

EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA, UNA LUCHA CONTRA MÚLTIPLES FACTORES

Incidencia de la legislación en la infraestructura

*Juan Ángel Palacio Hincapié**

RESUMEN

El desarrollo de la infraestructura mide el crecimiento económico de un país. La infraestructura es el elemento que permite el desarrollo socioeconómico de los habitantes, debe ser la prioridad en todas las decisiones gubernamentales, pero su parálisis, retraso o avance encuentra su causa en la existencia de diferentes factores, dentro de los cuales son de notoria incidencia: i) la política, ii) la deficiente gestión pública y III) la legislación.

Aquí queremos hacer una presentación de estos factores para hacer resaltar cómo entre ellos, el factor legislativo tiene una honda incidencia en el avance o en el retraso del desarrollo de la infraestructura del país.

Palabras claves

Infraestructura, gestión deficiente, legislación, regulación contractual, licitación, interventora, responsabilidad de los funcionarios, desarrollo económico.

ABSTRACT

The infrastructure development measures a country's economic growth. Infrastructure is the element that allows the socioeconomic development of the inhabitants, should be the priority in all government decisions, but his paralysis, delay or advance their cause is the existence of different factors, among which are noticeable impact: i) policy, ii) poor governance and III) legislation. Here we want to make a presentation to highlight how these factors including the legislative factor has a profound impact on the advance or delay the development of infrastructure.

Key words

Infrastructure, poor management, legislation, regulation, contract, bid, interventionist, accountability of officials, economic development.

Profesor universitario y tratadista de derecho administrativo.

SUMARIO

I. Introducción, II. Dificultades para el desarrollo de la infraestructura, A. los aspectos políticos, B. La gestión pública, C. La legislación. III. Conclusiones.

I. Introducción

El Estado debe, dentro del ordenamiento jurídico, establecer el conjunto de normas que garanticen la libertad de la iniciativa privada para que los particulares, en busca de su propio interés, concurren en la actividad productiva del país con sus ideas y proyectos, y contribuyan al desarrollo del mismo.

La infraestructura es el punto que debe mirarse para determinar el nivel de desarrollo del país. Ella es el indicativo del modo como el Estado está generando las condiciones que permitan a la sociedad y a los individuos obtener un determinado nivel económico, un índice de crecimiento adecuado, comparado dentro del contexto regional y mundial.

La infraestructura es el marco material de desarrollo social, sobre el cual se posibilita el desarrollo de la actividad económica y social del país¹. Se mide generalmente por la existencia de obras físicas, como las autopistas y vías que facilitan la movilidad en el territorio, la comunicación entre las distintas ciudades y regiones; por tanto, depende de la existencia de carreteras, ferrocarriles, represas, puentes, escuelas, universidades, viviendas, hospitales, parques, puertos y aeropuertos, ciclorrutas, trasmilenios, etc.

De ahí que el diccionario de la real academia de la lengua la defina como “Conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera. Infraestructura aérea, social, económica”.

El Estado tiene que facilitar el desarrollo de la infraestructura, con normas adecuadas que faciliten la participación de todos aquellos que están en capacidad de ejecutar obras públicas, estimulando la iniciativa privada y la utilización de la concesión, generando, igualmente, condiciones de imparcialidad en la contratación estatal para que accedan a la ejecución de las obras los más técnicos, los más

¹ El plan de desarrollo para Colombia, denominado infraestructura para la prosperidad, está contenido en la Ley 1450 de 2011.

capaces y que ofrezcan las mejores ventajas económicas para la entidad.

La Constitución Política de 1991 establece como uno de los fines esenciales del Estado “promover la prosperidad general...”² de manera que se pueda asegurar a todos los ciudadanos el derecho a una vida digna, que permita el crecimiento personal y social. Una forma como el Estado puede incrementar el bienestar social es creando espacios públicos que cumplan con unas adecuadas condiciones tecnológicas y estructurales, que generen la posibilidad de desarrollar a plena satisfacción otros derechos.

La necesidad del crecimiento económico debe impulsar las decisiones sobre infraestructura.

Antes se consideraba que la infraestructura era exclusivamente una responsabilidad del Estado, sin que pudiera la iniciativa privada hacer parte del desarrollo de obras tan importantes como las represas, las autopistas, los ferrocarriles, y sólo el Estado era el único ejecutor de dichas obras, lo cual conducía a la existencia de empresas oficiales poco viables y deficientes en la atención de determinados frentes de servicio; pero esta Concepción cambia en el Estado moderno y lo que interesa es determinar la forma como se asumirá la financiación de una obra o servicio, en cuya ideación puede participar la iniciativa privada y, por ende, el capital privado. Se abre la participación de los particulares en obras no solo en su construcción sino también en su manejo y explotación, individualmente, o acudiendo a la figura del riesgo compartido o joint venture.

