

Control Político: Implementación en las Concesiones de Cuarta Generación*

Political control: implementation in grantings of fourth generation

María Catalina Marzola Loaiza**

** Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Correo electrónico: kata_marzola@hotmail.com

Resumen

Los contratos de concesión de obras públicas en Colombia empiezan a cobrar importancia y a marcar un hito histórico en la participación de empresas privadas en la construcción de obras estatales, como quiera que en presencia de las concesiones de cuarta generación el sector privado deba asumir un papel preponderante en materia financiera y de riesgos. Colombia, considerado Estado en vía de desarrollo, debe ser competitivo y atractivo para el mercado internacional, por lo tanto requiere ejecutar obras de infraestructura física que representen valor en procura de mejorar su economía y contribuya al desarrollo. Este artículo pretende, mostrando la historia y el desarrollo de las concesiones de obra pública en Colombia, generar conciencia y mostrar el camino para que a través del ejercicio del control político, se implementen acciones que permitan asegurar el óptimo cumplimiento de los fines estatales y la ejecución transparente de los contratos en cuestión.

Palabras claves: control político, concesión, obra pública, congreso, cuarta generación

Abstract

The concession contracts for public works in Colombia begin to gain importance and mark a milestone in the participation of private companies in the construction of state works, inasmuch as in the presence of concessions fourth generation private sector should assume a leading role in financial and risk. Colombia, considered developing State, should be competitive and attractive to the international market, thus requires execute physical infrastructure that represent value in an attempt to improve its economy and contribute to development. This article aims, showing the history and development of the public works concessions in Colombia, raise awareness and show the way to through the exercise of political control actions to ensure optimal performance of the governmental objective and be implemented transparent execution of the contracts in question.

Key words: political control, concession, public works, congress, fourth generation.

Introducción

El “Control político: Implementación en las concesiones de cuarta generación.” como artículo de investigación pretende desarrollar el tema del control político que ejerce el Congreso de la República, y la forma de ser implementado y ejercido activamente en los contratos de concesiones de cuarta generación en Colombia, bajo el entendido de la importancia que para el desarrollo del país pudiera significar al momento de ser ejercido activamente en beneficio de la comunidad y como herramienta

Recepción

15 de octubre de 2015

Revisión

9 de noviembre de 2015

Aprobación

27 de noviembre de 2015

Artículo de reflexión

*El artículo de investigación que se presenta a continuación hace parte del proyecto de investigación titulado: *Control político: Implementación en las concesiones de cuarta generación*, inscrito en la línea de investigación de derecho público del Grupo de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. El proyecto fue asesorado por la Doctora Adriana Victoria Álvarez Trujillo.

o estrategia para disminuir la corrupción en la contratación pública.

Este artículo se propone como objetivos además de analizar los aspectos más importantes y los elementos que integran el control político y el contrato de concesión de obras públicas, considerar el origen de la distribución de riesgos y de la financiación de las concesiones de infraestructura en Colombia, para el logro de los objetivos se lleva a cabo un análisis crítico y propositivo en consideración a las normas, jurisprudencia y doctrina existentes sobre el tema.

La metodología utilizada es cualitativa teniendo en cuenta que, a diferencia de la cuantitativa, no se propone contar casos exitosos de concesiones, ni examinar resultados, sino analizar las cualidades de los elementos que constituyen el tipo de contrato que se examinará así como el control sobre el mismo. Es además exploratoria, porque se genera un rastreo conceptual en doctrina, jurisprudencia y ley Colombiana de los elementos de este tipo de contratos que no han sido investigados a profundidad; y explicativa porque expone y analiza el modelo que se propone sobre los sujetos – concesionario y cedente- de control en su acción con miras a la ejecución del objeto contractual en cumplimiento de los fines y principios estatales.

Se aborda el tema a través de tres capítulos, el primero de ellos contenido de nociones preliminares sobre el contrato de concesión de obras públicas y el control político. El segundo, hablará sobre la tendencia de las concesiones de cuarta generación en Colombia y finalmente se abordará la posibilidad de que el control político se ejerce en las concesiones de cuarta generación.

Marco teórico

La prestación de servicios a la comunidad, la construcción de obras públicas, el mejoramiento de un servicio y el alcance del mismo en territorios marginados de Colombia,

han impuesto la necesidad al estado de crear mecanismos donde esas necesidades se satisfagan de manera óptima, en forma compartida con los particulares, bien por falta de competencia, de voluntad o de recursos del estado. Adicionalmente, ha quedado claro que la idoneidad de los particulares (sector privado) juega un papel importante cuando el estado decide dejar en sus manos bien sea la prestación de un servicio o cualquier otra tarea para que sea eficiente y eficaz al momento de desplegar las tareas propuestas.

Es un hecho que el Estado colombiano en todas sus esferas e instituciones están permeadas por la corrupción y la contratación estatal no es ajena a este fenómeno, por ello se requiere no solo de normas jurídicas, sino de la implementación de mecanismos y herramientas que se materialicen desde el ejercicio del control social y político.

La regulación normativa de la contratación pública, y del ejercicio del control social y político, tienen rango constitucional, encuentran su fundamento en el artículo dos de la Constitución Política:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y en otros como el 103, 114 y el 135.

El estado hoy debe recurrir a mecanismos constitucionales existentes para lograr el cumplimiento de sus fines esenciales, mejorar la gestión y la transparencia y en este trabajo se plantea la necesidad de implementar el control político en los contratos de concesión de cuarta generación.

