisitos que se deben tener actualmente en Colombia para poder aplicar en la posibilidad de construir estas grandes obras de infraestructura pública son impresionaste, motivo por el cual muy pocas empresas “tradicionales” son las únicas que a pesar de sus errores del pasado pueden concursar para estos contratos, generando un monopolio disfrazado y haciendo cada día más fuerte el círculo vicioso de incumplimientos y sobrecostos. En algunos casos la corrupción, los sobornos y la experiencia en licitaciones públicas hacen que grandes compañías tanto nuevas nacionales como internacionales con trayectoria, no logren adjudicarse estos contratos puesto que la experiencia genera que se manipule el sistema para lograr ganar, un ejemplo claro de esto fue la propuesta del

gobierno japonés en la construcción del metro de Bogotá a cambio de veinte años de concesión para su manejo, la cual fue negada toda vez que primero estaban los tramites y en segundo plano no habría dinero para nadie que rodeara este círculo, en cambio la opción más sonada ahora es un endeudamiento por más de treinta años, a simple lógica y sin ser un gran analista de resultados la propuesta mejor opcionada es clara y evidente pero por motivos aun incomprendidos en el presente trabajo fue negada. Con todo lo anterior logramos demostrar a través de la presente tesis que el principio de igualdad es vulnerado ya que no existen oportunidades para nuevas y posiblemente mejores empresas. El nuevo modelo “la mega empresa del Estado” acabaría por completo con esta vulneración puesto que los intervinientes en todo el proceso de desarrollo de infraestructura pasaría de ser grandes compañías a personas elegidas mediante concurso de méritos que trabajarían para la mega empresa quien sería la encargada de las obras públicas, dando así cumplimiento al principio de igualdad, ya que si este se cumple realmente estaríamos hablando de una selección objetiva y no subjetiva como acontece en la actualidad.

Cuando los contratos no se cumplen aparece la responsabilidad y por lo tanto los análisis subjetivos de la moralidad y la buena fe del contratista. Como ha sucedido en los últimos tiempos en Colombia los contratos incumplidos gracias a la avaricia de ciertos contratistas han ido hasta los estrados judiciales aumentando la congestión judicial donde han sido condenados a penas de casa por cárcel y a devolver a la nación una cifra irrisoria en comparación con la apropiada, lo cual genera un detrimento patrimonial en miles de millones de pesos, y aun así no se condenan todos ni se sigue dejando de realizar la práctica. La buena fe y la moralidad privada es algo que sencillamente dejo de existir en Colombia hace décadas atrás como quedo evidenciado en capítulos anteriores, motivo por

el cual el desgaste administrativo que toca realizar para comprobar esta buena fe particular es incalculable e insostenible para el Estado Colombiano, por lo que en el nuevo modelo se soluciona toda esta gran problemática anterior. Al no existir margen de error en la selección del personal, ni dinero de ganancias rondando por el mercado estas malas conductas se acabarían puesto que actuarían como simples empleados sin tener escapatoria de posibles malversación de recursos, a su vez este nuevo concepto es sustentado como lo indicamos anteriormente por el pilar principal de esta propuesta el principio de publicidad, de la anterior manera será una realidad que los principios de buena fe, moralidad y responsabilidad sean inviolables sin el más mínimo esfuerzo toda vez que no existe el cómo hacerlo, entrando a una nueva etapa de la nación totalmente blindada contra la corrupción.

Después de superada la etapa de argumentación del porque este es un modelo que realmente cumple con los fines propuestos por la constitución y la ley, superando las falencias identificadas, procedemos a estructurar un nuevo modelo donde se disminuya considerablemente la cantidad excesiva de trámites y donde exista un control mayor sobre los funcionarios y los contratistas.

ESTRUCTURA NUEVO MODELO:



JUNTA DIRECTIVA: Es la encargada de controlar todo el funcionamiento de la entidad, verificar que el gerente realice un control eficaz y eficiente sobre cada subgerente y sus departamentos. Estará compuesta por siete miembros que serán elegidos de la siguiente manera. El primero será elegido por la sociedad colombiana de ingenieros, el segundo será elegido por la sociedad colombiana de arquitectos, el tercero será elegido por el comité de transparencia por Colombia, el cuarto será designado por el presidente de la república, el quinto será elegido por la cámara de representantes, el sexto será elegido por el senado de la república, y el séptimo será elegido por el defensor del pueblo. Estos tendrán una duración de dos años sin derecho a ser reelegidos. La intención de que cada organismo elija autónomamente su integrante de la junta directiva es evitar el clientelismo político para de esta manera disminuir el riesgo de corrupción en el órgano de control principal de la entidad.