² Constitución Política de 1991, artículo 2: Son fines esenciales del Estado: 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; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

¹ Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

II. Dificultades para el desarrollo de la infraestructura

Dentro de un país existen diferentes dificultades que impiden el avance evolutivo de su infraestructura, lo cual a su vez retrasa la economía y paraliza o disminuye el PIB. En esos factores podemos considerar los siguientes:

- a. Los aspectos políticos
- b. La gestión pública
- c. La legislación

A. Los aspectos políticos

La dinámica de la política que enfrenta las distintas corrientes del pensamiento de las fuerzas sociales en un país, entre partidarios y opositores, derechas e izquierdas, son motores que impulsan o retrasan las obras de infraestructura.

En el aspecto político hay que decir que la infraestructura sufre mengua normalmente porque los proyectos políticos de quienes tienen la dirigencia en el país, no generan las condiciones apropiadas para que exista una buena administración. Los partidos políticos y sus candidatos presentan estas variaciones en el manejo de la administración pública: i) no tienen un programa claro de desarrollo de infraestructura, ii) su programa no es congruente con las necesidades del sector, de la región o la ciudad iii) su programa está lleno de grandes obras de infraestructura irrealizables³.

Lo ideal es que cada programa de gobierno prometido parta de las deficiencias existentes, pero que avance en la previsión hacia el futuro de las metas que debe cumplir el país, para que se den las condiciones que permitan, por ejemplo, la implementación del tratado de libre comercio con un país. El reciente programa conocido como 2500 sobre la red vial de Colombia, no pudo hacerse realidad, por diferentes causas, todas concurrentes, como los problemas del conflicto interno del país, las trabas administrativas y la deficiente implementación de los procedimientos legales adecuados.

³ Declaraciones del doctor Enrique Peñalosa, candidato a la alcaldía de Bogotá periodo 2012-2016: “Ratificamos nuestro compromiso con el proyecto de un Metro para Bogotá, para desarrollarlo conjuntamente con el Gobierno Nacional. Garantizaremos que éste sea un Metro Social, que atienda sectores de todos los estratos y que sea un gran integrador” Revista Septiembre octubre de 2011 de la CCI, pág. 13.

La finalidad era un gran paso en la infraestructura nacional, como lo afirmaba el Ministerio de Transporte: “El Programa de Infraestructura Vial para el Desarrollo Regional, Plan 2500, tiene como objeto la pavimentación, reconstrucción y/o repavimentación de 3,160 km de carreteras del orden primario, secundario y terciario, distribuidas en 31 departamentos del territorio nacional, incluido el Archipiélago de San Andrés y Providencia, cuya finalidad principal es la de propender por la accesibilidad y conectividad de algunas de las regiones más apartadas del país”⁴. Pero no pudo ejecutarse.

Desgraciadamente, no basta la intención de hacer cosas buenas, deben darse las condiciones sociales y políticas que saquen adelante un proyecto.

En esos planes influye el comportamiento que los gobernantes de turno impriman a sus funcionarios para el desempeño de sus actividades, eliminando, si puede decirse, la corrupción, que actúen con transparencia, que se respete el plan de desarrollo de la ciudad o el país. El desarrollo del país tiene que partir necesariamente de una adecuada planeación⁵, del estudio de las conveniencias para la región o la ciudad, de los diseños adecuados, de la utilización de la tecnología que permita ejecutar con idoneidad cada proyecto.

En el aspecto político negativo que incide en el desarrollo de la infraestructura, necesariamente hay que ubicar la existencia de la guerrilla, grupos de izquierda con connotación terrorista evidente que, basados en ideologías socialistas, aprovechan su constitución para impedir el desarrollo de la infraestructura del país, para frenar su desarrollo y destruir parte de ella, generando el caos y desconcierto social. El año 2003 fue un periodo especialmente dañino por la actividad destructora de la guerrilla en puentes⁶, líneas de transmisión eléctrica, carreteras. Tan solo, en este mes de enero de 2012, el sur

⁴ http://www.invias.gov.co/invias/hermesoft/portallG/home_1/recursos/seguimiento_inversion/plan2500/documentos/07042008/plan_2500.jsp

⁵ Wilson Herrera Llanos. La rama legislativa del poder público en Colombia. REVISTA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE. 2003. rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/.../2907/1990.