Nociones preliminares

Fines de la contratación estatal, actores y principios

La ley 80 de 1993, de la contratación pública habla sobre estos fines, en su artículo tercero:

De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Para poder ejecutar las tareas que el estado entrega a otras personas para el desarrollo de las actividades en virtud de la existencia de un contrato, y particularmente en el contrato de concesión, la administración puede adjudicar estos a personas naturales, a consorcios o uniones temporales, todo dependerá de los pliegos de condiciones, los estudios previos y en general del musculo financiero en cabeza de los proponentes para que la propuesta les sea adjudicada.

Como lo expresa David Suarez Tamayo:

En Colombia los principios básicos de la contratación son 21, a saber: legalidad, igualdad, libre concurrencia, buena fe, imparcialidad, economía, celeridad, eficacia, publicidad, moralidad administrativa, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, libertad de empresa, debido proceso, planeación y presupuestación, contradicción, prevalencia del interés general, participación y control ciudadano, equidad y valoración de costos ambientales”.

El Contrato de Concesión

En Colombia, la ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral cuarto define el contrato de concesión estableciendo que:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Si bien la ley consagra varios tipos de concesiones o materias que pueden ser objeto del contrato, se tomará bajo análisis únicamente el contrato de concesión de obras públicas, del cual se ha dicho que:

el objeto del contrato de concesión de obras públicas es mucho más complejo, dado que en virtud de dicho acuerdo de voluntades la administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras públicas o, en general, de aquellas obras que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho

a percibir una retribución consistente en la explotación del bien construido, que puede ser acompañado de un precio” (Urueta, 163 – 164)

Adjudicación del Contrato Estatal

La normatividad vigente en materia de contratación pública, establece que el contrato de concesión debe ser adjudicado a la mejor oferta luego de realizar una licitación, como forma de selección del contratista. Dicha licitación inicia con el acto de apertura de la licitación, el mismo que de conformidad con el Consejo de Estado,, *“el acto de apertura de una licitación es de mero trámite, no siempre deberá mantenerse este calificativo, porque podrán darse casos en los que el acto, en lugar de limitarse a invitar a los interesados que estén en un mismo pie de igualdad para que estén en un mismo proceso selectivo, restrinja indebida o ilegalmente esa participación”* adicionalmente, el acto de adjudicación debe llevarse a cabo mediante audiencia pública, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 de la C.P. (sala de lo contencioso administrativo, sección tercer en sentencia del 6 de agosto de 1997, radicado 13495 con ponencia del honorable consejero Carlos Betancourt Jaramillo).

Alianzas Público Privadas, Contratos de concesión y contratos de concesión de obras públicas en Colombia.

A partir de la década del noventa, época de apertura económica, surgieron necesidades en términos de inversión y con estas, grandes retos respecto de la infraestructura, toda vez que el mantenimiento y construcción de vías de buenas especificaciones técnicas en el territorio nacional implicaba mayor circulación, venta y promoción de artículos de comercio. Los gobiernos de turno comenzaron a preocuparse no solo por la satisfacción del interés general con políticas (algunas populistas) sobre la defensa de derechos de primera categoría, sino también por la expansión del mercado

y el impulso económico del país que por esa época contaba con problemas de orden público agobiantes para todos los sectores. La industria en el territorio se proponía prosperar, sin embargo las condiciones, de violencia, políticas públicas, y de infraestructura no brindaban posibilidades para ello. El estado requiere ser competitivo y para ello, no hay mejor estrategia que las concesiones que permiten grandes inversiones monetarias y la utilización de recursos técnicos y tecnológicos de punta. , así las cosas, se abren paso las *Alianzas Público Privadas* (APP), que no son más que la unión de esfuerzos técnicos, económicos y humanos para el desarrollo, prestación, ejecución, construcción, conservación de un bien público o de un servicio público donde el Estado en asocio con un particular pacta un objeto a desarrollar distribuyendo a través del medio idóneo para ello – el contrato – los riesgos, cargas y productos financieros, todo para la realización de tareas y fines que por orden de carácter superior competen exclusivamente al Estado. Es factible decir que, existen dos extremos de la relación en las -APP-: Por un lado, un sujeto que asume los riesgos, ejecuta, opera y desarrolla el objeto y por otro lado quien planea y estructura el objeto de la alianza y mantiene un constante control y vigilancia en el desarrollo del contrato. En términos generales, las APP pueden consolidarse a través de varios tipos de contratos, pero es el contrato de concesión el idóneo para ellos en consideración con los sujetos contractuales y el objeto, como se verá más adelante. Tal y como lo señala Urueta en el libro *El contrato de concesión de obras públicas*:

la colaboración se caracteriza por la larga duración de la relación entre el socio privado y la administración; la prestación de un servicio de naturaleza pública por parte de un sector privado; la responsabilidad del Estado en la dirección y vigilancia del proyecto; el modo en que se financia el negocio (...), la forma en que se recupera la inversión a través del cobro de tarifas, precios públicos o el pago de peaje en la sombra; el reparto de riesgos entre socios, pues al socio privado

se le transfiere la mayoría de riesgos que comúnmente corren a cargo del operador público (...)” (Urueta, 2010, p. 29)

La ley 1508 de 2012, definió en su primer artículo las alianzas público privadas del siguiente modo:

Artículo 1°. Definición. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Las APP, han surgido en el mundo haciendo frente a la incapacidad de los Estados, para la continua, eficiente y eficaz prestación de un servicio público o del desarrollo y ejecución de una obra pública. En Colombia, particularmente con la expedición de las leyes 142 y 143 de 1994 se vislumbró con mayor claridad el acceso de entes privados al ejercicio de tareas tradicionalmente en manos del Estado como lo relacionado con los servicios públicos de telecomunicaciones.

