

Ética y eficiencia: del necesario fortalecimiento de la planeación en la actividad contractual del Estado

Carlos Ricardo Mendieta Pineda¹

Recibido: 21/11/2018 Aceptado: 3/12/2018

I. Introducción

La posibilidad de realización efectiva de los fines que, por mandato de nuestra Constitución, le han sido encomendados al Estado en materia de servicio a la comunidad, tales como la promoción de la prosperidad general y garantía de la efectividad de los principios, deberes y derechos, requiere, además de una conducta moral y transparente, la observancia de precisos postulados de eficiencia, competitividad y eficacia, sin los cuales, no es posible asegurar la asignación eficiente de los recursos disponibles en la economía, que es supuesto necesario de bienestar y de igualdad.

La eficiencia en la asignación de los recursos sociales responde a un criterio de bienestar por el que se alcanza la maximización de los beneficios colectivos y la minimización de sus costes; esto es, aquel

Resumen

El presente artículo resalta el papel y la importancia que cumple la planeación, preparación y maduración de proyectos en el proceso de realización de los fines de la contratación del Estado, por corresponder a un elemento principal que debe tener lugar en el proceso precontractual para la maximización de los beneficios y la optimización de los costos. Asimismo, destaca los efectos adversos que se derivan para el bien común, producto de la información imperfecta, la falta de planeación y de preparación de los proyectos que, de manera particular, se traducen en una pérdida de bienestar para toda la colectividad, esto por el mayor estado de incertidumbre frente a la posibilidad de consecución efectiva de los fines esperados con la contratación, los mayores costes asociados a la realización de los proyectos y la menor capacidad de administración y gestión del riesgo. De esta forma, la planeación y correcta preparación de los proyectos por parte de las administraciones públicas, es presupuesto de eficiencia en la actividad contractual del Estado, así como, para la equivalente y proporcionada distribución de cargas y beneficios.

Palabras clave

Planeación, eficiencia, eficacia, bien común, información imperfecta, incertidumbre, fines de la contratación, maximización de beneficios, optimización de costos.

¹ Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona (España), abogado de la Universidad Libre, economista y especialista en Derecho Público de la Universidad Externado, catedrático de Derecho Administrativo y Contratación Estatal de la Universidad El Bosque (Bogotá). Tesis doctoral: Acuerdos Público-Privados para la provisión de infraestructuras públicas: supuestos de eficiencia de la concesión de obra como principal instrumento de gestión con especial consideración experiencia colombiana (Barcelona, 2017). Contacto: mendietacarlosr@hotmail.com



Abstract

This article highlights the role and importance of the planning, preparation and maturation of projects in the process of realization of the purposes of State procurements, as it corresponds to a main element that must take place within the pre-contractual process for the maximization of the benefits and the optimization of costs. It also highlights the adverse effects that are derived for the common good due to imperfect information, lack of planning and preparation of projects that, in a particular way, result in a loss of well-being for the whole community, due to the greater state of uncertainty in the face of the possibility of effectively achieving the expected ends with the hiring, the higher costs associated with the realization of the projects and, the lower capacity of administration and risk management. In this way, the planning and correct preparation of projects by public administrations, is a assumption of efficiency in the State's contractual activity, as well as, for the equivalent and proportionate distribution of workloads and benefits.

Keywords

Planning, efficiency, effectiveness, common good, imperfect information, uncertainty, hiring purposes, profit maximization, cost optimization.

estado, en el que con la misma cantidad de recursos disponibles, se obtiene a través de la evaluación de escenarios o medios alternativos, el máximo bienestar o resultado para el consumidor (la colectividad) o en el que, con los mismos recursos, no es posible a través de otro medio alternativo, obtener un mayor estado de bienestar para toda la colectividad. Siendo precisamente dicha máxima de racionalidad de la relación costos-beneficios, la que permite un mejor aprovechamiento de los recursos públicos y los consecuentes mayores estados de bienestar.

Ahora bien, cuando estamos en presencia de decisiones de compras públicas por parte de la Administración del Estado, la posibilidad de asignación eficiente de recursos, requiere por su parte, de procesos competitivos, bien planeados e informados, pues el mercado funciona gracias a la información, al sistema de precios y al autogobierno de mercado. Decisiones de compra mal informadas que resultan de la «información imperfecta», o la existencia de factores que alteren el sistema de precios, ej., los monopolios u oligopolios, se instituyen en una falla de mercado que afecta el proceso de asignación de los recursos. La información imperfecta en procesos de compras públicas, resulta principalmente de la falta de planeación o de preparación del proyecto².

En dicho orden, se busca mostrar a través del presente artículo, cómo la pérdida de bienestar de la colectividad asociada a los procesos de compras públicas, no solo resulta de la comisión de conductas típicas, v.gr., el cohecho, la concusión o el peculado, sino que la misma también encuentra como causa la falta de planeación, las prácticas restrictivas de la competencia o de la libre concurrencia y, en general, la toma, por parte de las administraciones públicas, de decisiones socialmente ineficientes.