⁶ En una noticia publicada en la página Web de Bisnes News América el 12 de marzo de 2003, se lee que en Colombia “fuerzas rebeldes armadas han destruido 78 puentes en Colombia durante los últimos siete meses, lo que ha significado un costo de \$18.000 mn de pesos... Invias teme que esta tendencia continúe, ya que el ejército de Colombia no puede proteger los 2.200 puentes del país...” (ver: www.bamericas.com/news/infraestructura/guerrilla_destruye)

del país quedó incomunicado por vía aérea, debido al ataque al radar del cerro Santa Ana por parte de las FARC, con los perjuicios que generan, así sea momentáneamente, a la economía y a las condiciones normales de existencia de la población⁷, daño cuya reparación puede demorarse varios meses.

En fin, las condiciones políticas de un país, la inexistencia de partidos políticos fuertes o consolidados, la dispersión del pensamiento político y la presencia de grupos terroristas, mal denominados de izquierda, son factores que influyen decididamente en el avance o el retroceso de la infraestructura.

Sobre el tema de la incidencia negativa dice el profesor Rojas Franco⁸, “en Costa Rica la experiencia en materia de concesiones ha sido muy difícil. Razón por la cual nuestro sistema de concesiones no se ha logrado desarrollar debido a deficiencias institucionales, políticas y legales. ...Claro está que no bastan buenas normas si no existe la voluntad política, proba, *técnica y decisiva para lograr el desarrollo...*”

B. La gestión pública

Una gestión pública eficiente es la impulsora del desarrollo estructural de un país y de su resultado depende la existencia de unos servicios idóneos y adecuados a la comunidad. Es imposible una infraestructura adecuada con una gestión pública desorientada, que no respete los principios de la actuación administrativa, los cuales van encaminados a que se obtenga el mayor beneficio frente al costo que se asume.

Sin embargo, aunque el desarrollo de la infraestructura tiene relación directa con el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de un país, en Colombia el desarrollo de la infraestructura, que, se repite, es el marco donde se generan las condiciones adecuadas de la existencia digna de sus habitantes, se ha visto reducida por la falta

⁷ Para ampliar la información ver <http://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTASIE-80K02U20120121> “Ataque de las FARC a radar retrasa vuelos en el sur de Colombia”...” El radar averiado por el ataque de las FARC -consideradas como una organización terrorista por Estados Unidos y la Unión Europea- cubre unos 300 kilómetros y además de controlar los vuelos comerciales, sirve de apoyo a las Fuerzas Militares para combatir el tráfico de drogas en el espacio aéreo del suroeste del país”.

⁸ Rojas Franco, Enrique. Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Ed. Difusión jurídica, Madrid, 2008, pág. 391.

de una gestión pública adecuada, basada en el interés general que debe preceder toda actuación de sus funcionarios. Generalmente no se dispone del personal técnico adecuado, hay insuficiencia de previsión en los planes, los diseños de obras son deficientes y deben ser enderezados sobre la marcha de las obras con un indicativo margen de imprevisión, caldo propicio para la injerencia de las contralorías que, aunque su actividad de control es posterior y selectiva⁹, en la práctica se convierte en una actuación simultánea con el desarrollo de los contratos, lo que conduce a su perturbación¹⁰. Todas las diferentes etapas de la contratación de una obra o servicio van inoculadas con el bicho de la desidia y la improvisación, la impreparación de los funcionarios, con el consecuente deterioro del patrimonio público originado en la inexistencia de estudios adecuados.

Esta limitante de la infraestructura originada en una adecuada gestión pública es, además, acompañada del milenario mal de la corrupción¹¹. No se tienen como base de la actuación administrativa aquellos principios custodiados por la misma Constitución del país en su artículo 209¹², ya que las autoridades administrativas no están

⁹ El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

¹⁰ Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. ...

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (artículo 267 de la CN).

