

Hacia la Eficiencia en la Contratación Estatal en las Obras de Infraestructura

Gustavo Adolfo Bolaños Ávila  
C.C 3.181.099

Universidad La Gran Colombia  
Facultad de Derecho  
Diplomado de Derecho Procesal y Jurisprudencia  
Tutor: Dr. Luis Agapito Moreno Moreno  
Bogotá  
2016

## Resumen

Para hacer el abordaje del tema propuesto se consideró necesario iniciar con un vistazo retrospectivo a lo que ha sido la contratación estatal en Colombia. Así entenderemos que la actividad ha aumentado en complejidad en razón a que cada vez es más complicado el objeto a realizar. Igualmente observamos cómo, el Estado, queda facultado, por medio de unas cláusulas llamadas exorbitantes, para realizar su voluntad exclusiva fundamentado en la defensa del concepto del interés público. Hechos tales como el surgimiento de la figura del contrato administrativo y el establecimiento de los estatutos contractuales, la hacen especial.

Luego, haremos una recapitulación de las normas que sobre el tema de contratación de obra pública están vigentes actualmente. Esto nos contará con que instrumentos se cuenta para la realización del contrato y que pasos han de seguirse para conseguir los resultados esperados. Pondremos especial énfasis en lo que se refiere a la participación de la planeación en el proceso y la aparición de dos nuevos conceptos como son la determinación del riesgo y el control por indicadores de gestión.

En una tercera parte se exponen las circunstancias que obligaron a que en el contrato de obra pública del Deprimido de la calle 94, no se cumpliera con lo planeado. Tanto el tiempo prometido como el presupuesto destinado cambiaron ostensiblemente.

Sobre estas bases haremos una reflexión sobre el porqué, disponiendo de las herramientas mencionadas, continuamos escuchando de la cantidad de disputas ante los tribunales por el incumplimiento de los contratos y el detrimento del patrimonio público.

## Palabras clave

Caducidad; Interés Público; Contratación Estatal; Presupuesto, Obras Públicas o de Infraestructura; Licitación Pública; Cláusulas exorbitantes; Estatuto Contractual; Equilibrio del Contrato

## Abstrac

To make the approach of the proposed subject it was considered necessary to start with a retrospective look at what has been the process of contracting with the state in Colombia. In this way we can understand that the activity has increased in complexity as the object to be perform it's more complex in itself. In the same way we note how the State becomes empowered, by the means of clauses known as exorbitants, to do their own volition based on the upholding of the concept of public interest. Acts such as the emergence of the figure of the contract and the establishment of contractual statutes make it special.

Then we will make a summary of the rules on the subject of public works contracts that are currently in force. This will tell us what tools can be account to carrying out the contract and what steps to be followed to achieve the expected results. We'll make a special emphasis about the participation of the planning process and the emergence of two new concepts such as risk assessment and control indicators.

In the third part of this document we expose the circumstances that forced that the public works contract of the sinking at the 94th Street, couldn't be accomplished. Because both the promised time as the budget changed significantly over time.

On this basis we will make a reflection on why, having the tools mentioned, we continue to hear of a number of disputes that are before the courts for breach of contracts and the detriment of public assets

## Keywords

Expiration; Public Interest; State procurement; Budget, Public Works and Infrastructure; Public tender; exorbitant clauses; Contractual status; Balance of the contract

## **Planteamiento del problema**

El cumplimiento de los fines del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución (artículo 2° de la Carta Política), con fundamento en el interés general, se realiza mayoritariamente por medio de la contratación estatal. Así mismo esta actividad, la de contratar, es la principal forma de ejecutar el presupuesto nacional. En razón de que nuestro país es, por fundamento constitucional, un Estado social de derecho, sobra afirmar que para garantizar el correcto manejo de los dineros públicos y preservar el patrimonio nacional, se hace necesario contar con una normatividad que permita, no solo facilitar el cometido del Estado, sino proteger al erario público de posibles defraudaciones y descalabros.

En ese orden de ideas nos resulta claro afirmar que sí, dentro del desarrollo de un contrato de obras públicas, como puntualmente nos interesa el asunto, ocurre un contratiempo que altere el normal desarrollo del mismo y obligue a su paralización, o su suspensión, esto se traduce en costos adicionales que habrán de cubrirse forzosamente con adiciones presupuestales que no estaban consideradas, causando un desmedro en las finanzas públicas y se estaría impidiendo que el Estado cumpla su cometido. Es necesario entonces que se propongan soluciones que impidan que estas situaciones se presenten.

## **Pregunta**

¿Por qué se continúan presentando serios problemas en contratos de obra pública, como en el caso del deprimido de la Calle 94, habida cuenta de las previsiones que hoy se tienen?

### **Objetivo General**

Determinar la forma en que la planeación de las obras de infraestructura, generalmente, resultan insuficiente para terminarlas, como sucede en la construcción del deprimido de la calle 94 en el distrito capital para el 2016

### **Objetivos Específicos**

Enunciar, de acuerdo a la normatividad vigente, en lo referente a las obras públicas, los pasos que deben seguirse para la elaboración de un contrato de obra pública y los instrumentos con que se cuenta para lograr su realización eficiente, y los principios que lo gobiernan

Señalar cuáles son las causas que, con mayor frecuencia, determinan la terminación anticipada, la suspensión o la paralización en un contrato de Obra Pública.

Señalar cuáles fueron las razones que determinaron que no se cumplieran las fechas previstas para la terminación, se fijaran nuevos plazos y se asignara un nuevo presupuesto en las obras del Deprimido de la Calle 94.

## Justificación

El manejo del patrimonio público en uno de los temas que más ocupa la atención de los nacionales de un país en razón de que es un derecho de todos. Es un derecho que se ejerce diariamente cuando caminamos por las calles, cuando utilizamos los parques, cuando paseamos por cualquier plaza. También hacen parte del patrimonio público los edificios donde funcionan las entidades públicas, donde se ubican las autoridades ya sean administrativas o judiciales o donde se alojan las autoridades que nos protegen, y así los denominamos bienes públicos. La contratación estatal tiene por objeto la construcción y el mantenimiento de todos estos bienes que conforman el patrimonio público bajo la denominación de obras públicas. Pero también hacen parte del patrimonio público los bienes fiscales constituidos por los recaudos de impuestos, las multas, los recursos del presupuesto, etc., los que llamamos comúnmente dineros públicos.