El contrato de concesión, a su vez, es definido en la ley 80 de 1993, artículo 32 numeral cuarto, en los siguientes términos:

De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

4o. Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de

otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Adicionalmente, confirmando la multiplicidad de normas que regulan los mismos temas, y que es una crítica asidua de los académicos sobre la actividad del legislador, este definió una vez más el contrato de concesión en la ley 1508 de 2012 en su artículo segundo:

Concesiones. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

El Honorable Consejo de Estado en su sección tercera con ponencia del consejero Ricardo Hoyos Duque en providencia del 19 de junio de 1998, define el contrato de concesión de la siguiente forma:

La concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal. (...) en nuestra

legislación la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudirse a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.

En la sentencia citada con anterioridad, además de brindar una definición, la corporación explica que los verbos consignados en el artículo 32 numeral cuatro de la ley 80 de 1993 no limitan el ejercicio de la administración que a través de sus atribuciones constitucionales y legales pueda transferir la prestación de un servicio que le es de competencia exclusiva a ella, a algún particular para que lo haga de mejor forma. Y que para ello, el instrumento jurídico por excelencia es el contrato de concesión.

Huelga decir que las concesiones por regla general se adelantarán a través de la modalidad de licitación pública con observancia de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Un elemento importante que subyace el origen del contrato de concesión, como se ha evidenciado hasta ahora a través de las definiciones citadas, es siempre la necesidad de transferir la prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o su mantenimiento, ejecución, desarrollo, operación etc. a un particular, porque el Estado no puede hacerlo de la mejor manera, entonces, se tendrá como norte que debe existir la necesidad de la satisfacción del interés general (arts. 1 y 2 de la Constitución Política),

La administración es gestora de unos servicios que entrañan una explotación o riesgo económico, esta tiene la posibilidad de atender sus funciones ya sea directamente, por intermedio de una gestión indirecta o por una gestión mixta. En el primer caso el Estado actúa como empresario, ya que lo hace directamente, pero surge la idea de un contratista colaborador, a través del cual el estado, manteniendo la titularidad, se desprende de su gestión y se la concede a un empresario colaborador, a quien se le

trasladó el riesgo económico.” (Bohórquez, 2002, p. 14)

El contrato de concesión de **obras públicas**, es aquel en que el Estado le entrega la construcción, explotación, operación, ejecución, desarrollo, mantenimiento de un bien inmueble de naturaleza pública a un particular para que este lo haga bajo su propio riesgo y ventura. Las obras públicas son entendidas como aquellas construcciones, vías o edificaciones que pertenecen al Estado y que generalmente proporcionan un bienestar a la comunidad o un servicio público. Son obras públicas las carreteras, viaductos, túneles, puentes, represas, ductos de petróleo, hidroeléctricas o centrales de energía, y en ese orden de ideas, el contrato de concesión tendrá siempre que ver con bienes de ese tipo. Así las cosas, es claro advertir que se requiere de parte del estado una mayor vigilancia, bajo el entendido de que además de exigir cuantiosas inversiones, siempre tienen implícita la satisfacción del interés de una comunidad, y sin embargo, la experiencia en el país ha demostrado que no son bien manejados, que mediante ellos se invierten muchos recursos y las obras quedan inconclusas o terminan costando dos o tres veces más de lo inicialmente proyectado, sumado a deficiente calidad del producto recibido por parte del estado.

Por otra parte, la ley 105 de 1993 sobre Infraestructura de transporte, trae una definición un poco más precisa sobre el contrato de concesión de obra pública:

Artículo 30°.- Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o

valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

(...)

Parágrafo 3º.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Esta norma establece, no de forma restrictiva, que la recuperación de los dineros y demás bienes invertidos para la construcción y ejecución de la obra, serán recuperados por parte del concesionario a través de peajes y/o valorización. Es decir, en una vía que se construya en el departamento de Antioquia, será ese departamento el competente para establecer el peaje en favor del concesionario hasta que libre la inversión, una vez recupere el dinero invertido, pasará a manos de la administración para su explotación o su gestión en todo caso. Las formas de financiación no se detallarán con amplitud en este acápite toda vez que se desarrollará en un capítulo posterior. Aparece una vez más la importancia de que tanto los estudios previos, y todos los documentos del contrato sean claros y ajustados a derecho, y más aún porque en Colombia no se cuenta con una ley especial para los contratos de concesión de obras públicas.

Control Político

El control político, entendido como la función constitucional de vigilancia que tiene el Congreso para las acciones u omisiones de funcionarios del Estado en particular del Poder ejecutivo y de requerir información acerca de sus funciones y desarrollo de las mismas. (¿Qué es el control político?, Cámara de Representantes, <http://www.camara.gov.co/portal2011/iq-que-es-control-politico>)

El Artículo 114 de la C.P asigna el ejercicio del control político al Congreso en los siguientes términos: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.” (En armonía con el artículo 138 ibídem.)

Así mismo, la Carta, en su artículo 135 numerales 8 y 9 establece las funciones de cada una de las Cámaras que integran el Congreso prescribe: asigna al congreso:

Artículo 135. Son facultades de cada Cámara:

...