¹¹ http://www.andi.com.co/pages/proyectos_paginas/contenido.aspx?pro_id=169&IdConsec=2048&clase=8&Id=66&Tipo=2 “Pese a recomendaciones del nuevo Gobierno, licitación de la Transversal de Las Américas fue adjudicada El consorcio Vías de Las Américas ganó la concesión de la Transversal de Las Américas (sector 1) al ofrecer 1 billón 158.000 millones de pesos, en medio de observaciones de la Contraloría. Recursos relacionados. Más de 14 horas de audiencia pública se cumplieron hacia las 2:00 de la mañana de este jueves, para adjudicar la Transversal de las Américas, que quedó en manos del consorcio Vías de Las Américas SAS PSE, conformado por las empresas Grupo Odinsa, Construcciones El Cóndor y Valorcon”

¹² Para la Corporación Transparencia por Colombia, la corrupción se define como el “**abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo**, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones”. Tomado de <http://www.transparenciacolombia.org.co/LACORRUPCION/tabid/62/language/es-ES/Default.aspx>

¹³ Constitución política de 1991, artículo 209: 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.

actuando con la moralidad debida¹³, con la transparencia, economía y eficacia exigidas, trayendo de esta manera grandes detrimentos para las garantías mínimas fundamentales de los habitantes y para el patrimonio económico de la Nación.

Las trabas en la gestión pública fueron objeto de debate en el reciente Congreso de la Infraestructura celebrado en Cartagena el 18 de noviembre de 2011, al analizar el origen de los problemas de la contratación en Colombia donde concluyen que

“buena parte de las fallas están en la gerencia pública, no en la ley: en el día a día de la gestión precontractual, contractual y postcontractual, las entidades del Estado siguen cometiendo errores, ignoran preceptos legales e incurrir en prácticas reiteradas que atentan contra la transparencia y propician sobrecostos, pleitos, entre otros¹⁴.”

Dentro de la deficiencia de gestión no hay que dejar de un lado la labor de interventoría en los contratos, que si bien no es cierto como lo afirman los contratistas que ellos son la causa de su quiebra y de los incumplimientos del contrato, lo cierto es que las Interventorías son deficientes. No hay un adecuado seguimiento administrativo en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Esto hace que la ejecución del contrato se adelante muchas veces hasta la culminación del objeto contratado sin que el contratista haya recibido un requerimiento para corrección de obra, cumplimiento de sus obligaciones con el sistema de seguridad social integral, respecto de los diseños etc., y al final pretende declararle el incumplimiento o aun, proceder a la declaratoria de caducidad, medida nefasta en la contratación. En otras ocasiones el contratista termina el plazo previsto en el contrato, sin que nadie le haya aplicado las medidas correctivas que prevé la ley y el mismo contrato para evitar los desastres administrativos en esa ejecución, pues debería haberle impuesto las

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.

¹³ El 31 de mayo de 2002 se dictó sentencia por parte del Consejo de Estado, Sección Cuarta, declarando la nulidad de la conciliación celebrada con Dragacol, una empresa que había celebrado un contrato para el dragado de las aguas en la desembocadura del río Magdalena para facilitar el transporte fluvial, acuerdo conciliatorio en el cual se encontró que se afectó con gran detrimento la moralidad administrativa. Ver Sentencia AP 300 del 31 de mayo 2002.

¹⁴ http://www.infraestructura.org.co/noticiasprincipales.php?np_id=569

multas¹⁵ respectivas, comunicar a la compañía aseguradora los retardos e incumplimientos de su afianzado, pero concluye con que sin haberle intimado el cumplimiento, también se declara la caducidad.

Es importante recordar que en la adecuada gestión del contrato, la inventoría, sea ejercida por la misma entidad o contratada con terceros, tienen la misión de lograr que el contratista ejecute las obligaciones a su cargo con idoneidad, vigilando que se respeten las condiciones técnicas previstas en el contrato y, en el pliego de condiciones y en los planos y diseños, al igual que el respeto por las normas legales. La actuación oportuna del interventor impide los desastres en la ejecución de la obra o servicio.

En este sentido expone la Cámara Colombiana de la infraestructura:

“Los verdaderos problemas han radicado en: la falta de institucionalidad del sector transporte y politización del mismo y la falta de planeación concreta de los proyectos. Los requisitos establecidos en los pliegos han facilitado la llegada de empresas de papel y algunas fiduciarias y calificadores de riesgo avalaron la participación de contratistas no capacitados para asumir obras de grandes dimensiones¹⁶”.

Debido a la gestión pública poca ortodoxa, al desconocimiento de los principios de la gestión administrativa, las obras de infraestructura vial de la ciudad de Bogotá se han retrasado y han sido una fuente de deterioro patrimonial, con afectación de la movilidad en la ciudad y del desarrollo de la misma. Las conductas contractuales derivadas de esa deficiente y equivocada gestión, por decir lo menos, fue la fuente para el desastre producido en la construcción de la avenida 26, que llevó al conocido escándalo de “Los Nule”.