II. La planeación en la actividad contractual del estado

La planeación cumple un papel principal en el proceso de compras públicas, pues, a través de la misma, se maximizan los resultados esperados con la contratación y se minimizan sus costos. Permite además, de manera previa a la contratación, identificar cuál, de las distintas alternativas de decisión de que dispone la Administración, responde mejor al bien común o interés general, con lo cual, se podrán establecer de manera precisa, esquemas equivalentes y proporcionados de distribución de cargas y de beneficios, y de asignación de riesgos.

2 “...los individuos suelen tomar decisiones basándose en una limitada información. Si se dispusiera de más información, se podrían hacer mejores predicciones y reducir el riesgo. Como la información es un bien valioso, la gente paga por ella. El valor de una información completa es la diferencia entre el valor esperado de una opción cuando la información es completa y el valor esperado cuando es incompleta”. Pindyck, Robert S., y Rubinfeld, Daniel L. *Microeconomía*. 5a ed. Madrid, 2003, p. 154.



Imaginemos dos escenarios dónde la Administración Pública se enfrenta a un dilema en la toma de decisión. En el primero, tiene la posibilidad de planear y preparar cuidadosamente un proyecto y, disponer de información plena para la toma de una decisión de inversión socialmente eficiente, que asegure la satisfacción efectiva de las necesidades de su población, pero en dicho proceso, pareciera requerir un mayor tiempo de espera el proceso de visibilización de los resultados de la gestión (primero se diseña y luego se contratan las obras) y, por tal razón, llegar a ser considerado en el corto plazo, como un proyecto poco atractivo desde el punto de vista de la rentabilidad política.

En el segundo, la Administración tiene la posibilidad de despojarse de sus responsabilidades de planeación y de preparación y, en su lugar, trasladar dicha carga a un tercero o al futuro colaborador contratista que, para el caso de una obra pública, deberá elaborar los estudios y diseños de construcción, para luego proceder a su realización. Escenario que por la confusión de labores en una sola (diseño y construcción), puede eventualmente requerir un menor tiempo de espera para la visibilización de aparentes resultados de la gestión, que lleven a considerarlo, en el corto plazo, como un proyecto muy rentable desde el punto de vista político.

Frente a las posibilidades planteadas en la toma de decisión son previsible, en el escenario de falta de planeación,

alguno de los siguientes resultados: si el proyecto no se planea o prepara cuidadosamente, con el paso del tiempo, las obras no se realizarán o resultarán más costosas para toda la colectividad y, alguien a futuro se preguntará: ¿por qué tenemos que asumir mayores cargas económicas por la realización de las obras?, ¿por qué no se realizaron las obras?, ¿qué pasó con los recursos destinados para la realización del proyecto?

En su lugar, si la responsabilidad de planeación del proyecto y de ejecución de las obras se confunden en un solo contrato (excepto contratos de asociación público privada o de concesión en los que el sector público no asume ningún compromiso u obligación de pago), con el paso del tiempo, quedarán en evidencia las mayores cargas que asume el sector público en la realización de las obras, producto del desconocimiento de su valor real, así como, la mayor exposición frente al riesgo de renegociación de los contratos o de controversias contractuales y alguien a futuro se preguntará: ¿por qué se negó al sector público la oportunidad de proveer una mayor cantidad de obras con los mismos recursos?, ¿por qué resulta tan onerosa la realización de las obras a través de esta modalidad?, ¿por qué la colectividad debe sacrificar sus oportunidades de desarrollo y de bienestar por las mayores cargas que se derivan de este tipo de proyectos?

Conforme a los cuestionamientos planteados y con el propósito de dilucidar el papel

que cumple la planeación en el proceso de realización de los fines del Estado, procedemos a explicar las razones de importancia, así como su relación con los supuestos de eficiencia de la contratación.

A. Importancia de la planeación en los procesos de contratación del Estado

La efectiva consecución de los fines y objetivos perseguidos con la suscripción de un contrato de la Administración, la maximización de sus beneficios y la optimización de sus costos, requiere de un adecuado proceso de planeación, evaluación y preparación previa a la contratación. Mediante la planeación se reduce la incertidumbre sobre la probabilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación, se mejora la capacidad para la administración de los riesgos que pueden tener ocurrencia en ejecución del contrato, se mitiga la exposición frente a riesgos de prácticas restrictivas de la competencia, de peculado, cohecho o de concusión, se minimiza el riesgo de modificación o de variación de las condiciones iniciales de la contratación y, en general, se disminuye la exposición de las partes frente al riesgo de controversias contractuales³.