8. Citar y requerir a los Ministros para que concurren a las sesiones. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Ministros no concurren, sin excusa aceptada por la respectiva Cámara, ésta podrá proponer moción de censura. Los Ministros deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en sesiones posteriores por decisión de la respectiva Cámara. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión.

9. Proponer moción de censura respecto de los ministros por asuntos relacionados con funciones propias del cargo. La moción de censura, si hubiere lugar a ella, deberá proponerla por lo menos la décima parte de los miembros que componen la respectiva cámara. La votación se hará entre el tercero

y el décimo día siguientes a la terminación del debate, en Congreso pleno, con audiencia de los ministros respectivos. Su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara. Una vez aprobada, el ministro quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos.

El control político en Colombia ha sido asociado a la figura de *moción de censura* cerrando y limitando su espectro. Adicionalmente, se consideran sujetos a control político en términos generales, los servidores públicos que pertenecen al gobierno nacional, especialmente los ministros, superintendentes y directores de departamento administrativo. Es posible esperar más del ejercicio del control político, debe empezarse a plantear como una función que reviste de toda la importancia para el estado, especialmente ahora cuando el desarrollo económico y la competitividad se plantea en términos de la construcción de megaproyectos de infraestructura vial, entregada a los particulares a través de concesiones de cuarta generación.

Aunque no es menester para el desarrollo de este artículo, detenerse en la moción de censura como forma de control político, vale la pena citar lo dicho por el H. Consejo de Estado a través de la sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, sentencia del 18 de julio de 2013 con ponencia del consejero Alberto Yepes Barreiro; haciendo alusión sobre la modificación que hubo para que el instrumento de moción de censura fuera una herramienta real de control ejercido por el congreso a miembros del gobierno nacional:

El Congreso mediante el Acto legislativo 01 de 2007 introdujo una reforma a los artículos 135, 300 y 313 de la Constitución Política,

con el objeto de fortalecer el control político del pueblo, a través de sus representantes... a diferencia de la moción de censura que se implementó en la Constitución de 1991, el Acto Legislativo 01 de 2007 la reformó sustancialmente, pues hace extensiva la posibilidad de censurar además de los Ministros, a los Superintendentes y Directores de Departamentos Administrativos; además, se les otorga a los Concejos Municipales y a las Asambleas Departamentales la facultad de aplicar la moción de censura a los secretarios de Despacho, de la Alcaldía o de la Gobernación, respectivamente. Recuerda la Sala que al residir la soberanía popular en el pueblo, el control político lo pueden ejercer los ciudadanos directamente o por intermedio de sus representantes. (...) el artículo 6 del Acto Legislativo No. 01 de 2007 mediante el cual se adiciona el numeral 12 al artículo 313 de la Constitución Política prevén el cumplimiento de varias etapas, obligatorias y preclusivas; entonces, la ausencia de una ellas resultaría en el desconocimiento de las garantías constitucionales que le ofrece el control político a quienes se les cuestiona su gestión como integrantes del gobierno local.

El control político, casi siempre ejercido a través de la moción de censura, encuentra barreras para su efectividad en diferentes causas: Errores en el procedimiento, remoción o cambio de cargo del funcionario contra el cual se adelanta la moción, no hay votación favorable o no hubo *quórum* para la misma, la mayoría que integra cada cámara es del partido político del servidor público en cuestión o de la coalición de gobierno.

A manera de ejemplo, se citarán cuatro ministros que han pasado por el gobierno nacional, citados a control político y en los cuales ha fallado el sistema:



Año	Ministro	Tema y decisión
1993	Rafael Pardo Ministro de defensa – Gobierno Gaviria.	Fuga del narcotraficante Pablo Escobar de la catedral. No hubo lugar a la moción por error procedimental.
2000	Juan Mayer Maldonado Ministro de medio ambiente – Gobierno Pastrana.	Negociación de los territorios donde se encuentran asentados los Emberá-katios, así como a las garantías de convivencia de esa comunidad indígena. No prosperó por no contar con la mayoría absoluta al momento de someterse la moción de censura a votación.
2007	Juan Manuel Santos Ministro de defensa – Gobierno Uribe.	Interceptaciones Telefónicas ilegales a altos funcionarios del estado No se hizo efectiva la moción de censura por no encontrar la aprobación de la mayoría absoluta de cada cámara.
2008	Andrés Felipe Arias Ministro de agricultura – Gobierno Uribe	El caso de la hacienda Carimagua y por “irresponsabilidades constitucionales en el desempeño de su cargo” No se hizo efectiva la moción de censura por no encontrar la aprobación de la mayoría absoluta de cada Cámara. Y posteriormente contra el Mismo Ministro por el caso de Agro Ingreso seguro, con igual resultado

Tomado como referente: “La moción de censura. La misión de ejercicio de control político del constitucionalismo colombiano” Cortes Zambrano, S. Revista Iusta. 2011. P 130 y 131

Finalmente, no debe restarse importancia a la función de supervisión y de interventoría dentro del contrato de concesión de obras públicas, como tampoco a la función que eventual y posteriormente ejerzan sobre el contrato la Procuraduría y la Contraloría.