En este sentido hemos enseñado¹⁷ que la entidad debe estar atenta a la exigencia de las obligaciones del contratista y no puede conformarse con la aplicación de sanciones tardías: “La Entidad no puede dejar al garete las actividades que son de su competencia y en las cuales debe obtener una ejecución correcta, cuyo resultado no puede ser reemplazado con la indemnización a que sea condenado el contratista o con el monto de las multas que se le impongan, porque

¹⁵ Ley 1150 del 2011, artículo 17. Debido proceso para la aplicación de multas al contratista.

¹⁶ http://www.infraestructura.org.co/noticiasprincipales.php?np_id=569

¹⁷ Palacio Hincapié, Juan Ángel, La contratación de las entidades Estatales, Librería Jurídica Sánchez, sexta edición, 2010, Medellín, pág.374.

éstas no solucionan la necesidad de la comunidad insatisfecha¹⁸. No puede haber descuido de la administración en aplicar correctivos¹⁸.

El desastre administrativo siempre ha sido fuente de preocupaciones y se ha enfatizado en algunas épocas, con la conducta de los funcionarios encargados de atender las necesidades. En épocas de la estructuración evolutiva del Estado, los funcionarios han cometido toda clase de tropelías y desafueros como lo expresa Vidal Perdomo¹⁹.

Por eso en la falta de gestión también hay que incluir la falta de exigencia de responsabilidad a los funcionarios que intervienen en la contratación, pues ellos con sus actuaciones y omisiones contribuyen a el atraso de las obras o servicios; es más, su conducta raya muchas veces en la comisión de conductas punibles. La Ley 80 de 1993 señala que los funcionarios responden por su conductas anti-jurídicas en la actividad contractual (artículo 52 y ss de la Ley 80 de 1993).

La ley tiene previsto como principio de economía en la contratación estatal que los conflictos que se originen durante la ejecución del contrato deben resolverse con prontitud (artículo 25, numeral 5), proponiendo o aceptando las fórmulas que puedan solucionar las diferencias y evitar así la paralización del contrato; pues los funcionarios en lugar de dar aplicación a esta norma, por el contrario son reacios, por temor a someterse a un posterior análisis de su comportamiento por parte de quienes tienen el control de la contratación, a reconocer voluntariamente los derechos reclamados por el contratista y más aún, desaprovechan la oportunidad de conciliar en las oportunidades en que son citados en etapa de procedibilidad antes de vincular a la entidad en una costosa demanda contractual.

C. La Legislación

La legislación puede obstaculizar o facilitar el desarrollo de la infraestructura en un país²⁰. El Congreso en su función legislativa tiene la competencia en materia de la estructura del país, a iniciativa del

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 703.

¹⁹ Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo, 11ª edición, editorial Temis, Bogotá, 1997, pág. 282.

²⁰ El congreso en su función legislativa tiene la competencia en materia de la estructura del país, para fijar sus planes de desarrollo, y priorizar sus políticas de inversión, con la indicación de la infraestructura que debe seguir la acción del gobernante.

ejecutivo, a fijar sus planes de desarrollo, y priorizar sus políticas de inversión, con la indicación de las obras de infraestructura que debe seguir la acción del gobernante²¹. En ocasiones en la misma legislación se excluyen determinadas materias²² de la regulación general, haciendo más complicado su manejo.

El punto de partida para el análisis parte de la existencia de un estatuto de contratación adecuado a las circunstancias y necesidades del país. En este sentido podemos decir que actualmente existe un estatuto de contratación del Estado, con una normatividad que, si bien es reciente, completa y con principios propios, con una cantidad de normas que han tratado de llenar vacíos y que persiguen la existencia de unos procedimientos de selección de contratista con transparencia, eliminando conductas perversas en la contratación, lo cierto es que existen limitaciones que hacen difícil el desarrollo de la infraestructura del país, que impiden a contratación oportuna y que desestimulan la iniciativa privada. Así, por ejemplo, la regulación del régimen de garantías para amparar los riesgos del contrato era tan rígida y sin posibilidad de variación²³, que una obra de infraestructura, como lo es el paso del Alto de La Línea mediante la construcción de túneles, fue declarada deserta la primera vez porque no se pudo obtener la participación de alguna aseguradora que expidiera las correspondientes garantías. Afortunadamente, se expidió la Ley 1150 de 2007, que introduce modificaciones²⁴ a la Ley 80 de 1983, la cual además de contener una serie de normas para garantizar la transparencia en la contratación, introdujo figuras nuevas en la selección del contratista para facilitar la oportuna adquisición de bienes y servicios, como el acuerdo marco de precios, individualizó como trámites independientes el procedimiento de licitación pública y el concurso de méritos (artículo 2), figuras que antes se sometían a

²¹ Artículo 150 numeral 3 de la Constitución colombiana.