Es de obligatoria reflexión, al conocer de los múltiples casos de obras públicas que se alargan en el tiempo más allá de lo que estaba programado, más aún de lo que estaba prometido a la ciudadanía; cuando nos enteramos de la cantidad de disputas ante los tribunales a causa de esos contratos incumplidos; cuando se nos dice que los presupuestos estimados prácticamente se doblan o se triplican, con el consabido descalabro de las finanzas estatales, debemos preguntarnos, habida cuenta que esto no es un fenómeno nuevo sino que se sucede en el tiempo casi que desde siempre, cuales son los motivos que llevan a que un contrato se malogre, si es que el estado no ha aprendido a contratar o, si por demás, el contrato estatal es utilizado para obtener jugosas partidas por personas inescrupulosas.

Cómo se esta contratando, qué garantías ofrecen las formas estatuidas de contratación? Cómo esta protegido el Estado de contratiempos inesperados en el desarrollo de las obras públicas? Qué factores intervienen en el alargue en el tiempo de una obra? Es que resulta insuficiente la normatividad para llevar a buen término los contratos? y ,si es así: Qué otros instrumentos serían necesarios para que la contratación fuera exitosa. De todas estas preguntas se espera tener respuesta al finalizar esta investigación.

## Introducción

A mediados del año 2008 se dio apertura a una licitación pública orientada a determinar el mejor oferente para la construcción de un paso deprimido en la Avenida calle 94 de Bogotá que brindaría fluidez al tránsito del sector, aumentando la velocidad de la avenida NQS y habilitando la calle 94 como vía de descongestión de la zona del norte de la ciudad. La licitación correspondiente se adjudicó a finales del año 2009 a un consorcio conformado por empresas que le pertenecían al polémico empresario Julio Gómez y debía desarrollarse en un término de 20 meses, con un presupuesto asignado de \$ 46.000 millones de pesos. No había transcurrido un año cuando comenzaron a presentarse incumplimientos que motivaron la declaratoria de caducidad del contrato. Tiempo después fue adjudicada una nueva licitación que tenía como objeto reanudar los trabajos y terminar la obra. Esta licitación se adjudicó por un valor de \$86.000 millones. Pero el desarrollo de la obra presentó contratiempos y fue necesario suspender los trabajos en razón de errores en los planos de las redes de servicios públicos que causaron graves retrasos. Superados estos escollos, y viéndose aumentado el presupuesto hasta la cifra de \$160.000 millones, la obra se prometió entregar a finales del primer semestre de 2015. Lo cierto es que esa promesa tampoco se cumplió y a la fecha, junio de 2016 la obra aún está por debajo del 80%. (Publímtero, 2016).

Dos hechos resaltan en esta situación: por un lado observamos que una obra que se consideraba realizable en 20 meses (poco más de año y medio), completa ocho años y aún no se ha terminado; de otro lado vemos que una obra que se tasó en \$46.000 millones, a la fecha su valor ha aumentado a \$186.000 millones, sin terminarse aún, es decir más de cuatro veces el valor inicial, una cifra considerable dentro del presupuesto de obras del Distrito. El saber esto deja un mal sabor en la opinión pública, sobre todo hoy en día cuando el tema que ocupa toda la atención es el de la corrupción creciente.

Qué se puede hacer ante esto para que tales cosas no se repitan, cómo atribuir responsabilidades ante tamaño descalabro al patrimonio público. Por demás este no es un caso aislado, basta leer los diarios para enterarse que cosas similares ocurren con inusitada frecuencia, basta mencionar la construcción del Túnel de la Línea, la construcción de la Terminal de

pasajeros al norte de la ciudad, la ampliación de la Avenida El Dorado, que tan escandalosamente sufrió Bogotá, la ampliación de la calle 153 y muchísimos más que, tal vez por no tener las multimillonarias cifras de los anteriores no atraen la atención de la prensa pero que, igualmente lesionan al erario público. El Estado no ha aprendido a contratar o la corrupción es más poderosa.

Para determinar cuales son las causas para que ocurran estas situaciones es dable afirmar en principio que fue en razón de que el progreso de la obra se vio truncado por causas sobrevinientes que impidieron su normal desarrollo. La pregunta es si estas contingencias eran o no previsibles, a quien correspondía preverlas, y quien debía conjurarlas. El legislador ha previsto estas situaciones, esto no es algo nuevo, por ejemplo el decreto 1150 de 2007 consagra la obligación de adelantar un estudio minucioso de las condiciones de riesgo que entraña el contrato. Ese estudio establece que el riesgo debe ser estimado, lo que quiere decir que se debe establecer el valor que implica ese riesgo; así mismo debe ser tipificado, decir en qué consiste o de qué se trata; y finalmente debe ser asignado a una de las partes que lo debe asumir; si todas estas contingencias están consideradas no hay lugar a que se presenten este tipo de situaciones tan gravosas para la Nación.

Por supuesto este estudio debe tener oportunidad en la fase pre-negocial y habrá de ser debatido por el gobierno y aquellas personas que estén interesadas en participar en la Licitación Pública correspondiente, y será parte interesante dentro del Pliego de Condiciones. Todo esto suena muy bien pero lo que realmente importa es saber si es que actualmente no se esta cumpliendo rigurosamente con la aplicación de esta disposición, o que la misma sigue siendo insuficiente para lograr una Contratación Estatal exitosa,

## Marco Teórico

### El Contrato Estatal: Clausulado Exorbitante, Tratamiento Especial, Fortalecimiento

#### Instrumental.

Para poder tener una idea clara acerca de lo que es la contratación del estado en estos momentos en Colombia, debemos remontarnos hacia nuestro pasado para de esta manera conocer su evolución y entender el porqué funciona de la manera como funciona. Así pues, se hace necesaria una visión retrospectiva para que nos ayude a entender el porqué de su comportamiento actual.

Debemos comenzar diciendo que para cumplir con sus cometidos, para facilitar y garantizar a la comunidad el acceso a los bienes y servicios básicos, para propiciar el desarrollo y la adecuada calidad de vida de la comunidad, para satisfacer las necesidades de la población, el Estado se ve obligado a acudir a la contratación, toda vez que su potestad de actuación unilateral se queda corta en el logro de dichos deberes.” (Solarte y Sánchez, 2007, 14).

Recordemos que en un comienzo la forma de pactar utilizada era la misma que se tenía para los contratos entre particulares. En razón de que el objeto de los contratos era la prestación de servicios públicos, actividad que estaba determinada por el concepto de interés general, se hizo imperativo la aparición de las llamadas clausulas exorbitantes. Los primeros contratos que las contuvieron fueron los contratos de obra y los llamados contratos de operación de los ferrocarriles. También encontramos otras como la llamada venta forzada al término de algunas concesiones; la reversión sin indemnización y las prorrogas automáticas obligatorias como ejemplo de este tipo de clausulas. Pero fue con la aparición de la clausula penal únicamente a favor del Estado y de un régimen especial de intervención, que fue la antesala de la caducidad, que se materializa la posición dominante del Estado en la contratación que, a través de sus actos, manifiesta su voluntad exclusiva.