3 La planeación, "... constituye un proceso mediador entre el futuro y el presente. Se ha señalado que el futuro es incierto, puesto que lo que ocurrirá mañana no es tan sólo una consecuencia de muchas variables cambiantes, sino que fundamentalmente dependerá de la actitud que adopten los hombres en el presente, pues ellos son, en definitiva, los que crean esas variables. El futuro construido por todos nosotros, incidirá en cada agente econó-



La planeación corresponde a un proceso para la toma de decisiones, a través del cual, mediante el desarrollo de acciones en el presente, se pueden evaluar y definir los medios más adecuados para conseguir en un futuro, que la asignación de recursos se efectúe con criterios de racionalidad, de previsión de hechos, de fijación de metas coherentes y coordinadas. Asimismo, permite establecer el mecanismo más apropiado de intervención en un determinado sector y racionalizar la actividad de contenido económico del Estado.

En dicho proceso de planeación para la construcción de una obra pública, la realización previa de estudios y diseños de construcción cumple un papel principal: posibilita la estructuración de esquemas eficientes de: i) distribución de responsabilidades, ii) de asignación de riesgos y iii) de retribución⁴.

mico ahora, en el momento en que se debe efectuar el proceso de evaluar el proyecto cuyos efectos se esperan para mañana. Ese mañana afecta el presente, que es cuando se puede hacer algo para estar en condiciones de aprovechar las oportunidades del futuro. Explorar e indagar sobre el futuro ayuda a decidir anticipadamente en forma más eficaz. Si no se efectúa esa indagación y no se prevén las posibilidades del mañana, se corre el riesgo evidente de actuar en forma tardía ante los problemas ya creados u oportunidades que fueron desaprovechados por no haberlas previsto con suficiente antelación". Sapag Chain, Nassir y Sapag Chain, Reinaldo. *Preparación y Evaluación de Proyectos*. 4a ed. Madrid: Mc Graw Hill, 2000.

4 Marcou, Gerard (2000). La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos. En: *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*. Madrid: Editorial Civitas. ISBN 84-470-1443-6

Los primeros, se identifican por su equivalencia en la distribución de cargas y su precisión en la asignación de tareas y determinación de los objetivos de la contratación, permitiendo, en consecuencia, minimizar la probabilidad de un eventual cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas por las partes en virtud del convenio o, de no terminación de las obras contratadas conforme a las especificaciones mínimas de construcción previstas en el acuerdo de colaboración, constituyéndose, por dicha razón, en un vehículo eficiente para la mitigación de los riesgos jurídicos y económicos asociados a discrepancias relacionadas con el contenido o interpretación de las reglas contractuales⁵.

5 Relativo al deber de planeación, el Consejo de Estado señaló: "(...) los contratos del Estado "deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (...) "La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...) De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección ob-

Esquemas eficientes de asignación de riesgos deben responder a una precisa tipificación y caracterización del estado de riesgo (probabilidad por impacto), para su eficiente asignación y correcta definición de planes de mitigación, manejo o administración del estado de riesgo, lo cual se alcanza a través de precisos estudios técnicos, ambientales, sociales, prediales, económicos y financieros. La falta de estudios y diseños de construcción o de demanda de uso esperada de la infraestructura, aumenta la probabilidad de traslados ineficientes o ilusorios del riesgo, con los consecuentes mayores costes para el sector público, con lo cual, el presunto traslado de los riesgos de diseño y de construcción al sector privado, corresponde a un típico traslado ilusorio o ineficiente de dicho riesgo.

Esquemas eficientes de retribución en los contratos de obra, por su parte, alcanzan su óptimo, cuando se verifican esquemas equivalentes y proporcionados de distribución de cargas y de beneficios pues, en dicha situación, se maximizan los beneficios en relación con

jetiva (...) Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos (...)". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).



los costos, con lo cual, el esfuerzo presupuestal del Estado es acorde con las cargas que asumen los contratistas y se potencia la capacidad del sector público para la provisión de una mayor cantidad de infraestructuras.

Así las cosas, la falta de planeación o de elaboración previa de estudios y diseños de construcción en un proyecto de obra pública que comportan un compromiso u obligación de pago para el Estado se constituyen en un obstáculo para la consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos, y, además, se expone de manera grave al interés colectivo, al asumir mayores cargas en relación con los beneficios esperados de la contratación, dada la falta de información relativa al valor real de las obras de construcción. En un proyecto de construcción de una infraestructura pública, los costos totales de construcción se encuentran en función de la sumatoria de los precios unitarios y las cantidades unitarias de construcción, que son determinados conforme a los estudios y diseños de construcción y las características propias de mercado o del sector.

B. Consecuencias que se derivan de la falta de planeación

Para el caso de proyectos que no disponen de estudios y diseños de construcción, las cantidades de obra corresponden a un valor estimado, que tiene una mayor exposición frente al riesgo de mayores o menores cantidades de obra de acuerdo

a las características técnicas de cada proyecto (geología, topografía, humedad relativa, etc.), y que de forma adicional, al tratarse de proyectos que no disponen de información suficiente para el cálculo de los precios de construcción, corresponde a los estructuradores de los proyectos, asumir una mayor probabilidad de ocurrencia del riesgo e internalizar unos mayores costes de construcción, con lo cual, el Estado estará más expuesto a asumir mayores cargas de remuneración con cargo al presupuesto público, en contravención con los presupuestos que guían y orientan el bien común.