²² Moreno Molina, José Antonio. *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*. Mac Grow Hill, Madrid, 1996, pág. 168 y ss. Dice el autor que se excluyen de la regulación comunitaria algunas materias como agua, energía, los transportes, porque algunos de los organismos sobre los que recae la actividad eran de derecho público y otros de derecho privado, generando enormes dificultades en la aplicación de la regulación.

²³ Linares, Mario. *El contrato estatal*. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2002, pag. 128.

²⁴ Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

los mimos trámites, sin tener en cuenta que la naturaleza del objeto a contratar, y el tipo de operadores que se vinculan al mismo, son muy diferentes.

Pero la regulación de la iniciativa privada solo se introduce en el año 2008 con la expedición del Decreto 4533²⁵, con el cual se desarrolla el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que autoriza a quienes puedan hacerlo, el ejecutar obras públicas por concesión.

El Estatuto de contratación estatal en Colombia está contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Es también conocido como el Estatuto único de contratación nacional, denominación que se adoptó ante la necesidad de tener un cuerpo único de normas para regular toda la contratación en Colombia de las entidades estatales, debido a que cada entidad podía y tenía su propio estatuto, lo que originaba una multiplicidad de estatutos particulares en todo el territorio, dependiendo de la necesidad de cada entidad, ya que les era permitido establecer sus propias reglas de contratación, siempre que se mantuvieran los elementos esenciales de la contratación y el respeto a las normas de la moralidad. Fue la Ley 19 de 1982, la que facultó para expedir el Decreto 222 de 1983, la que autorizaba para que cada entidad pudiera, según sus necesidades fijar un miniestatuto de contratación. Así por ejemplo, las reglas de contratación que regían para Bogotá eran diferentes de las que regían para las demás ciudades del país, con lo cual al proponente se le hacía difícil conocerlas. Conocer dos estatutos ya es difícil, distinguir cuando hay más es imposible.

La unificación de las reglas de contratación estatal contenidas en la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007 tuvo su mayor significación en aspectos como los relacionados con las reglas de procedimiento para la selección del contratista, estableciendo la licitación pública como regla general, con etapas bien definidas²⁶, a

²⁵ ARTÍCULO 1o. OFERTA DE INICIATIVA PRIVADA PARA LOS ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR CONCESIÓN. Para los efectos del presente decreto, se consideran ofertas de iniciativa privada los proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión.

²⁶ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 4a edición actualizada, 1995, Ediciones Ciudad

la cual se someten todas las entidades estatales para contratar. Con la Ley 80 de 1993, sólo excepcionalmente puede acudirse a la contratación directa, cuando la misma ley prevé los casos, los cuales describe en forma minuciosa en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Por su parte la Ley 1150 de 2007, mantiene la licitación pública como el procedimiento principal para seleccionar en forma objetiva y transparente a un contratista, pero agrega la selección abreviada y la contratación directa, figuras que corresponden a una mejor racionalización del procedimiento, atendiendo a la naturaleza de la causal de contratación que la origina²⁷. Igualmente se hacen precisiones relacionadas con la celebración del contrato que ponía trabas a la contratación y, por tanto, eliminó la contratación con solemnidades plenas y contratación con solemnidades menos plenas que consagraba el artículo 39 de la Ley 80 de 1993. Igualmente precisa aspectos que impidan que el acto de adjudicación se haga con transparencia, evitando su ilicitud. Es imperante recordar que no es lo mismo decir que el acto de adjudicación tiene un vicio de ilegalidad y decir que la adjudicación se haya obtenido por medios ilegales²⁸. En este último caso, la ley permite la revocatoria directa²⁹.