Al paso del tiempo se va aumentando la complejidad en las formas, entre otras se entienden dos clases de caducidad en los contratos. La primera era la contractual o sea la que estaba explicita en las clausulas pactadas previamente en el contrato y otra la que

surgía del incumplimiento del contratista. En este momento aparece la figura de la licitación pública. De igual forma se comienza a hablar de la declaratoria de utilidad pública y la orden de expropiación de los bienes requeridos por la administración. Se está construyendo el contexto exorbitante del nascente derecho administrativo contractual que obliga a contar con una normatividad intervencionista protectora de los intereses generales y garantista de la prestación de los servicios públicos esenciales. (Solarte y Sánchez. 2007. 21).

Con la expedición de la ley 167 de 1941, Segundo Código Administrativo Colombiano, se recopilan varias normas que estaban dispersas. En este se destaca que, en el artículo 77, la Corte Suprema de Justicia retoma la competencia para conocer de las controversias que se suscitaren en los contratos administrativos; y el artículo 254 que obliga a las entidades a la inclusión forzosa de la cláusula de caducidad en los contratos de obras públicas.

En la medida que el país crece y se acentúa la necesidad de una acción estatal más eficiente, va fortaleciéndose la normatividad. Es así como en 1955, con la expedición del “Estatuto Nacional de Compras”, decreto 351 de 1955, que busca ejercer un control sobre la actividad del estado, con mecanismos como la “cotización”, el comité de compras”, la “selección de proveedores” y fundamentalmente en la formación del contrato. En el campo de las obras públicas se expide la Ley 4 de 1964 que es el “Estatuto sobre Obras Públicas”, conjunto de reglas, que se constituyó en el ordenamiento normativo de las Obras Públicas (Solarte y Sánchez 2007, 18). Todas estas medidas resultan positivas para el país, pero subsiste el hecho de que, a pesar de que los contratos son de la administración, de que dichos contratos incluyen cláusulas exorbitantes, de que surgieran con un acto administrativo contractual no se le ha atribuido esa competencia a la jurisdicción contencioso administrativa.

A finales del año 64 cuando se empieza a establecer diferencias en los contratos celebrados por la administración pública. Estas diferencias se materializan con la inclusión de ciertos elementos que les son propios, a saber: El contrato gira en un entorno intervencionista y que está relacionado con el concepto de servicio público. En él está presente la posibilidad de declarar la utilidad pública de bienes y servicios, la toma de posesión, la expropiación, la exigibilidad de garantías. Esto es cláusulas exorbitantes y por supuesto la caducidad.

En la década de los 70 la jurisprudencia nacional dice que para que un contrato se llame administrativo se debe cumplir: que uno de las partes sea una entidad estatal; que su finalidad sea la prestación de un servicio público; si la Ley así lo establece; si el contrato incluye cláusulas exorbitantes; y por la forma de elegir a los contratantes.

### **El Estatuto Contractual**

Transcurre la década de los 70 cuando se toma conciencia de la necesidad de contar con una normatividad consecuente con la complejidad de los procesos indispensable para el cumplimiento de los fines del Estado por parte de la Administración. Así las cosas se expide el Decreto 150 de 1976 con el propósito de regular el tema contractual que comienza por establecer unos principios generales que han de seguir las normas, tipologías, procedimientos, reglas de selección, efectos y cláusulas de los contratos. (Beccerra, 2008, 27).

El citado Decreto Ley regula así mismo los elementos del contrato: cláusulas, clases, capacidad, responsabilidades, formas de contratación y terminación del contrato. Igualmente se recogen las cláusulas exorbitantes, penal pecuniaria, multas, caducidad, garantía y sujeción a la ley nacional.

La aplicación del nuevo estatuto permitió darse cuenta de las falencias y vacíos que resultaron y se hizo necesaria una nueva legislación que se materializó con la Ley 19 de 1982. Las formas del Decreto Ley 150 de 1976 se ven adicionadas en un nuevo estatuto que se fundamenta en principios y criterios claros. Las novedades se traducen en la nueva clasificación de los contratos. Además señalo cuales de los contratos de la Administración eran administrativos ya que el resto se consideraban de derecho privado. Se establece un sistema de selección de contratistas, ya fueran de Licitación Pública; Licitación Privada, Concurso de Méritos y Contratación Directa. Dispuso la obligatoriedad de las cláusulas exorbitantes del Derecho Común o sea la de la Caducidad administrativa, la de los principios de Interpretación, Modificación y Terminación Unilateral de los Contratos. Clasifica los contratos en administrativos (10 categorías); Privados de la Administración con Clausula de Caducidad y Contratos Privados de la Administración. Establece el régimen contractual para los departamentos y municipios y establece estatuto contractual para la Entidades Descentralizadas del gobierno nacional.

### **Marco Legal**

Es la compilación de toda la normativa que regula la contratación estatal puntualmente en lo relativo a la obra pública. El Estatuto General de Contratación es la Ley 80 de 1993, la legislación posterior lo que procura es enriquecerla. La ley 1150 tiene por objeto introducir medidas para la transparencia y la eficiencia en la Ley 80. La misma ley consagra la disposición del legislativo de que con la contratación pública se promueva el desarrollo del país. Esta ley también consagra que el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales, dispone que la cláusula penal y las multas impuestas, se hagan efectivas por compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para establecer el pago. (Ley 1150 de 2007).

Con el Decreto 4170 de 2011 se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública, institución que va a concentrar la acción rectora en gestión contractual que promueva, articule, implemente y haga seguimiento a las políticas que orienten la actividad estatal y proporciones instrumentos gerenciales en dicha actividad y que por esa vía mitigue el riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos. Esta norma también consagra que será la Agencia la encargada de administrar el SECOP. Incorpora el concepto de rentabilidad social (Decreto 4170 de 2011, arts. 2 y 3)

#### **Ley 80 de 1993**

A inicios de la década de los noventa es claro para el legislador la necesidad de formular un nuevo estatuto contractual que cumpliera mejor función ante el aumento de la complejidad en la actividad del Estado, aumento generado por el acrecentamiento del tamaño del aparato estatal, mayor tamaño de las ciudades, el incremento en la actividad económica del país, la participación de la comunidad en el control de las actividades del Estado, la demanda por una nueva, mayor y mejor infraestructura. Además este nuevo estatuto debía estar acorde con los nuevos criterios jurisprudenciales en temas como los deberes y derechos de las partes, el régimen de inhabilidades, el principio del equilibrio de la relación contractual, los mecanismos de elección de los contratistas y la necesidad de establecer nuevos regímenes especiales con sus reglas para cierto tipo de contratos.