Control y vigilancia en el contrato de concesión

Además de la vigilancia y control que por mandato constitucional y legal recae sobre la entidad concedente, también existen otros mecanismos de control, entre ellos:

- Mecanismo de acompañamiento establecido por la Procuraduría General de la Nación a petición de la entidad, que recae tanto sobre el objeto del contrato y sobre los concesionarios, este se ejerce desde

el comienzo de la etapa contractual y se ha denominado “acompañamiento preventivo al trámite de procesos de contratación” y consiste básicamente en el “*el acompañamiento preventivo de la procuraduría general de la nación al trámite de procesos de contratación se debe efectuar, por regla general, desde su inicio, es decir, desde la etapa de publicación de los estudios previos y proyectos de pliego de condiciones correspondientes o desde la expedición del acto de apertura*” (“Guía control contratación estatal. Cómo ejercer control sobre la gestión contractual del estado” publicado en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/GUIACONTRATACIONESTATAL>

- Control social
- Control político

Control político en los contratos de concesión

El control político es ejercido por excelencia a través del Congreso de la República, la Carta consigna esta atribución en su artículo 114 del siguiente tenor: *“Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración”*.

Es en este tipo de control donde se centra el presente artículo, en la propuesta de su implementación en los contratos de concesión de cuarta generación como herramienta para la vigilancia, el seguimiento y la transparencia de la contratación pública. El objetivo general pretende analizar la importancia y viabilidad del control político ejercido por el Congreso de la República en el marco de los contratos de concesión de obras públicas de cuarta generación. Además, esta investigación se propone como objetivos específicos analizar los aspectos más importantes y los elementos que lo integran del control político y del contrato de concesión de obras públicas; analizar el origen de la distribución de riesgos y de la financiación en los contratos de concesión de obras públicas en Colombia; considerar la viabilidad de la implementación de un control político en el desarrollo de un contrato de concesión de obras públicas y analizar prerrogativas normativas e históricas de las concesiones de primera, segunda, tercer y cuarta generación.

Se realizará un estudio exploratorio, cuyo propósito es mostrar y plantear la viabilidad de la implementación del control político en materia de contratación estatal particularmente en los contratos de concesión de obras públicas y especialmente en ejecución de infraestructura vial.

Mediante un rastreo normativo y jurisprudencial especial del control político y de éste aplicado a las concesiones que surjan en virtud del contrato estatal cuyo objeto sea la construcción de vías.

Como hipótesis se plantea la siguiente: La implementación del control político por parte del Congreso de la República a la ejecución de los contratos de concesión de obras públicas cuando se trate de la construcción de vías a través de la concesión de cuarta generación como una manera efectiva y eficiente de vigilar y controlar la acción del concesionario y del cedente en ejecución del objeto contractual en procura de mejorar la transparencia como principio de la gestión pública en Colombia.

Tendencia en Colombia de obras viales a través de concesión de cuarta generación.

La construcción y mantenimiento de las obras viales y de infraestructura en general, usualmente ha causado un impacto positivo en términos económicos para el país, sin embargo, el éxito de los mega proyectos de infraestructura que se construyen a lo largo y ancho del territorio nacional, no depende solo de los estudios previos, de las condiciones técnicas del proyecto, sino de los recursos económicos invertidos en el mismo y en la forma de abordar los riesgos y el control que sobre ellos se realice, bien por los organismos de control, bien por la comunidad, o por el Congreso mediante el control político.

En Colombia, antes de la Asamblea Nacional Constituyente del 91 y de la promulgación de las leyes 80 y 105 de 1993, ya se hablaba de concesiones para la construcción de vías. Por ejemplo, para la construcción y funcionamiento de ferrocarriles que generó un cambio en el comercio y en la vida de los habitantes para la época de principios del siglo XX. Y fue a través de la puesta en marcha de las concesiones cuando se construyó el puente sobre el río Cauca en el sitio de piedras que data de mayo de 1881. También, El ferrocarril de Amagá construido por la “Compañía del Ferrocarril de Amaga” que se constituyó en 1907, 16 años después el ferrocarril fue vendido al departamento de Antioquia, solo para citar

algunos ejemplos de concesiones en la historia de este tipo de contratos en Colombia.

Sin embargo, fue a través de la ley 80 de 1993 que se consolidó la participación de entes y capital privados en las concesiones para la construcción de obras públicas pese a que el decreto 222 de 1983 ya contemplaba esa atribución. Esta ley, introdujo en su parágrafo segundo del artículo 32, la posibilidad de participación y con ella el fomento de la actividad privada:

Parágrafo 2º.- Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta Ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensables para la cabal

ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este parágrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal.

En este sentido, surgen a comienzo de la década de los años 90 lo que es conocido como *concesiones de primera generación*, este tipo de concesiones pretendía otorgar a través de contrato de concesión la construcción de una obra pública (o prestación de un servicio público: acueducto, telefonía, gas), caracterizándose por el riesgo que ostentaba la administración que figuraba como concedente. En otras palabras, el Estado trasladaba en el contratista privado la obligación de construir determinada obra pública, empero conservaba los riesgos inherentes a esa construcción. La primera generación, se identifica hoy con los desastrosos que hubo por parte del Estado, inconsciente este sobre su incapacidad técnica y presupuestal para contratar, por ello en los contratos que surgieron y precariamente se desarrollaron en esa época hubo serias dificultades toda vez que no hubo un buen análisis de los estudios geológicos ni ambientales para las construcciones, el INVIAS era quien tenía la gestión predial, se le garantizaba al contratista un mínimo de demanda o “demanda esperada” y una

alteración de las cargas por la falta de equilibrio económico en el contrato. En este escenario y dadas las condiciones desfavorables para el Estado, este se enfrentaba ante un reto financiero desproporcionado al tener que elegir entre gasto social o infraestructura.