Es de señalar que la posibilidad de traslado de las labores de planeación, preparación y ejecución de los proyectos encuentra su razón de ser, cuando los proyectos se remuneran de manera exclusiva con cargo a la explotación económica de la infraestructura y, se trasladan de manera efectiva los riesgos de diseño, construcción y comerciales de demanda de uso de la infraestructura, vr.gr., el Project Finance. Buen ejemplo de este tipo de proyectos, lo observamos de manera global, así: el Eurotúnel, que es un túnel ferroviario que une a Francia con el Reino Unido a través del canal de la Mancha, abierto el 6 de mayo de 1994, con un coste de 16.000 millones de euros. La construcción del túnel fue financiada por sociedades privadas, sin intervención estatal, a cambio de la concesión de su explotación hasta el año 2052. El gobierno británico, dirigido por Margaret Thatcher, se opuso a la financiación pública del

proyecto, postura acordada con el gobierno francés en el Tratado de Canterbury⁶.

La planeación y preparación cuidadosa del proyecto por parte de la Administración, permite a la misma: i) establecer, de manera previa al surgimiento de la relación jurídico negocial, la posibilidad de consecución efectiva de los resultados esperados con la contratación; ii) evaluar el proyecto en función de los resultados, niveles de servicio o demanda de uso esperada con la realización del proyecto; iii) calcular el presupuesto de las obras de construcción, en función de las cantidades de obra requeridas y de los precios de construcción; iv) evaluar la relación jurídico negocial en función de la distribución de las cargas y los beneficios resultantes de la contratación; v) caracterizar los riesgos asociados a la realización del proyecto.

Por su parte, la concentración de las labores de diseño y de construcción en manos de un tercero o del futuro contratista de la Administración, lleva consigo un conjunto de efectos adversos, a saber: i) son limitadas las posibilidades de evaluación del proyecto de manera previa al surgimiento de la relación jurídico negocial, dada la falta de información asociada a la realización del proyecto; ii) el presupuesto de las obras de construcción corresponde a un valor estimado. La ausencia de estudios y diseños

6 Ruiz Ojeda, Alberto. El Eurotúnel: La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de Concesión. En: Revista de administración pública No. 132, 1993, pp. 469-529. ISSN 0034-7639



de construcción no permite calcular de manera efectiva las cantidades de obra requeridas para la realización del proyecto; iii) son limitadas las posibilidades para la caracterización efectiva de los riesgos técnicos o ambientales, por falta de información necesaria para el cálculo de la probabilidad o del impacto; iv) comporta una mayor exposición frente al riesgo de renegociación o de controversias contractuales por la falta de información.

De esta forma, la suscripción de contratos para la construcción de obras públicas, que: i) no disponen de estudios y diseños de construcción al momento de la contratación y, ii) comportan una obligación de pago para el presupuesto público; derivan para toda la colectividad, en unos sacrificios económicos que exceden los presuntos beneficios asociados a este tipo de contratación y que lesionan el bien común, pues en el largo plazo deberá asumir mayores cargas económicas, que se manifiestan a través de: i) esquemas de pagos diferidos (el contratista o inversionista cumple un mandato para la consecución de recursos de crédito y, la Administración le retribuye de manera diferida en el tiempo con vigencias futuras, asumiendo mayores cargas financieras); ii) riesgos ilusorios (cuando el sector público asume toda la carga de retribución del proyecto, indirectamente está reteniendo los riesgos presuntamente trasladados al sector privado) y, iii) mayor exposición frente al riesgo de renegociación contractual.

De esta forma, el bien común, elemento finalístico de la

actividad contractual del Estado (C. Po., art. 2º), se concreta no sólo con la prestación de un servicio público o atención de necesidades de la comunidad, sino que, además, debe estar conforme con determinadas condiciones de eficiencia en su prestación y ejecución (C. Po., art. 209 y 267), para asegurar situaciones socialmente óptimas y acordes con las aspiraciones de la colectividad, dentro de un marco de legalidad y, conforme a un conjunto de valores superiores establecidos previamente por ella (C. Po., art. 2º, 334 y 366)⁷.

7 Sobre el principio de la eficiencia la Corte Constitucional en Sentencia T-068 de 1998, destaca que: “(...) la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho (...)». En cuanto al principio de eficiencia, la Corte Constitucional en Sentencia C-826/13 sostuvo que: «(...) se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-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. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios» (...) «En síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto 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. En este sentido,

III. De la eficiencia como presupuesto para la realización de los fines de la contratación

Los recursos públicos son escasos y requieren de una asignación eficiente para la efectiva satisfacción de las distintas necesidades públicas. De allí que la eficiencia en la producción de bienes públicos permita a un Estado: producir una cantidad mayor de un bien sin reducir la de otro; tener mayor capacidad económica para la provisión de bienes públicos dosificando su esfuerzo presupuestal y, en general, potenciar las oportunidades de desarrollo y de mejoramiento de la calidad de vida o de bienestar de toda la población⁸. La eficiencia, en consecuencia, es necesaria para la satisfacción del bien común y alcanzar situaciones óptimas de bienestar para toda la colectividad pues, a través de ella, son posibles niveles más

ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho (...)”.