En su título se lee que esta ley será el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, y, entre otros, fija el concepto de lo que son los servicios públicos – satisfacción de necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos con que el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines-.

Esta normatividad de la Ley 80 de 1993 es una legislación bastante ambiciosa por la cantidad de cosas nuevas que presenta. Entre otras, se señala que consagra el término genérico de “entidades estatales, entendiéndose las estipuladas en el artículo 2º; Generaliza la denominación “contratos estatales” para referirse a todos aquellos donde este presente una entidad del estado; Amplía el régimen de exorbitancia manteniendo la caducidad y la terminación, interpretación y modificación unilateral del contrato. Se dota del poder de intervención a la administración en subsidio de la caducidad; Se establece la Liquidación Unilateral; Se establece la obligación de constitución de una póliza que garantice el cumplimiento y la declaración del siniestro; y se establece el poder de intervención colateral de expropiación sobre bienes que requieran los contratos de obra. (Solarte y Sánchez, 2007, 19)

En lo que hace referencia al concepto de ecuación contractual, este se entiende como la posibilidad de revisar el contrato en tanto surjan circunstancias que determinen un cambio en las cargas que deben soportar las partes y que conlleven un cambio en el equilibrio del contrato. Se busca que ninguna de las partes este forzada a perder o que ninguna de las partes este pagando más allá de lo que debe pagar en un contrato que se describe conmutativo.

*Artículo 27 de la Ley 80 que dice que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (Ley 80 de 1993)*

La figura del contratista se regula en su selección, en su calidad en cuanto se establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se crea el Registro Único de

Proponentes y se introducen las figuras de Uniones Temporales y la Promesa de Asociación Futura.

Como se dijo anteriormente es una ley que trae instrumentos nuevos que buscan hacer posible un manejo mucho más especializado de la actividad contractual del Estado y, al mismo tiempo hacen que tal actividad sea especial.. Pero no basta con dictar una ley y esperar que funcione. Su implementación toma un tiempo. Se debe entrar a capacitar a las personas que manejan los recursos sobre los nuevos mecanismos de la contratación estatal, en fin, se ha de esperar que el sistema comience a funcionar.

Y efectivamente comenzó a funcionar, pero paralelamente se observó que la problemática iba en aumento, en tanto la opinión pública se quejaba del aumento de denuncias de corrupción. El legislativo decidió tomar cartas en el asunto y se propusieron varios proyectos de reforma a la Ley 80, algunos de los cuales fracasaron. Finalmente, a mediados del año 2007, después de haber pasado los correspondientes debates en Senado y Cámara, fue aprobado un proyecto que, con la sanción presidencial, se bautizó como la Ley 1150 de 2007.

### **Ley 1150 de 2007**

La ley en referencia tenía por objeto el lograr el manejo eficiente de los recursos públicos y a la vez proteger al erario público de posibles actos de corrupción que pudieran suceder en la contratación. En su encabezado se leía: “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. (Ley 1150 de 2007).

La Ley así aprobada trajo cambios importantes. En relación con el modo de contratar se observan cuatro modalidades: Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa. Como verdadera novedad se consagra la Contratación Pública Electrónica, cuyo beneficio principal, aparte de brindar la comunicación con terceros en forma fácil e inmediata, el intercambio de información y de lograr hacer la publicidad a través de medios electrónicos de los procesos contractuales, es la creación del Sistema Electrónico para la

Contratación Pública, SECOP que tiene como objeto unificar y articular los diferentes sistemas de información y gestión contractual y convertirse en el único punto de ingreso de datos y generación de reportes para las entidades públicas y la ciudadanía.(Solarte y Sánchez,2007, 72).

Este SECOP funciona de consuno con el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal, SICE.

### **Colombia Compra Eficiente en materia de Obras Públicas.**

Por medio del Decreto 4170 de 2011, el Presidente de la Republica crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- buscando generar una política clara y eficiente en materia de compras y contratación pública para lograr que el quehacer institucional, la gestión de los servidores públicos en materia de compras y contratación, pueda ser medida, monitoreada y evaluada y, por consiguiente genere mayor transparencia su obrar. Es la materialización de una institucionalidad rectora en gestión contractual que promueva, articule, implemente, haga seguimiento a las políticas que orienten la actividad estatal, proporcione instrumentos gerenciales en dicha actividad y por esa vía colabore en la mitigación del riesgo de corrupción en la inversión de los recursos públicos. (Decreto 4170 de 2011).

Es un organismo técnico especializado que orienta las entidades públicas a fin de disminuir sus costos de operación, optimizar los recursos del Estado, fortalece los escenarios de transparencia, formula parámetros para la adecuada gerencia y la planeación contractual pública. Así también se le reasigna la función de administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública. En síntesis se crea una entidad que concentra el impulso de las políticas publicas y desarrolla herramientas para asegurar que el sistema nacional de compras y contratación obtenga resultados óptimos en términos de valoración del dinero público a través de un proceso transparente.

## Marco conceptual

### El interés General en la Contratación Pública

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho esta 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 esta 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. (Corte Constitucional, C-713/09)

La defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues solo es valido y admisible jurídicamente el procedimiento contractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron. Corte Constitucional, C-932/07)

### La Selección Objetiva.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a ciertos criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el artículo 29 de la Ley 80, en el que se precisaba

que la selección del contratista debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento el legislador considero que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio —no un precio menor al definido en los pliegos, era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista. Luego el artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el tipo de negocio previera el legislador.

El artículo 29 de la Ley 80 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 y la materia fue nuevamente regulada en el artículo 5 *ibidem*. Se establecieron los siguientes criterios generales para la elección del contratista: (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. Así mismo la corte ha avalado la constitucionalidad de la licitación o concurso público como procedimiento de selección del contratista por excelencia, dirigido a la selección objetiva. En particular, la corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. El primero ligado al artículo 13 constitucional con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 de la carta y con los principios de la función administrativa. (Corte Constitucional, S-300/12)

### **Eficacia y Eficiencia en la Función Administrativa**

En cuanto a los principios de eficacia y eficiencia podemos afirmar que están íntimamente ligados al ejercicio de la función pública en busca de lograr los fines del Estado. Así es que se ha señalado que la eficacia es una cualidad de la acción administrativa. La Corte Constitucional ha señalado que "...la eficacia hace relación al cumplimiento de las determinaciones de la

administración y la eficiencia a la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. La eficiencia se trata de la máxima racionalidad de la relación costo-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público.” (Corte Constitucional, Sentencia C-826-13)

El principio de eficacia no se reduce al simple cumplimiento de las disposiciones y exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o la abstención estatal. Este principio se explica en cuanto se comprenda que las soluciones brindadas por la administración a los problemas que presenta la colectividad, han de ser ciertas, efectivas y proporcionales a estos.