No hay la oportunidad en este escrito para hacer una exposición extensa sobre el tema, pero centrándonos en nuestro punto de los obstáculos de la legislación para el desarrollo de la infraestructura, hay que decir, en primer lugar, que no se ha estimulado adecuadamente la iniciativa privada para que los que pueden ejecutar obras o servicios lo hagan, pues solo el Decreto 4533 del 28 de noviembre de 2008, trató de hacer una regulación que permitiera que los particulares participaran en el desarrollo de la infraestructura, pero el decreto mismo se queda cojo. En efecto, dentro del texto mismo, a quien

Argentina, Pág. 325

²⁷ **Artículo 2º.** *De las modalidades de selección.* La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

²⁸ Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho Procesal administrativo*, Librería jurídica Sánchez, Sexta edición 2008, pág. 69

²⁹ Artículo 9, inciso segundo, Ley 1150 de 2007: El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

tiene una iniciativa se le permite presentar la oferta pero no se le da ninguna garantía para la seguridad de su oferta ni se le respetan sus derechos en un momento dado. Así, dice que “Las ofertas de iniciativa privada no son ofertas mercantiles y por ende se registrarán por lo establecido en el parágrafo 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en el presente decreto. La presentación de una oferta de iniciativa privada no genera derecho alguno a quien la presenta diferente de los consagrados en el presente” (artículo 2).

Ese texto mismo viene afectado con un palpito de desconfianza, pues quien hace el esfuerzo de hacer estudios, diseños, idear mecanismos de ejecución, proponer salidas, finalmente no tiene ningún derecho, lo cual pone al oferente a pensar si se atreve o no a someter su proyecto a la decisión lenta de autoridades.

Lo anterior se completa cuando en el mismo decreto, a continuación, en el artículo 5, se expresa que el oferente de iniciativa privada no gozará de derechos de exclusividad sobre la idea de la concesión de la obra pública ni de confidencialidad sobre la oferta. Y para hacer más crítica la situación, se le expresa que su trabajo contenido en la oferta como en los estudios y demás documentos que la acompañen, serán públicos y podrán ser usados por la entidad estatal concedente en el procedimiento de la licitación, salvo que el oferente solicite confidencialidad, la cual se le concederá pero sólo sobre los aspectos que legalmente amparen sus derechos de autor.

Los derechos del que presenta la oferta de iniciativa privada, después del esfuerzo, quedan limitados a participar, si lo desea³⁰, en el proceso de licitación que se abra para llevar a cabo la idea presentada.

Dejando las limitaciones de la iniciativa privada, existen otros mecanismos legales que impiden el desarrollo de la infraestructura en el país o que la paralizan. Es el caso de las acciones populares y de la acción de tutela, mecanismos constitucionales originados en el año 1991 en la Constituyente, donde se consagra, en la primera, la protección a

³⁰ Artículo 11. El oferente de iniciativa privada que dio origen a la licitación podrá presentarse a la misma, acompañando toda la documentación solicitada en el pliego de condiciones. En el evento de que el oferente de iniciativa privada esté conformado por un número plural de miembros y se presente como proponente en la licitación, deberá estar conformado por los mismos integrantes del oferente inicial y podrá variarlos previa autorización de la entidad estatal concedente.

los derechos colectivos, entre ellos la moralidad, el medio ambiente, el patrimonio públicos, el acceso los servicios públicos (artículo 4 de la Ley 472 de 1998), y la acción de tutela mediante la cual se protegen los derechos fundamentales de la persona.

Con el ejercicio de la acción popular se paralizan las obras públicas adjudicadas impidiendo su ejecución, por considerar algunos que dicha obra afecta el medio ambiente, o que la contratación se hizo con violación de los derechos colectivos de la moralidad y el patrimonio público. Y con la acción de tutela se hacen adjudicar contratos que no se pueden adjudicar, conduciendo a la celebración de contratos para ejecución de obras que nunca terminan. Así por ejemplo, en un caso concreto, resuelto en la Sentencia T-841/09, los accionantes solicitan que se dejen sin efectos: la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008, mediante la cual se revocó la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008 “Por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 1 de 2008”; y la Resolución 0118 del 19 de enero de 2009, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición contra el acto de revocatoria. En consecuencia, piden los actores que se ordene “al Ministerio del Interior y de Justicia que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, agote, de manera sucesiva y sin solución de continuidad, el trámite legal para suscribir el contrato estatal con el objeto de llevar a cumplido efecto el acto de adjudicación del la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008”. La Corte Constitucional corrige las decisiones que se adoptaron por los jueces de la jurisdicción disciplinaria en cuanto a la adjudicación del contrato y ordena liquidar el contrato así adjudicado. Dice la parte resolutive, cuyo texto es la mejor conclusión para todo lo dicho al revocar las decisiones de tutela y declarar improcedente la acción de tutela:

“Segundo.- Como consecuencia de esta decisión procederá la liquidación del contrato celebrado para el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional, en el estado en que se encuentre”.