8 Relativo a la eficiencia en la economía, Stiglitz (1995) señala: “...los economistas consideran tres aspectos de eficiencia necesarios todos ellos para que haya eficiencia en el sentido de Pareto. En primer lugar, la economía debe lograr la eficiencia en el intercambio, es decir, los bienes deben ir a parar a las personas que más los valoran (...). En segundo lugar, debe haber eficiencia en la producción. Dados los recursos de la sociedad, no debe ser posible producir una mayor cantidad de un bien sin reducir la de otro. En tercer lugar, la economía debe lograr la eficiencia en la combinación de productos, de tal manera que los bienes producidos sean los que desean los individuos (...)” Stiglitz, J. E. *La economía del Sector Público*, (2ª ed.). Barcelona: Antonio Bosch Editor, 1995. p. 75. ISBN 9788495348050



altos de producción o de utilidad del consumidor⁹.

El bien común, en desarrollo de la actividad contractual del Estado, supone, en consecuencia, para su salvaguarda: la eficiencia en la asignación de los recursos públicos, la transparencia, la libre competencia y el libre acceso o equitativa distribución de las oportunidades del desarrollo, pues a través de una gestión administrativa que responda a dichos supuestos, el Estado podrá alcanzar situaciones óptimas de bienestar para toda la colectividad con un menor coste, y tendrá mayor capacidad de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo, y de generar un mayor estado de bienestar para toda la colectividad¹⁰.

9 Pareto (1927), citado por Enrique Low Murtra y Ricardo Jorge Gómez, enseña como los recursos deben ser asignados eficientemente en la producción y en el consumo. Así, tratándose de eficiencia en la producción, una economía es eficiente en términos de Pareto, cuando no se puede aumentar la producción de un bien, sin disminuir la producción de otro y, se es eficiente en el mercado de bienes, o eficiencia paretiana en el consumo, cuando no es posible aumentar la utilidad de un consumidor sin disminuir la utilidad de otro consumidor. Vilfredo Pareto, Manuel D'économie politique (Paris, Marcel GIARD, 1927). Vid. Low Murtra, Enrique y Gómez, Ricardo Jorge. Teoría Fiscal, (3a ed.). Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26. ISBN 9586163776

10 "(...) Pero, se puede afirmar con carácter general, que el interés público en el campo de la contratación, aconseja de forma sistemática la defensa del interés económico del Estado frente al interés del particular e incluso frente a los propios administradores. (...) El interés económico y el interés de servicio público operan dentro de los negocios estatales en forzosa armonía ya que, hasta cierto punto, el primero condiciona al segundo por vía de presupuesto. Pero justamente la existencia de este inte-

Es por ello que la efectiva consecución de los fines encomendados al Estado en materia de servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad y garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C. Po., art. 2º), implican especiales cargas, responsabilidades y deberes para la Administración del Estado, que en ejercicio de su función administrativa, legis-

rés económico involucrado en el sistema defendido por la Hacienda pública es lo que hace insuficiente la clásica doctrina del servicio público que sólo parece considerar las exigencias de la Administración dinámica, de la impulsora de bienestar general, de la parte directa de los contratos, con olvido del factor financiero que es, sin embargo, una de las fuentes básicas de las peculiaridades de la institución. Entre la Administración financiera y la Administración de los servicios públicos se genera una tensión que no debe minimizarse; sus objetivos, en ambos casos, con el interés público, pero visto desde una perspectiva diferente. La primera interpreta su papel en el sector público sobre la base del límite y el control de los gastos públicos; la segunda será siempre propicia a otorgar la máxima relevancia al funcionamiento de los servicios públicos a su cargo y, por ende, favorecerá la máxima aplicación de los caudales públicos. Frente a la propensión al ahorro aparece la propensión al gasto como filosofía contraria, lucha fructífera sino llega a grados paralizantes. Sin embargo, este dilema, bien meditado, no admite otra solución razonable que conceder la primacía al interés del servicio público que es el fin del contrato, al cual se supedita como simple medio del interés económico, que debe defenderse precisamente en el área de aquéllos objetivos. Por ello cabe concluir afirmando que si bien el origen motor de la institución de los contratos del Estado es fruto de las preocupaciones de la Hacienda, el derecho regulador de las competencias y procedimientos contractuales debe encajarse globalmente en el Derecho administrativo, pues su Normativa tiene más completa explicación en el marco de la Administración pública, gestora de los servicios públicos". En: Monedero Gil, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 200. ISBN. 9788471960528

lativa o judicial debe velar por su efectiva realización¹¹. De allí que las normas que se expidan en desarrollo de su actividad legislativa, deban consultar el bien común y estar orientadas hacia la consecución de dichos fines (C. Po., ar. 133), no sólo expidiendo normas de contenido general y confiriendo a la Administración pública determinados poderes y facultadas regladas o discrecionales, sino estableciendo límites para su ejercicio.