### **La Planeación en los Procesos de Contratación de Obra Pública**

Todo objeto que se persiga dentro de la Administración Pública necesariamente debe fundamentarse en un trabajo de planeación que considere todos los factores y los disponga en forma tal que lo buscado se haga posible. En sí la Planeación es básica en todo el movimiento de la administración y la función pública, como el trabajo en procesos, con indicadores de gestión y con sustento en proyectos, por eso se incorpora el concepto de líder de proyecto, concepto tomado del sector privado donde se acostumbra a trabajar bajo estrictos parámetros de medición. (Solarte y Sánchez, 2007, 127).

Las normas básicas sobre la planeación en la contratación están consagradas en el artículo 25 de la Ley 80 cuando, entre otros puntos, se dice:

*6° Las entidades estatales abrirán licitaciones, e iniciaran procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.*

*7° La conveniencia e inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o a la firma del contrato, según el caso.*

*12° Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.*

*La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseño de los proponentes.*

*13° Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, teniendo como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”*

Así mismo los estudios previos están regulados en el Decreto Reglamentario 2170 de 2002 en la siguiente forma:

*“Los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a los procesos de selección y deberán contener la siguiente información:*

- 1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
- 2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o pre-diseño.*
- 3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto plazo y lugar de ejecución del mismo.*
- 4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.*
- 5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deban ser amparados por el contratista.”*

En síntesis podemos afirmar que todo lo que se deba realizar la administración pública debe ser cuidadosamente planeado, siguiendo los parámetros consagrados en la ley. Observamos

que la legislación contempla minuciosamente todos y cada uno de los pasos que han de seguirse para alcanzar los objetivos propuestos. Pero, lastimosamente, aún con una cuidadosa labor de planeación existe la posibilidad de que no todo se cumpla como estaba pensado, suelen ocurrir cosas que resultan imprevistas, en otras palabras, siempre en toda actuación esta presente el riesgo, y este riesgo también recibe un tratamiento dentro de la contratación.

### **Lo Contingente en el Contrato de Obra Pública**

Cuando tiene lugar un acuerdo de voluntades y se plasma en un contrato todo lo convenido, solemos esperar que lo pactado se cumpla. En ese inicio las partes intervinientes no tienen una expectativa diferente a cumplir con las obligaciones que suscribió y, por supuesto, a recibir la contraprestación prometida por la otra parte. Ambas partes tienen la seguridad de poder cumplir ya que por eso se obligaron. Pero también suele ocurrir que las cosas no se dieron para alguna de las partes por razones que le pueden ser o no ajenas. Cuando las razones del incumplimiento no les son ajenas, la parte es declarada responsable y se vera obligada a cumplir e indemnizar a la otra. Cuando las razones les son ajenas entonces puede ser declarada eximida de responsabilidad y, tal vez, no se verá obligada a cumplir e indemnizar a la otra. En cualquiera de las dos situaciones hay un daño y a las causales de ese daño las denominamos contingencias.

De otra parte también cuando se adelanta un contrato cada una de las partes debe obrar responsablemente, de forma tal que se ha de ser cuidadoso con la elección de la otra parte, debe cerciorarse de la capacidad del otro, de su idoneidad para hacer lo que se pretende que haga, que lo haga en el tiempo previsto y con la calidad esperada, que lo que reciba sirva y que dure lo razonable. Lo contingente en esta situación corresponde a lo que llamaremos la calidad del deudor. Igualmente la otra parte de la relación contractual esperará recibir el pago prometido. Cuando las contingencias no tienen causa en la voluntad del deudor sino en hechos ajenos a este la consideraremos circunstancial. Pero, lo que es más importante, es necesario que cada parte exija garantías que le aseguren que, de una o de otra forma, habrá de recibir lo esperado.

El conjunto de posibilidades de que los resultados esperados no se consigan se denomina riesgo, y de la consideración del riesgo en los contratos estatales se ocupa el

legislador en la reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007, la encontramos en el artículo 4° que trata de la distribución del riesgo en los contratos estatales. Allí se establece que:

.....los pliegos de condiciones deberán establecer la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su asignación definitiva. (Becerra, 2008, 13)

### **Indicadores de desempeño en el Sistema de Compra Pública**

Son instrumentos que sirven para medir y evaluar el comportamiento de Compra Pública Colombiano. Estos deben cumplir unas condiciones que son: i) ser simples y claros de modo que ofrezcan una sola interpretación; ii) Ofrecer beneficios equivalentes, tanto al ente rector del Sistema de Compra Pública, como a los particulares y en general a todas las personas interesadas; iii) ser costo-efectivos, así el costo de obtener la información y calcular los indicadores será acorde al valor que estos ofrecen; iv) evitar la posible manipulación de los indicadores; y v) ser replicables, pues las mediciones deben actualizarse con frecuencia, de acuerdo con la disponibilidad de la información en el tiempo. (Colombia Compra Eficiente, Indicadores, primer párrafo.)

En este momento se trabajan cinco indicadores de gestión con las siguientes dimensiones:

1. Valor por dinero, entendido como economía, eficiencia y eficacia. La economía hace referencia a que el valor de lo pagado es apropiado para lo recibido, teniendo en cuenta la calidad y los costos asociados.
2. Integridad y Transparencia en la competencia, que se traduce en evaluar las garantías existentes para que la contratación se lleve a cabo de forma transparente, mediante procesos que fomenten la competencia. Información oportuna, relevante y equitativa para todos los participantes.

3. Rendición de Cuentas, La capacidad de las entidades estatales para visibilizar y responder por su gestión contractual
4. Manejo del riesgo, relacionado con la capacidad de minimizar los riesgos contractuales previsibles.