GERENTE: Contrato a término fijo de cuatro años, elegido mediante concurso de mérito realizado por la comisión nacional de servicio civil, este puede concursar cada cuatrienio. Su función principal es dirigir la compañía y realizar control directo sobre las actuaciones de sus subordinados.

SUBGERENTE: Coordinar la labor y correcta operación de cada departamento.

DEPARTAMENTO CONTABLE Y ADMINISTRATIVO: Es el encargado de la contratación de personal, pagos de remuneración salarial, establecer reglamento interno, llevar al corriente las finanzas de la entidad, realizar un control primario sobre la destinación y ejecución de los recursos, brindar asesoría especializada a la entidad en los diferentes proyectos que esta ejecute y eventualidades que puedan generarse en contra de la

misma. Estos funcionarios serán elegidos por concurso de méritos realizado por la agencia nacional de empleo.

CONTABILIDAD: Es la encargada de contabilizar activos, pasivos, flujo de caja, pago de nómina, adjudicar los recursos solicitados por los diferentes departamentos, verificar la ejecución de los presupuestos otorgados a los diferente departamentos. Asesoría en materia contable y presupuestal.

RECURSOS HUMANOS: Recibir el personal enviado por la agencia nacional de empleo, realizar los respectivos contratos laborales en la modalidad de obra o labor, asignar cada empleados a una destinada labor según los requerimientos de los diferentes departamentos.

DEPARTAMENTO DE CONTROL INTERNO: Es el encargado de controlar el correcto funcionamiento y cumplimiento de los diferentes proyectos que la entidad desea ejecutar, para esto verificara los niveles de calidad exigidos por la ley en el uso de los recursos, personal, tiempo de ejecución, controles disciplinarios, interventoría de los proyectos, asignación de supervisores sobre las obras, investigación y sanción de las faltas en que puedan incurrir los trabajadores.

CONTROL DE CALIDAD: Verificar que en el desarrollo de la ejecución de la obra se cumplan con los estándares de calidad implementados para cada proyecto y otorgados por la ley, para esto se observaran que los materiales y recursos utilizados sean los idóneos con el fin de cumplir cada objetivo a cabalidad. Realizar la contratación de interventores y la asignación de supervisores de cada proyecto en ejecución, recibir informes de los anteriores y analizar el cumplimiento en las metas de calidad.

CONTROL DE CUMPLIMIENTO: Realizar un control sobre las finanzas ejecutadas en la entidad, la correcta celebración de cada contrato realizado por la misma y el cumplimiento de los objetos contractuales, a su vez intervendrá la oficina de necesidades públicas con el fin de velar por el cumplimiento de todos los principios que rigen la contratación estatal en especial el interés general y la transparencia mediante la publicación abierta en medio idóneo de cada movimiento financiero, contrato y avance en las diferentes obras publicas celebradas por la entidad.

DEPARTAMENTO DE DESARROLLO DE PROYECTOS: Este departamento es el encargo de recibir, analizar y priorizar cada solicitud particular para la planeación y ejecución de proyectos teniendo como principio rector el interés general, la eficacia y la eficiencia en pro del aumento de competitividad de la nación. Asignar a la oficina que corresponda cada proyecto seleccionado para su posterior planeación. Solicitar al departamento contable y administrativo, y al departamento de insumos los recursos necesarios para la planeación y ejecución del proyecto.

NECESIDADES PUBLICAS: Buscar las necesidades de cada región con el fin de plantear proyectos para su posterior ejecución, recibir las solicitudes por parte de particular y entidades gubernamentales para ejecución de obras. Realizar los estudios previos y análisis de impacto socio económico sobre la población afectada con la obra, para de esta manera ponderar y posteriormente priorizar el de más urgencia y mayor impacto en la elección del proyecto a realizar.