11 La Corte Constitucional al referirse a la finalidad de la contratación estatal destaca "(...) La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de la teoría jurídica *ius publicista* para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes. (...) En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, 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, Sentencia No. C-932 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D. C., ocho (8) de Noviembre de dos mil siete (2007).

El bien común que corresponde al Estado procurar, debe ser, en dicho sentido, objeto de definición por el legislador (C. Po., art. 133), que a través de la Ley establece su contenido, finalidades y requisitos que enmarcan el actuar de la Administración, bien se exprese mediante actos de contenido unilateral o bilateral, fijando así, lo que conviene al interés público y, expresando por medio de su actividad normativa la concepción de interés público prevalente en cada momento y lugar. Precisamente, en un estado de derecho, el legislador delimita el actuar de la Administración conforme a unos fines de interés público, subordinando, en consecuencia, su actuar, que con ocasión de las facultades o competencias que le sean atribuidas, le corresponderá desarrollar o complementar la actuación del legislador. En todo caso, los fines determinados de interés público justifican la actividad de la Administración y se constituyen por tanto en un límite al ejercicio de sus competencias y facultades¹².

12 “...En un Estado democrático de derecho la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas que orientan la gestión de las instituciones de dicho Estado, en general, y de las autoridades administrativas, particular, concierne al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, subordinada y servidora de tales fines, ciertamente es llamada en ocasiones a complementar ésta tarea, bien de manera expresa cuando el Legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, ora de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una densidad Normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de

En el referido proceso de fijación de reglas y principios que hace el legislador, el otorgamiento de amplias facultades y la ausencia de precisas reglas o de límites al poder discrecional de la Administración en relación con los fines del Estado, abre espacios a actuaciones administrativas ineficientes desde el punto de vista económico o, en general, a actuaciones que no consulten el bien común, pues corresponde al legislador en ejercicio de su función, establecer el contenido, finalidades y requisitos en los que se deben enmarcar las actuaciones de la Administración para la realización del bien común que corresponde al Estado procurar (C. Po., art. 114 y 133).

Son precisamente las facultades legales que le asisten a las administraciones públicas, de contratar obras públicas sin estudios y diseños de construcción, sin la debida preparación, sin estudios de demanda de uso esperada de la infraestructura y sin remunerar al contratista o

que se trate. Sin embargo, que el órgano administrativo se vea en la tesitura de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de los casos concretos, en manera alguna significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público son, pues, la justificación de la actividad de la Administración y, por tanto, indispensables para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en desviación de poder”. En: Marín HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 293. ISBN. 978-958-710-246-8.

concesionario con cargo a aportes de la nación, las que comportan una situación de riesgo en relación con la posibilidad de consecución efectiva de los fines que guían y orientan el actuar del Estado (C. Po., art. 1º, 2º, 366), pues desconocen postulados mínimos de eficiencia necesarios para asegurar la equivalente y proporcionada distribución de cargas y beneficios de la contratación.

A. De la relación entre el principio de planeación y el principio de eficiencia

Los acuerdos entre el sector público y el sector privado, bajo condiciones transparentes, justas, equivalentes y proporcionadas, permiten aumentar la capacidad de la economía para afrontar los retos del desarrollo en el ámbito de una economía del bienestar, así como corregir fallas de mercado (externalidades negativas, bienes públicos, monopolios) que afectan la provisión de bienes destinados a la prestación de un servicio público¹³. Para su eficiencia y eficacia,

13 Tennyson destaca tres principios fundamentales que orientan las alianzas intersectoriales, como son la equidad, transparencia y beneficio mutuo. La Equidad, “(...) implica que todos tienen el mismo derecho a estar ahí y además convalida a todas aquellas contribuciones que no son mensurables simplemente en términos de su valor económico o de su imagen pública. Transparencia. En las relaciones de trabajo la franqueza y la honestidad son una condición previa a la confianza; para muchos es el elemento principal del éxito de una alianza. Solamente siguiendo unos métodos de trabajo transparentes una alianza podrá verdaderamente responder ante sus miembros, donantes y demás partes interesadas. Beneficio mutuo. Si se espera que todos los miembros contribuyan en la alianza, también deberían tener derecho a beneficiarse de ella. Una alianza en buen estado trabajará por conseguir be-

los acuerdos entre el sector público y el sector privado requieran de procesos bien planeados, evaluados y estructurados que permitan asegurar la viabilidad del proyecto, una equivalente distribución entre las cargas y los beneficios que resulten de la contratación y mitigar la probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten dicha posibilidad.