Cada uno de estas dimensiones contiene una serie de indicadores que permiten evaluar diferentes aspectos de la gestión contractual a nivel de cada modalidad de contratación y de cada entidad. (SECOP, 2015)

### **La Caducidad en la Contratación Estatal**

La Caducidad en materia contractual es, según lo establecido en la jurisprudencia, la doctrina y la ley, como un privilegio o prerrogativa que tiene el Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan ciertas circunstancias que impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención de la administración a fin de garantizar que el interés general no se afecte. ([http://Corte Constitucional.gov.co](http://CorteConstitucional.gov.co), T-569, 1998)

La facultad que tiene la administración pública de declarar unilateralmente la caducidad de un contrato estatal es la máxima expresión de superioridad del Estado frente a un particular. Para que haya lugar a declarar la caducidad es necesario que ocurran hechos que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, de que la obra se va a paralizar, hecho que perjudica el interés general.

Existen dos clases de Caducidad en materia contractual, la una es la que tiene como fuente las causales previamente pactadas en el contrato y, la otra, la genérica, que surge del hecho del incumplimiento del contratista. (Solarte y Sánchez, 2007, 6).

### El Paso Deprimido de la Calle 94

La construcción de la intersección nació con el Acuerdo 180 del 2005, cobro de valorización por beneficio local. En abril de 2009 se abrió licitación, que finalmente fue adjudicada al Consorcio Conexión, con el Contrato IDU N°068-2009, por un valor de \$45.000 millones que incluía los diseños de la obra y su construcción.

El objeto del contrato fue la construcción de una intersección a desnivel de tipo glorieta que permitiera: i) Funcionamiento del sistema sin la utilización de semáforos, ii) Darle flujo sin interrupción a la carrera 9ª, que en el punto de la autopista recoge el mayor flujo vehicular de la carrera 30, iii) Darle flujo sin interrupción al flujo vehicular de la calle 94, arteria que descongestionaría ese concurrido sector del norte de Bogotá, iv) No afectar el trazado de la vía férrea, que corre paralela a la carrera 9ª, que en un futuro de mediano plazo será utilizada por el tren de cercanías, v) Construcción de las orejas que permitieran los siete giros posibles, vi) Paso a desnivel que conecta la carrera 9ª. Con la Avenida 19. vii) Construcción de las calzadas necesarias y los senderos peatonales y viii) Construcción de los desagües y sumideros necesarios y ix) Dotar la parte construida de un sistema de iluminación. (Instituto de Desarrollo Urbano, boletín de prensa, 2010)

Transcurrido un año en el desarrollo de la obra la interventoría comenzó a mostrar en sus informes la ocurrencia de incumplimientos reiterados. En 2010 el Consorcio Conexión fue multado por el IDU con el fin de apremiarlo para que se pusiera al día en sus obligaciones, cosa que no ocurrió, por lo que se tomó la decisión de declarar la caducidad del contrato y liquidarlo. El IDU inicio el proceso de declaración de la caducidad el 25 de mayo de 2011, fundamentado en los incumplimientos del contratista. Finalmente, por medio de la Resolución 3765 de fecha 15 de agosto de 2012, se le declaro la caducidad. El día 02 de septiembre de 2011, en audiencia pública se le notifico la medida. “Cuando se adelanto la declaración de caducidad del Contrato este estaba adelantado en un 80% en la fase de diseño. Se le adelanto el cobro de la clausula penal pecuniaria que tenía un valor de \$6.286S millones.” (Publimetro, 2016, párr. 1).

Inmediatamente, en octubre de 2011, se abrió una nueva licitación para el proyecto por \$86.000 millones de pesos, que tenía por objeto terminar los diseños y adelantar la construcción del proyecto, el cual fue adjudicado al consorcio AIA-Concay, en febrero de 2012, con el

Contrato IDU N°005-2012, para ser realizada en un plazo de 36 meses. La etapa de construcción inicia con el desvío de las redes hidrosanitarias en el día 07 de febrero de 2013, su duración ha sido calculada en ocho meses. También se confirma que durante el proceso de desvío de redes, se realizarán las labores de retiro de la arboleda.

En 2012 al iniciar la etapa de complementación, cuando se terminan los diseños, el contratista informó que para construir el proyecto se requieren \$166.000 millones. En 2013 empiezan los inconvenientes que causan atrasos en la obra, problemas con las redes de servicios públicos (retraso de diez meses); luego, el daño en la fachada de un edificio vecino a la obra (retraso de tres meses); y por último la remoción de un tanque de reserva de agua construido en el espacio público (retraso de seis meses); (Secretaría General del Distrito, 2016).

Todas dificultades de tipo técnico, algunas asociadas directamente con el traslado de las redes húmedas y secas, en razón de que la ubicación real de las mismas difiere ostensiblemente con lo consignado por cada una de las empresas de servicios públicos en sus planos, además de la antigüedad y el mal estado de las redes en que se encuentran, ocasionan intervenciones mayores a las previstas contractualmente, acorde con las renovaciones exigidas por cada una de las ESP.

El atraso de la obra sucedió en razón de que la ubicación de la red matriz de Tibitoc de suministro de agua potable, manejada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, tuvo que ser cambiada de sitio. La tubería, que tiene un diámetro de 2 metros, a lo largo de un tramo de 750 metros, debió ser cambiada de su asiento inicial para permitir el desarrollo de la obra. La tubería hubo de ser desplazada de la calzada occidental de la carretera 9ª entre calles 93 Bis y 97, a la calzada oriental en el mismo tramo, solo que ahora quedo por debajo de las obras subterráneas de la obra. En este punto el avance de las obras quedo en el 75%. (Instituto de Desarrollo Urbano, Boletín de Prensa # 741, 2015).

La Dirección Técnica de Construcciones del IDU afirma que los atrasos persisten en razón de que hay dificultades con las empresas de servicios públicos, puesto que todavía quedan unos sistemas de redes que no se han podido terminar ni trasladar.

Algunos atrasos que presentan las obras se deben a problemas con los vecinos. Puntualmente con los residentes del edificio Suite Crown Building, que se oponen a la

ampliación de redes de servicio, generadas por el necesario desplazamiento que han sufrido en razón de los traslados de las mismas para habilitar espacios indispensables para las obras. De acuerdo con la documentación que reposa en la entidad, el tanque de agua potable del edificio fue construido sobre el espacio público y no al interior del inmueble como lo exigen los planos aprobados.

El IDU, ante la situación presentada, inicio el 22 de diciembre de 2009 el proceso de adquisición parcial de la zona de antejardín. Ante el rechazo de la oferta de compra se ordeno la expropiación por vía administrativa, y se procedió a hacer el pago respectivo, el cual quedó consignado en el Banco Agrario desde el 09 de noviembre de 2011. En razón de que no ha sido posible que la comunidad de residentes del mencionado edificio adelante el traslado del tanque de agua, el hecho se ha convertido en un obstáculo para el desarrollo de la obra del deprimido. La localización del tanque interfiere con la construcción de las canalizaciones necesarias para las redes de servicios públicos. (Instituto de Desarrollo Urbano, Boletín de Prensa #643, 2011)

A la fecha de hoy, el IDU afirma que la obra se ha desarrollado en un 80%.