INFRAESTRUCTURA PRODUCTIVA: Es la oficina encargada de la formulación y ejecución de todas las obras de infraestructura pública que sean de desarrollo y aumento

de competitividad para la nación tales como carreteras, puertos, puentes, embalses, aeropuertos entre otros.

INFRAESTRUCTURA SOCIAL: Es la oficina encargada de la formulación y ejecución de todas las obras de infraestructura pública que tengan como finalidad la satisfacción de necesidades publicas primarias tales como hospitales, edificios gubernamentales, estaciones de policía, batallones, instituciones educativas, acueductos entre otros.

DEPARTAMENTO DE INSUMOS: Es el departamento encargado de dirigir todo lo relacionado con la adquisición de los recursos materiales necesarios para la ejecución de los proyectos y el correcto funcionamiento de toda la entidad.

OFICINA DE PRODUCCION: Es la encargada de controlar y dirigir la extracción y procesamiento de las materias primas necesarias para el cumplimiento de las metas. En esta oficina se debe hacer la salvedad que son recursos extraídos propiedad del Estado para uso exclusivo del Estado.

OFICINA DE COMPRAS: Todo recurso como maquinaria especializada u otro bien que sea necesaria y el Estado no posea ni pueda producir será adquirido por esta oficina bajo la modalidad de selección abreviada o contratación directa según se vea la necesidad del caso.

Basados en las funciones anteriormente mencionadas y con fines explicativos daremos un ejemplo hipotético sobre el funcionamiento de esta gran empresa a manos del Estado aunque debemos realizar unas aclaraciones primero. En primer lugar los órganos de control tradicionales como lo son la procuraduría y la contraloría tendrán una mayor

eficiencia en fiscalizar las actuaciones de esta, ya que es solo una entidad y ya no tendrán que fiscalizar los alrededor de 5000 contratistas por obra pública que existen en la actualidad.

El municipio de Santacruz del departamento de Nariño en cabeza del alcalde (aunque cualquier ciudadano puede hacer la solicitud directamente a la entidad constructora) envía una solicitud a la entidad constructora para que sea construido un hospital dentro del casco urbano, argumentando que el más cercano está en la ciudad de pasto a 330 kilómetros aproximadamente y la salud pública se va duramente lesionada por imposibilidad de movilidad hasta dicha ciudad. Esta petición es recibida por el departamento de desarrollo de proyectos – oficina de necesidades públicas donde es estudiado basada en el interés general para darle un nivel de prioridad y un visto bueno para su desarrollo.

Una vez aprobada la solicitud, el proyecto se envía a la oficina de infraestructura social (toda vez que se trata de un hospital y no de una infraestructura productiva) para que esta realice la planeación y diseño de la obra y posteriormente se empiece a construir lo más pronto posible. La oficina de infraestructura social después de realizar el diseño de la obra solicita al departamento de insumos – oficina de producción (si la entidad cuenta con la producción propia del recurso) o a la oficina de compras (si es necesario adquirir el recurso por fuera de la capacidad de producción del Estado) los recursos materiales necesarios para la construcción de la obra. A su vez solicita al departamento contable y administrativo – recursos humanos la cantidad de personal necesario para la realización de la obra. Una vez iniciado el diseño del proyecto hasta su culminación de obra funcional la oficina de control de calidad es la encargada de supervisar que todo el proceso se esté

realizando con los estándares de calidad necesarios. La oficina de control de cumplimiento es la encargada de verificar que la petición realizada por la ciudadanía sea analizada de manera objetiva y velando por el cumplimiento de los fines del Estado, a su vez esta se encarga de verificar las acciones que realice todo el departamento de insumos y contabilidad en el departamento administrativo.

Así de esta manera sería el proceso de construcción de infraestructura necesaria sin caer en los errores tradicionales identificados en ambos modelos.

Observamos a lo largo de la tesis que Colombia es un país donde la contratación pública ha sido debidamente reglamentada sin que esto signifique que los fines y principios plasmados en la carta y en la ley se cumplan. Las fallas de los modelos actuales se pueden ubicar en ciertos puntos concretos sobre los cuales los diferentes participantes aprovechan las falencias del sistema para sacar mayor provecho sobre las arcas del Estado, como lo indicaremos a continuación.