La consecuencia de tan deplorable gestión, en suma fue el pago por “concepto de garantías a los concesionarios (por) cerca de 227.000 millones de pesos, que traídos a valor presente, según cálculos del INCO efectuados en el año 2004, serían equivalentes a más de 1.26 billones de pesos constantes” (Urueta, 2010, p. 175)

Colombia, en un intento por remediar esa desafortunada gestión mediante contratos de concesión, se propuso implementar un nuevo modelo donde descargaría en el concesionario riesgos (aún no de forma total), adelantaría estudios previos más técnicos y profundos y no aseguraría un mínimo de demanda – por ejemplo con el tráfico, no se arriesgaría más a asegurar un mínimo de flujo de vehículos para el cobro de peaje, pues había constatado que era altamente variable – y, en general atendería de una manera más diligente los riesgos inherentes al proyecto.

Con estos cambios, se introdujeron las *concesiones de segunda generación*, caracterizadas por el traslado del riesgo comercial y de construcción casi en su integridad al concesionario, por estudios de demandas con mayor énfasis técnico y por el traslado de la consecución de licencias y (parcialmente) la gestión predial al concesionario (Urueta, 2010, p. 176). Así, el Estado colombiano se proponía frenar los sobrecostos de construcción, hacer frente al aplazamiento continuo de las obras y erradicar el fraccionamiento de los contratos por mantenimiento y operación deficiente. No solo se perseguía con las modificaciones una mayor eficiencia en la ejecución y entrega de las obras así como una disminución en los costos sino la latente aspiración que tenía el Estado de contratar con empresas internacionales, sin

embargo, sumado a los problemas de gestión estaba el de inseguridad jurídica.

Así las cosas, y pese a los cambios introducidos, el estado seguía manteniendo una porción alta de los riesgos en proporción al que asumía el concesionario, y seguía realizando intervención estatal en la construcción de obras con efectos negativos para la liquidación de los contratos.

Los riesgos de construcción y riesgos financieros han sido definidos por el Documento Conpes 3107 de 2001, en los siguientes términos:

B. Riesgos de Construcción

Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto.”

El mismo Conpes agrega una anotación sobre el riesgo de construcción que es aplicable a varias modalidades de este y en el cual descansa el cambio más significativo entre las generaciones de concesiones (sin perder de vista el sistema de financiación): “Como principio general, los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que éste tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo las actividades de construcción”

D. Riesgos Financieros

Este riesgo tiene dos componentes: i) el riesgo de consecución de financiación; ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se

adecuen al plazo de maduración del proyecto y por ende a su generación de caja. En general el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado.

Los riesgos asociados con la financiación, (...), están determinados también por el riesgo cambiario, el riesgo de tasa de interés y en algunos casos, dependiendo de la estructura, por el riesgo de refinanciación cuando se tomen créditos puentes que posteriormente deban ser sustituidos por emisiones en el mercado de capitales o nuevos empréstitos con el sector financiero. Como mecanismos para mitigar este riesgo, se debe exigir experiencia en obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento para el proyecto.

A través de concesiones de segunda generación, ya con mayor consideración, experiencia y un manejo más adecuado del riesgo, se construyeron vías como Zipaquirá – Bucaramanga y la malla vial del Cauca. Se llega a la tercera generación de concesiones, se sigue por parte de la administración pública una política juiciosa de riesgos y se incluye como agente cambiante de una generación a la otra el concepto de “avances progresivos”, que son un “mecanismo pactado contractualmente que permite ejecutar la inversión en infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico, evitando la sobredimensión de los proyectos y el lucro cesante generado por el exceso de capacidad de la vía” (Urueta, 2010, p. 177)

Como un reconocimiento del cambio generacional en las concesiones en Colombia y respecto de las fallas producidas por deficiente gestión en este tipo de contratos en las tres generaciones expuestas brevemente en este acápite, el gobierno nacional a través del documento Conpes 3760 de 2013, manifestó:

En términos generales los contratos de concesión vial en Colombia de primera, segunda y tercera generación han presentado atrasos significativos con relación

a los cronogramas de obras originales, controversias que han llevado a la instalación de múltiples tribunales de arbitramento, demandas y aplicación de multas por situaciones tales como adiciones en los contratos (en plazo y monto), obras adicionales ejecutadas sin el perfeccionamiento de todos los requisitos, sobrecostos prediales y ambientales, desplazamiento de cronogramas y el consecuente desbalance financiero en los contratos, controversias en los procesos licitatorios y de adjudicación, ofertas artificialmente bajas esperando renegociaciones posteriores, entre otros.

De acuerdo con un estudio realizado por la OCDE³⁰ en donde se comparan las renegociaciones en los contratos de concesiones de Chile, Perú y Colombia, los 25 contratos de concesión en Colombia presentes en la muestra analizada han sido renegociados 430 veces (20 renegociaciones por contrato), los cuales tienen su primera renegociación con tal solo un año de haber iniciado el contrato. El estudio concluye que estas renegociaciones se deben a licitación de los proyectos sin los estudios necesarios para la definición de los proyectos, a un deficiente diseño de los mecanismos contractuales y un comportamiento oportunista por parte de los agentes del sistema.”

El tema de la ausencia o precariedad en la tecnicidad y científicidad de los estudios previos en presencia de los procesos licitatorios para contratos de concesión que tienen por objeto la realización de obra pública, es uno de los más preocupantes, y de los que genera peores consecuencias económicas y hasta sociales por los perjuicios que la ejecución de obras puede generar en determinada población así como la prolongación injustificada de la misma. Este problema generalmente está asociado a brotes de corrupción, falta de planeación por parte de las entidades públicas, desmedida premura en la toma de decisiones de algunos agentes del gobierno para la ejecución de obras en el período de gobierno.