La planeación es esencial para alcanzar los fines perseguidos con la contratación, disminuir la incertidumbre sobre la posibilidad de conseguir los resultados esperados con la misma y tener certeza sobre el presupuesto final de las obras de construcción, con lo cual, se logra un aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles en la economía para la construcción de bienes públicos. La falta de planeación, por su parte, disminuye la probabilidad de consecución de los fines perseguidos con la contratación, aumenta la exposición frente a los diversos riesgos que se pueden liberar en la ejecución del proyecto, genera mayor incertidumbre sobre el presupuesto final de la contratación, disminuye la capacidad de manejo, administración y control de los riesgos, y expone a las partes, a un mayor riesgo de controversias

neficios específicos para cada miembro por encima de los beneficios comunes de todos los miembros. Solo de esta manera la alianza podrá garantizar el compromiso continuado de los miembros y por lo tanto su sostenibilidad". Tennyson, Ros. El proceso de trabajar a través de alianzas. En: Casado Cañeque, Fernando (Coord.). Hacia la concertación público-privada para el desarrollo en América latina. Conclusiones de la II Conferencia España -Iberoamérica de responsabilidad social empresarial: las alianzas público-privadas para el desarrollo. Madrid: Fundación Carolina, 2008, p. 18.

contractuales, con sus consecuentes efectos negativos sobre el bien común y la calidad de vida de la población.

En un proyecto de construcción de una obra pública, los estudios y diseños de construcción cumplen un papel principal en el proceso de distribución de tareas y de beneficios pues, a partir de estos se determina el alcance real de las obras de construcción, las cantidades de obra y costos de construcción, la exposición del proyecto frente a riesgos técnicos o constructivos, la programación de la obra y la posibilidad de consecución efectiva de los resultados esperados con la contratación. Dicha información, cuando se requiere de aportes del Estado para el proyecto, resulta esencial para hacer una equivalente y proporcionada distribución de cargas y de beneficios.

La distribución de cargas debe responder, en consecuencia, a determinados supuestos de eficiencia para asegurar la realización de los fines del Estado, pues a través de las mismas, se establece la forma como las partes concurren a la realización del objeto de la contratación, las administraciones públicas tienen mayor capacidad de vigilancia y control sobre la ejecución de los proyectos, los interesados en participar en proyectos del sector público pueden estimar con mayor precisión los costos asociados a su realización y, en general, mitiga las cláusulas contractuales, al permitir una más exacta y detallada descripción de

las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

B. Efectos que se derivan de la información imperfecta

La información imperfecta en un proyecto por falta de estudios y diseños de construcción aumenta la incertidumbre sobre la probabilidad de ocurrencia de los riesgos y sobre su impacto, haciendo más oneroso para el sector público los planes de administración y manejo del riesgo. La presencia de riesgos en un proyecto de construcción y la incertidumbre sobre su probabilidad de ocurrencia, inciden sensiblemente en la estimación de sus resultados. La incertidumbre:

...caracteriza a una situación donde los posibles resultados de una estrategia no son conocidos y, en consecuencia, sus probabilidades de ocurrencia no son cuantificables. La incertidumbre, por lo tanto, puede ser una característica de la información incompleta, de exceso de datos, o de información inexacta, sesgada o falsa. La incertidumbre de un proyecto crece en el tiempo¹⁴.

Por dicha razón, la información imperfecta aumenta

14 El riesgo de un proyecto se define como "la variabilidad de los flujos de caja reales respecto de los estimados. Mientras más grande sea esta variabilidad, mayor es el riesgo del proyecto. De esta forma, el riesgo se manifiesta en la variabilidad de los rendimientos del proyecto, puesto que se calculan sobre la proyección de los flujos de caja". En: Sapag Chain, Nassir y Sapag Chain, Reinaldo. Preparación y evaluación de proyectos, (4a ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill, 2000. ISBN. 10-956-278-206-9



la incertidumbre y el consecuente estado de riesgo sobre la posibilidad de consecución efectiva de los resultados esperados con la contratación¹⁵.

De acuerdo con la naturaleza o la causa del riesgo, es susceptible para las partes de un contrato, la adopción de medidas de mitigación del estado de riesgo, atendiendo a su mayor o menor grado de previsibilidad, de modo que, entre mayor sea la capacidad de estimar la probabilidad de ocurrencia del riesgo, mayor será la capacidad de manejo y control¹⁶. Esta capacidad de estimación del estado de riesgo nos ubica en el plano de los riesgos contractuales, en el que algunos de ellos son previsibles y otros no, y en el que, la falta de información aumenta la exposición frente al riesgo imprevisible y, en consecuencia, la probabilidad de salir, en

desarrollo de la contratación, al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según los postulados contenidos en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, artículo 4º numeral 8º y artículo 27.

En un proyecto de construcción de una obra pública, la falta de planeación asociada a la ausencia de estudios y diseños al momento de proponer y de contratar, aumenta para el sector público, el estado de incertidumbre respecto del resultado final de las obras de construcción, así como del valor de las obras, pues de un lado, habrá una mayor exposición frente a la ocurrencia de hechos imprevistos.