#### **Los problemas de financiación de la obra del Deprimido de la Calle 94**

La obra se financia con recursos provenientes del recaudo de valorización por beneficio local, recaudo que tuvo lugar en el año 2008 y que alcanzo la suma de \$43.868 millones.

El contrato actual es el IDU-05-2012, con un valor de \$85,267 millones, que en razón del cambio de vigencia se ajustó en \$2.834 millones, para un valor contratado de \$88.207 millones.

Si recordamos que la financiación inicial del proyecto provenía del impuesto de valorización encontramos que difícilmente se podrá autorizar un nuevo cobro de valorización por la misma obra. Es necesario entonces que se le solicite al Concejo de Bogotá la adición presupuestal. El contrato inició el 19 de abril de 2012 en su parte preliminar, y se iniciaron obras el 23 de enero de 2013, el plazo contratado fue de 20 meses y la entrega fue pactada para el 22 de junio de 2014.

La forma de financiación del proyecto es incierta. El IDU propone un nuevo cobro de valorización. En rueda de prensa la Dirección General del Instituto anunció un déficit de \$107.000 millones en la obra. Al momento, y para garantizar su normal desarrollo, el faltante se ha cubierto con otras fuentes de dinero del Distrito. Se han utilizado recursos -de Transferencia Ordinaria y de Sobre Tasa a la Gasolina- que financian obras de mantenimiento de la malla vial, espacio público y ciclo-rutas.

La construcción de la obra pasó de costar \$48.000 millones a costar \$186.000 millones debido a que, en su momento, según afirmó el actual director del IDU, "...la estimación de costos se hizo con un proyecto que no estaba diseñado". (El Tiempo, 2015).

### Marco Metodológico

Para adelantar la investigación es necesario comenzar diciendo que los sujetos que intervienen son dos. De una parte el Estado y por la otra los particulares.

En la primera parte nos ocupamos de contar acerca de todos los privilegios y prerrogativas con que cuenta el Estado para materializar su voluntad en el tema de la Contratación Estatal, lo cual nos da una idea clara de la calidad de una de las partes del contrato y que motiva a que sea considerado como especial. En primer lugar el clausulado exorbitante que le permite resolver situaciones que no le son favorables (caducidad, interpretación unilateral del contrato, etc.); En segundo lugar La constitución de un estatuto general que le organiza todos los factores del proceso de contratación en forma que le es claramente ventajosa, regula el contrato en toda su extensión previniendo la comisión de errores (selección de proveedores, licitación pública); y, en tercer lugar, el establecimiento de instrumentos que le permiten allanar el camino en la consecución de recursos cuando las condiciones así lo exijan (declaratoria de utilidad pública, expropiación). Está investido de todas las facultades y poderes para ejercer el más estricto control en el proceso de contratación. Puede decidir, si algo inconveniente encuentra, si modifica, adiciona, reforma o termina un contrato.

En una segunda parte tenemos en cuenta los principios y conceptos sobre los cuales se debe realizar la actividad contractual del Estado en busca del cumplimiento de sus fines, y el marco legal correspondiente.

En una tercera parte abordamos el conocimiento del asunto que llamo nuestra atención, que es el desarrollo del contrato de construcción del Deprimido de la Calle 94. Establecer el objeto del contrato; las partes intervinientes; si se trató de un solo contrato o cuántos contratos se adelantaron; los problemas que se han presentado a lo largo de estos ocho años y el tiempo y la forma como se resolvieron y, a la fecha, el estado de la obra.

Finalmente, cuando conjugamos esos tres factores, podremos llegar a una conclusión que nos ofrezca el conocimiento claro del asunto que generó nuestra preocupación.

## Resultados

En nuestro medio una obra pública cualquiera tiene origen en la existencia de un problema o de una necesidad puntual de la colectividad que el Estado, en busca de sus fines, debe solucionar o satisfacer. Los instrumentos indispensables para lograrlo se encuentran consagrados en la ley. El proceso inicia con los estudios y diseños de la solución, los que tienen por objeto decirnos las posibilidades de desarrollar esa solución, su costo aproximado, la duración en tiempo y, por supuesto, la mejor forma de lograrlo

Al empezar a considerar las razones que determinaron retrasos en la construcción de la obra debemos mencionar que fueron dos los contratos que se suscribieron para desarrollarla. El primero con el Consorcio Conexión que había comenzado el 15 de Abril de 2009 y que terminó con declaración de caducidad, motivada por continuos incumplimientos, el día 11 de Septiembre de 2011. Habrían de transcurrir cinco meses para que se reiniciaran las labores con el nuevo contratista, el Consorcio AIA-Concay. El retraso en obra en este caso es difícil precisar, baste con decir que cuando se declaró la caducidad al primer contratista se tenía apenas el 80% de los diseños, en tanto la labor de construcción apenas si comenzaba.

Si la declaratoria de la caducidad estuvo motivada por continuos incumplimientos esta razón obedece a la capacidad del contratista, por consiguiente se puede afirmar que el proceso de selección del oferente no se adelantó con la rigurosidad necesaria en tanto su capacidad financiera o su capacidad técnica no fueron correctamente evaluadas. Aquí vale presumir la infracción al deber de selección objetiva consagrado en el numeral 1 artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 que habla de analizar los criterios de capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización que quedaron en entredicho ante los incumplimientos presentados.

Una vez en marcha el nuevo contrato, tres fueron los principales problemas que determinaron retrasos en su avance: La adquisición de un predio, parte de un antejardín, de un edificio residencial; daños en la fachada de otro edificio vecino atribuidos al impacto de las obras; y el traslado de la red de suministro de agua potable para habilitar espacios para las obras.

El de mayor demora fue el primero en tanto tomó seis años resolverlo. La necesidad de ese espacio se estableció desde el inicio del primer contrato cuyos estudios así lo determinaron.

En ese momento se hizo la propuesta de compra la cual fue rechazada, lo que dio paso a un proceso de expropiación que demoró en concretarse puesto que los propietarios debían trasladar un depósito de reserva de agua potable al interior del edificio y se demoraron en hacerlo. De acuerdo a la asignación del riesgo esta eventualidad corresponde ser asumida por el contratante. Por supuesto esta situación fue motivo suficiente para conceder una prórroga en el cumplimiento del contrato.