Si bien, hasta la fecha se mantienen las debilidades manifiestas en materia de concesiones, tales como financiación en manos del contratista privado con la posibilidad de recuperación de su inversión por explotación de la obra o a través de peajes, valorización, tasas o tarifas; la duración de la concesión hasta tanto se libre la inversión con planes estratégicos y proyecciones financieras especializadas; el manejo de los riesgos o aleas contractuales que reposan exclusivamente en manos del concesionario; se ha dado paso a una nueva generación de las concesiones en Colombia, llamadas: “concesiones de cuarta generación”.

El gobierno nacional ha recibido por cuenta de demandas millonarias contra el estado, y otros desfalcos al presupuesto nacional, grandes lecciones sobre las concesiones realizadas en el marco de las tres generaciones anteriores. Con tino, a través del documento Conpes 3760 de 2013, el gobierno establece en los puntos sobre los que ha de centrarse la cuarta generación de concesiones:

la nueva generación de concesiones 4G incluirá los principios estipulados en la Ley 1508 de 2012 que introdujo las Asociaciones Público privadas – APP y las mejores prácticas internacionales en materia de estructuración de proyectos, con el objetivo de corregir las deficiencias anteriormente presentadas, centrándose entre otros aspectos en los siguientes puntos:

i) Mayor maduración de estudios previos en la estructuración técnica, ambiental, social, legal y financiera del proyecto, manteniendo la delegación de la responsabilidad del diseño definitivo en el concesionario con el objetivo de incentivar la optimización del trazado, la ingeniería del proyecto y la gestión predial, social y ambiental asociada al mismo.

ii) Desembolso de retribuciones de acuerdo al cumplimiento de niveles específicos de disponibilidad y calidad de la infraestructura y de servicio. Teniendo en cuenta el análisis económico y financiero del programa 4G,

se evidencia la necesidad de aplicar la estructuración por unidades funcionales, para permitir su ejecución y facilitar su financiación tanto en el mercado financiero como en el de capitales.

iii) Mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado (público o privado) que cuente con mayor capacidad para administrarlos y mitigarlos. Una correcta administración de riesgos mejora considerablemente las condiciones de financiación.

iv) Incorporar las nuevas herramientas legales para la solución alternativa de conflictos previstas en la ley, en especial el arbitramento regulado en la Ley 1563 de 2012 que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional

El Estado reconoce la importancia del control de riesgos, por ello y como un aliado del buen manejo de la contratación no puede descuidar los instrumentos anticorrupción y la importancia que brinda, en todas las etapas del contrato, la supervisión e interventoría en los mismos como estrategia de seguimiento y verificación a las actuaciones del concedente y del concesionario, porque si bien es cierto que en los contratos de concesión de obras públicas hoy en Colombia el riesgo es asumido en su totalidad por el concesionario, la administración tiene como obligación ejercer funciones de inspección, control y vigilancia sobre el desarrollo de la obra. En este sentido, el riesgo siempre existe y es el concesionario quien lo controla y mitiga; y de otro lado es la administración quien vigila el manejo de ese riesgo así como la gestión contractual en general.

Para efectos de dimensionar el cambio generacional de las concesiones vale la pena hacer mención de las características principales de las “4g”, desarrolladas en el estudio hecho por FASECOLDA en 2013, intitulado “Concesiones de cuarta generación. Impacto sobre los seguros de cumplimiento” a cargo de Juan Pablo Araujo

y Ana Cristina Sierra, estudio que sustenta que esta nueva generación “surge por la necesidad de establecer un nuevo esquema contractual que modifique los inconvenientes presentados en las concesiones que actualmente existen en el país, pero sobre todo, para que garantice que efectivamente se mejorará la infraestructura vial del país para ser más competitivos mundialmente.”

Principales características de las concesiones de cuarta generación

Pago por disponibilidad

En este nuevo esquema se modifica la forma de pago que históricamente se ha utilizado en Colombia, y se reemplaza por un nuevo sistema, utilizado en países como Estado Unidos, España y México, denominado pago por disponibilidad. En los nuevos proyectos el pago o la retribución a la cual tiene derecho el contratista particular que colabora con el Estado solo se hace en la medida en que la obra esté disponible. (...) según lo dispone el Artículo 7 del Decreto 1467 de 2012, en los contratos se debe establecer de manera expresa el mecanismo de actualización del monto de los recursos públicos a desembolsar y demás retribuciones.

Distribución de riesgos

(...) Las partes se deben concentrar en la ejecución del proyecto en los plazos y en las condiciones pactadas, no en trasladar a la otra la mayor cantidad de riesgos posibles, a tal punto que se establecen obligaciones que al final llevan al traste la obra.

Realmente los riesgos se le deben asignar a la parte que esté en mejores condiciones para asumirlo.

La iniciativa pública o privada”

El estudio, remite al artículo 14 de la ley 1508 de 2012, aduciendo la especialidad para para la participación de privados en concesiones de obras públicas:

Artículo 14. Estructuración de proyectos por agentes privados. Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. (...)