En la aplicación de las leyes también existen algunas barreras, pues cuando el Estado contrata, puede hacerlo sometiendo a normas, no

sólo de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, sino también de las normas civiles y comerciales, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, cuando la entidad se acoge en su expresión de voluntad contractual a las normas de derecho privado, hace una mixtura³¹ de normas a su conveniencia, pues para algunas actuaciones le dice al contratista que se regula por las normas del Estatuto contractual y para otras, que somete a las normas privadas y de ello se derivan algunas dificultades en la decisión de los conflictos y en el régimen aplicable. Veamos algunos aspectos³²:

1. Servicios públicos domiciliarios. Mediante la Ley 142 de 1994, se reguló el régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, exceptuando su contratación de las reglas del estatuto de contratación estatal, al igual que ocurre con el servicio de energía, según la Ley 143 de 1994. Por tanto, las Leyes 142 y 143 de 1994, al igual que el Decreto 286 de 1996, permiten que las entidades prestadores de servicios públicos domiciliarios se rijan por las normas civiles y comerciales para efectos de regular su contratación, cuando tengan por objeto la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y los contratos de gas.

En dichos contratos, no obstante, puede haber presencia de las reglas de la contratación estatal, pues en ellos puede introducirse la estipulación de cláusulas excepcionales, ya sea porque las comisiones de regulación del respectivo servicio las hagan obligatorias o las autoricen por solicitud de la respectiva entidad. En tal caso, las controversias derivadas de esas cláusulas se ventilarán ante la jurisdicción contenciosa administrativa³³, incluyendo las controversias que se

³¹ Moreno Molina, José Antonio. Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español. Mac Grow Hill, Madrid, 1996, pág. 168 y ss. Dice el autor que se excluyen de la regulación comunitaria algunas materias como agua, energía, los transportes, porque algunos de los organismos sobre los que recae la actividad eran de derecho público y otros de derecho privado, lo cual genera enormes dificultades en la aplicación de la regulación.

³² Para profundizar sobre este tema, el mismo es tratado con mayor extensión en la obra ... Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas., Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 2006, de J.A. Palacio.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de mayo de dos mil tres (2.003), expediente 23908, Actor: FREGO LIMITADA, Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL, Consejero ponente: María Elena Giraldo Gómez.

originen desde el mismo pliego de condiciones que las contenga y todos los conflictos que en general se presenten dentro del contrato.

2. La contratación de actividades de estímulo y colaboración previstas en el artículo 355 de la Carta Política. Esta norma faculta para contratar con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público, atendiendo a las reglas señaladas en los decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993. Dice el artículo 355 que “el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional.

La Ley 489 de 1998 que contiene la reforma administrativa, en el artículo 196, autoriza la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.

En tal caso, las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

En este caso la actuación que realicen estas personas no se somete a las normas del estatuto contractual, sino a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

También pueden formarse para las actividades de gestión económica, correspondientes a actividades industriales y comerciales, caso en el cual para desempeñar estas actividades, atendiendo a la Ley 489 de 1998, estarían sometidos a la común civil o comercial para efectos de la contratación y no a las normas estatales.

Si se trata de empresas de economía mixta, la contratación para actividades comerciales se regiría por las reglas del derecho común y no por las normas estatales, en el evento de incluir en su contratación cláusulas exorbitantes.

Si se constituyen para prestar servicios públicos domiciliarios se someten al régimen de la Ley 142 de 1994 y 143 del mismo año, donde se consagra un régimen de contratación privada, con la posibilidad de incluir las cláusulas exorbitantes, cuya regulación está sometida a la Ley 80 de 1993, con control jurisdiccional ante la jurisdicción contenciosa.

III. Conclusiones

El desarrollo de la infraestructura mira el nivel socioeconómico de un país y, por tanto, su capacidad para soportar un adecuado nivel de vida de sus habitantes.

Son diversos los aspectos que influyen en el avance o retroceso de la infraestructura de un país, dentro ellos, con gran relevancia los atribuidos a la propia gestión pública y a la existencia de normas que hacen engorrosa la contratación de las obras y servicios.

Los procesos de infraestructura se afectan por la legislación existente en el país, no solo en cuanto establecen procedimientos, a veces complicados y lentos para contratar, sino también, por los mecanismos legislativos a que tienen acceso para la defensa de otros derechos de los ciudadanos, bien importantes en un país democrático, pero de cuyo uso se abusa, haciendo que obras de interés para todos se afecten, no culminen o se atrasen.