Encontramos que la razón principal por la que el sector privado quiere participar en procesos de contratación pública es el interés económico que estos buscan, llámese utilidad o lucro. Esto no es necesariamente algo negativo, pues los modelos se prestan para que el privado participe a cambio de una suma de dinero por la ejecución de las obras de infraestructura pública, sin embargo, este interés no solo busca ganancia en la ejecución del contrato sin que por medio de la mala ejecución del proyecto y de las falencias encontradas en la tesis es donde encuentran ellos un mayor beneficio, ocasionando desfalco, sobrecostos, adiciones al contrato, acciones realizadas voluntariamente por los contratistas y que a largo plazo son gastos que debe asumir el Estado, afectando el interés general. En razón a esto es que nuestro modelo presentado no trae consigo ningún tipo de ganancia o

lucro para ningún participe en la formulación y ejecución de proyectos de infraestructura pública, por el contrario, solo trae gastos en la ejecución de la obra.

La presencia de vacíos legales y excesividad en los tramites que presentan ambos modelos, generan vulneración en principios como la eficacia, celeridad y economía lo cual se manifiesta en demoras innecesarias y ni ejecución de proyectos. En adición a lo anterior, las entidades estatales al momento de publicar su interés en el desarrollo del proyecto exige unos requisitos excesivos los cuales solo los pueden cumplir ciertos contratistas que detentan una posición dominante frente a las pymes. De igual manera, los proyectos que se desarrollan mediante el modelo APP solo pueden ser ejecutados por aquellos contratistas que estén en capacidad de ofrecer al sector público obras de gran magnitud, generando así un monopolio de contratistas y mayor desigualdad entre los proponentes

Demostramos así que la licitación pública y la asociación público privada si bien son modelos que aparentemente permiten el funcionamiento correcto de la administración en cuanto al cumplimiento de sus fines, es cierto también que presentan en sus trámites y procedimientos gran cantidad de irregularidades y prácticas contrarias a la ley. Es en virtud de lo anterior que podemos calificar los modelos mencionados anteriormente como no idóneos para la consecución de los fines constitucionales y legales de la contratación pública y la función pública. Por otro lado, hemos propuesto un tercer modelo que toma cada una de las irregularidades y les otorga no solo una solución sino que también por medio de su nueva estructura y organigrama permite que estas prácticas no se repitan y es de esta manera como buscamos se respeten los principios que direccionan el actuar de los funcionarios administrativos, contratistas, interventores, supervisores y demás sujetos que participan en toda proyecto de formulación y ejecución de obras de infraestructura pública

y así finalmente conseguir cumplir a cabalidad los fines establecidos por la constituyente y el legislador.

REFERENCIAS

- Guía de referencia para APPs del Banco Mundial y PPIAF.
- Asociaciones Publico Privadas, Banco Interamericano de Desarrollo.

The guide to guidance: how to prepare, procuree and deliver PPP projects, European PPP expertise center, 2011.
- Public-private partnership hand-book. Banco Asiático de Desarrollo, 2008.
- Reflexiones académicas en derecho disciplinario y contratación estatal, procuraduría general de nación, Diana Bernal.
- ÁLVAREZ MUNERA JOSÉ ROBERTO Contradicciones entre el modelo de desarrollo neoliberal vigente en Colombia y la constitución política benefactora de 1991.
- AGUSTÍN GORDILLO. (1999). licitación pública. En la defensa del usuario y del administrado (475 - 531). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké Fundamentos de contratación pública para proyectos sociales de alimentación y nutrición, John Jairo bejarano roncancio.
- MORALES CARLOS JAVIER, Tesis de grado “sanciones pecuniarias en la contratación estatal”, universidad del rosario.
- MIRIAM MABEL IVANEGA. (Numero 66 de 2011). el procedimiento de la licitación pública. DERECHO PCUP, x, 257 - 276.
- OSPINA SEPÚLVEDA, ROOSEVELT JAIR– tesis de maestría - principio de la buena fe y responsabilidad de la administración pública.

- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo: Introducción a los conceptos de la administración pública y derecho administrativo*. Ed. Dvinni, Vol. 1., Bogotá, 1996

- SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE La licitación pública, editorial b de f, buenos aires-argentina, 2005.