Los daños en la fachada de una edificación vecina fueron achacados al impacto causado por las actividades de la obra. Los propietarios de la misma reclamaron ante el IDU y como no recibieron la respuesta que esperaban, entablaron una demanda ante un juzgado. El juez ordenó una suspensión temporal de los trabajos. Finalmente se logró llegar a una conciliación y la suspensión fue levantada, el resultado: cuatro meses de retraso. De acuerdo a la asignación del riesgo esta eventualidad debía ser asumida por el contratista. Esta nueva situación motivó una nueva prórroga. La atención a este tipo de situaciones está considerada en el sentido de que le corresponde a la parte que le ha sido asignada la función de la contingencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que habla sobre la distribución del riesgo en los contratos estatales de obra pública. Diligencia que debe surtir antes de la presentación de la propuesta de los oferentes.

El traslado de la red matriz de suministro de agua potable fue el evento que mayor retraso causó en el desarrollo del contrato. Se trató de una labor mayúscula: mover, de un costado al otro de la Avenida 9ª, una tubería de dos metros de diámetro a lo largo de setecientos cincuenta metros, a una profundidad de cuarenta metros utilizando una tuneladora. En un principio se calculó en ocho meses la duración de estos trabajos pero finalmente se concretaron en quince. De acuerdo a la asignación del riesgo esta eventualidad debía ser asumida por el contratante. En consecuencia hubo de concederse una nueva prórroga en el plazo del contrato. Más que una contingencia la consideramos un requisito no atendido a tiempo por la administración, pues no se entiende cómo se puede ignorar la existencia de la red matriz del acueducto, aún con la disculpa de que "...la ubicación real difiere ostensiblemente de lo consignado en planos por las empresas de servicios públicos". De acuerdo a esto último se presume una infracción a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8º del Decreto Reglamentario 2170 de 2002 que se refiere a la necesidad de adelantar los estudios previos, anteriores a la apertura de los procesos de selección que deben

contener “la definición técnica de la forma en que se busca satisfacer la necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o pre-diseño.” (Decreto 2170 de 2002).

Pero no solo se han presentado problemas por las demoras, también observamos que tiene problemas de financiación. El proyecto nació dentro del Acuerdo 180, obras a realizar con dineros provenientes del impuesto de valorización, y el recaudo que se hizo no es ni la cuarta parte del costo final de obra. La construcción se ha financiado temporalmente, con dineros provenientes de otras fuentes, en parte con dineros de mantenimiento de la malla vial, ciclo rutas y mantenimiento del espacio público, lo que quiere decir que se han descuidado estos rubros para atender aquel. Lo peor es que todavía es incierta la manera como ha de cubrirse ese déficit presupuestalmente.

### **Conclusiones**

En el momento en que se hace este escrito, la obra acusa un desarrollo del 80%. Los retrasos son varios y las responsabilidades son compartidas por los contratantes. Estos retrasos se traducen en un aumento de los costos por mayor permanencia en obra y, en virtud del principio de conservar el equilibrio de la relación contractual, se producen ajustes en los presupuestos para poder cubrirlos, que en consecuencia produce el desbarajuste en las finanzas públicas.

En resumen, el ejercicio de la función pública en este caso no se ha adelantado conforme a los principios de eficacia y eficiencia que deben caracterizarla y se falló seriamente en el proceso de planeación, principalmente en la fase de pre-diseño. De contera se ha causado grave lesión en las finanzas públicas, desconociendo el principio del Interés General lo cual debe generar graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron. El artículo 62 de la ley 80 consagra la intervención de la Procuraduría y demás agentes del Ministerio Público quienes conocerán de oficio o a petición de cualquier persona, adelantar las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la Contratación Estatal y promoverán las acciones a que haya lugar. De igual forma la Contraloría debe ejercer el control fiscal una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Debemos tener en cuenta que los entes de control están presentes a lo largo del desarrollo del proceso contractual y validan las actuaciones que se van surtiendo, de tal manera que al final se podría

afirmar que ejercieron el debido control, pero esto no es cierto puesto que no se analizó la situación en conjunto. Se aconseja entonces pedir al legislativo que expida norma que obligue a adelantar investigaciones, tanto disciplinarias como fiscales, en todos aquellos contratos que hayan recibido declaratoria de caducidad, como también aquellos en los cuales las adiciones sean mayores al 50% del valor adjudicado.

## Referencias Bibliográficas

- Becerra, A.D.(2008), *Los riesgos de la Contratación Estatal*. Bogotá, Editorial Leyer.
- Colombia. (2012) *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*
- Colombia. Congreso Nacional (1993, 28 de Octubre). “Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. *Diario Oficial* .num.41763, de 29 de Octubre de 1993, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional (2011, 17 de Julio). “Ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993”. *Diario Oficial*, núm. 46137, de 18 de Julio de 2007, Bogotá.
- Colombia, Congreso Nacional (2011. 24 de Junio) “Decreto 4170 de 2011, por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente”, *Diario Oficial* núm. 46217 de Junio 25 de 2011, Bogotá
- Colombia, Congreso Nacional (2002, 09 de Septiembre) “Decreto Reglamentario de la Ley 80 de 1993” *Diario Oficial*, núm. 44621 de Septiembre 10 de 2002, Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2009, 15 de Octubre). “Sentencia T 733 09”. M.P. Sierra Porto. H.A., Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2009, 07 de Octubre). “Sentencia C 713 09”. M.P. Calle Correa, M.V., Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2007, 08 de Noviembre). “Sentencia C 932 07” M.P. Monroy Cabra, M.G., Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2013, 13 de Noviembre) “Sentencia C 826 13” M.P. Vargas Silva, L.E., Bogotá
- Colombia, Presidencia de la Republica (2011, 3 de Noviembre). “Por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se determinan sus objetivos y estructura”. *Diario Oficial*, núm. 46242, de 19 de Julio de 2011, Bogotá.
- Instituto de Desarrollo Urbano, IDU *Boletín de Prensa*, Recuperado de <http://www.idu.gov.co>.
- Publimetro. (Mayo 2016). *El Deprimido de la 94, Obra Inconclusa cinco años después*. ...  
Recuperado de <http://www.construcciones.com.co>

Secretaría de General del Distrito, Informe de Resultados, Recuperado de  
<http://www.bogota.gov.co>.

Solarte, F. y Sánchez A. F. (2007). Análisis a la Reforma a la Contratación Estatal y otros temas.  
Bogotá: Editorial ABC Ltda.