De esta forma, los estudios definitivos, diseños y especificaciones técnicas de construcción al momento de proponer y de contratar son esenciales para la evaluación previa del proyecto y asegurar la efectiva consecución de los fines perseguidos con la contratación, tener certeza sobre los costos de construcción y cantidades de obra requerida, mitigar los distintos riesgos técnicos, económicos, sociales o ambientales que pueden tener ocurrencia en la ejecución del contrato o, en general, mitigar el riesgo de renegociación contractual.

IV. Conclusiones

Conforme a los escenarios planteados en relación con la falta de planeación, podemos afirmar que la misma, se constituye en un preciso obstáculo para la

efectiva realización de los fines de la contratación, en particular, por las razones que se explicitan a continuación: i) no permite establecer las cantidades de obra requerida y los precios de construcción de manera previa a la contratación. La cantidad y el precio corresponden a un valor estimado por el estructurador del proyecto; ii) comporta un mayor estado de incertidumbre frente a los distintos riesgos que se puedan liberar en ejecución del contrato, por falta de información técnica, económica, social o ambiental; iii) aumenta la exposición frente al riesgo de renegociación o de controversias contractuales pues las partes tendrán una mayor incertidumbre frente a los resultados del proyecto y estarán más expuestos a distintos riesgos por la falta de información técnica del proyecto.

Por su parte, procesos bien informados, planeados y estructurados permiten a la Administración Pública la toma de decisiones socialmente eficientes en relación con el bien común. La planeación permite: i) disminuir la exposición del sector público y del sector privado frente al riesgo de controversias contractuales y de renegociación contractual, pues de manera previa a la contratación, las partes conocen de manera precisa el alcance de la contratación y los riesgos técnicos o de construcción que se pueden derivar de su ejecución; ii) evaluar de manera objetiva los esquemas propuestos de distribución de cargas y beneficios resultantes de la contratación; iii) aumentar, para el sector público, la probabilidad

15 El riesgo se distingue de la incertidumbre, en la medida que el primero se identifica “...como la dispersión de la distribución de probabilidades del elemento en estudio o los resultados calculados, mientras que la incertidumbre es la falta de confianza respecto a que la distribución de probabilidades estimadas sea la correcta”. En: Sapag Chain, Nassir & Sapag Chain, Reinaldo. Preparación y evaluación de proyectos, (4a ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill, 2000. ISBN 10-956-278-206-9

16 Según el documento Conpes No. 3714 del 1º de diciembre de 2011, la previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación (P. 8), de modo que los actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión.



de asegurar la consecución efectiva de los resultados esperados con la contratación y, en general, de garantizar la libre competencia o libre competencia en desarrollo de los procesos de selección

contractual; iv) asignar eficientemente los recursos disponibles en la economía, pues de un lado, el sector público podrá minimizar su esfuerzo presupuestal para la provisión de bienes públicos

al poder optimizar el uso de los recursos públicos y, el sector privado, podrá disfrutar de una mayor oferta de bienes públicos necesarios para el incremento de su productividad.

Bibliografía

- Low Murtra, Enrique y Gómez, Ricardo Jorge (1996). *Teoría Fiscal*. 3a ed. Bogotá, D.C.: Editorial de la Universidad Externado de Colombia. ISBN 9586163776
- Marcou, Gerard (2000). *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. En: Ruiz Ojeda, Alberto, [et al.]. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*. Madrid: Editorial Civitas. ISBN 84-470-1443-6
- Marín Hernández, Hugo Alberto (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, DC: Editorial de la Universidad Externado de Colombia. ISBN 978-958-710-246-8
- Mendieta, Carlos R. (2017). *Acuerdos Público-Privados para la Provisión de Infraestructuras Públicas: Supuestos de Eficiencia de la Concesión de Obra Como Principal Instrumento de Gestión, con Especial Consideración Experiencia Colombiana* (Tesis Doctoral). Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, España.
- Monedero Gil, José Ignacio (1977). *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. ISBN 9788471960528.
- Pindyck Robert S., y Rubinfeld Daniel L. (2003). *Microeconomía*. 5a ed. Madrid.
- Ruiz Ojeda, Alberto (1993). *El Eurotúnel: La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de Concesión*. En: Revista de administración pública. No. 132, pp. 469-529. ISSN 0034-7639
- Ruiz Ojeda, Alberto (2006). *La concesión de obra pública*, (1ª ed.). Navarra: Editorial Thomson-Civitas. ISBN 9788447025862
- Sapag Chain, Nassir y Sapag Chain, Reinaldo (2000). *Preparación y evaluación de proyectos*, (4ª ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill. ISBN. 10-956-278-206-9
- Stiglitz, Joseph (1995), *La economía del Sector Público*. Barcelona: Antonio Bosch Editor. ISBN 9788495348050
- Tennyson, Ros. (2008). *El proceso de trabajar a través de alianzas*. En: Documentos de Trabajo. Hacia la concertación público-privada para el desarrollo en América Latina. No. 30, pp. 15-19. Madrid: Fundación Carolina. ISSN-e 1885-9119