El Estado colombiano, en consideración a otros de América Latina, ha incursionado de manera tardía en las concesiones. Sin embargo, sus flagelos, aunque de mayores proporciones aquí, no han sido exclusivos de este país. Por ejemplo, Chile que ha hecho uso intensivo de las concesiones desde la década de los ochentas y construye la mayoría de sus vías a través de este tipo de contrato; tuvo con relación a la construcción de la vía la Costanera Sur, problemas en entregas aunque ha sido aceptado que la gestión del Ministerio de Obras Públicas – MOP – de Chile fue buena con relación a la construcción de la Costanera. (<http://ciperchile.cl/2013/07/23/el-negocio-del-tag-%C2%BFpor-que-el-mop-se-resiste-a-la-apertura-de-la-avenida-costanera-sur/>).

Ahora bien, lo que se espera en los próximos años en Colombia en materia de infraestructura vial, es el desarrollo de las concesiones de cuarta generación, con inversiones en más de 40 nuevas concesiones, se transformarán 8.000 km de vías, con más de 1.200 km en doble calzada para llegar a un total de 3.500 kilómetros, inversión de más de \$47 Billones de pesos, las obras llevarán desarrollo y trabajo a 24 departamentos y generarán más de 180.000 empleos directos en etapa de construcción.

Implementación del control político en los contratos de concesiones de cuarta generación

Los sujetos visibles en el contrato de concesión de obras públicas son: la administración que figura como concedente y por otro lado el concesionario casi siempre privado. Sin embargo, los interventores y supervisores también ejercen un rol importante en la contratación (art. 2 ley 1510 de 2013), máxime ahora cuando en forma decidida la ley ha establecido la responsabilidad de ellos en forma clara y precisa. Amén de determinarse que en los contratos de concesión de obra pública, deberá contarse con supervisión e interventoría, la primera será a cargo de la entidad concedente y la segunda será siempre externa.

El sustrato de razonabilidad que surge para que el tipo de contrato que se examina cuente con ambas figuras es de tipo económico más que social, sucesos acaecidos en Colombia, sugieren que el flagelo de la corrupción está latente en todo tipo de contratos, pero cuando estos son más cuantiosos proliferan aún más las conductas ilegales o irregulares en servidores y contratistas, razón suficiente para defender la necesidad de incrementar o implementar diferentes tipos de controles a dicha gestión.

Reiterando lo dicho en el capítulo precedente, las concesiones de cuarta generación se caracterizan porque el riesgo y la financiación corren totalmente por cuenta del contratista; si bien es cierto, esto representa un logro para la administración que carece de músculo financiero para ejecutar ciertas obras, también le impone la obligación de ejercer una mayor vigilancia y control. Además, las obras de infraestructura física, como vías, que se construyen en determinadas entidades territoriales, tendrán siempre que contar con la aprobación del ordenador del gasto de esta entidad. Por ejemplo, para la vía dada en concesión de cuarta generación que pretende

conectar los municipios de Remedios, Zaragoza y Cauca, deberá contarse con la aprobación del presupuesto por parte del Gobernador de Antioquia.

Ahora bien, en términos de control político, y por autorización expresa de la Constitución en su artículo 299 modificado por el artículo 16 del Acto Legislativo 01 de 2003, tanto las asambleas departamentales como los concejos municipales, tendrán dentro de sus funciones la facultad de ejercer control político al gobernador y al alcalde respectivamente, así como a los secretarios de despacho. Así las cosas, el control político en Colombia no es exclusivo del Congreso, también lo es de las corporaciones territoriales, de suerte que no queden vacíos en cuanto a la naturaleza de las entidades y los servidores públicos a quienes se les pueda ejercer.

En este sentido, es preciso insistir en que el control político no puede ser entendido simplemente como la moción de censura, existen otros mecanismos mediante los cuales se realiza o puede realizar dicho control, tales como:

Citaciones a comparecer ante las cámaras. Y rendición de cuentas. Artículos 137 y artículo 208 C.P.

Este mecanismo de control político es versátil y dinámico, aunque poco utilizado, se trata de una orden formal escrita con la capacidad de obligar a comparecer a una persona y rendir cuenta o dar explicaciones sobre sus actuaciones y gestiones bajo la pena de una sanción por no comparecencia.

La citación es una herramienta con la cual cuentan los congresistas para indagar sobre las acciones y/u omisiones de los funcionarios del Estado, así como para obtener información relevante de su gestión. Las citaciones son y deben ser por excelencia los mecanismos de control político de la rama legislativa sobre la rama ejecutiva. Los servidores públicos pueden

ser citados para atender múltiples situaciones y temas, entre los cuales se tienen: Economía, presupuesto estatal, medio ambiente y recursos naturales, seguridad social, transporte, minas y energía, derechos fundamentales, contratación pública, corrupción y transparencia en la gestión pública.

Ahora bien, el inciso final del artículo 208 de la Constitución, señala que los funcionarios públicos que pueden ser citados a las Comisiones Permanentes de cada Cámara, entre otros: los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes, directores o gerentes de entidades descentralizadas del orden nacional, agrega: “...y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.” Sobre el particular la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del numeral 3 del artículo 6 de la ley 5 de 1992, que autoriza al Congreso para que en ejercicio de su función de control político requiera y emplaze a los Ministros del despacho y “demás autoridades”, señaló que tales autoridades son además de las señaladas en el artículo 208, las mencionadas en el artículo 115 del Estatuto Superior. Dijo la Corte:

La facultad que la ley le otorga al órgano legislativo de requerir y emplazar a las “demás autoridades”, debe entenderse de acuerdo con los postulados expuestos en el acápite anterior, esto es, que las cámaras solamente pueden solicitar la presencia de los ministros, quienes pueden asistir personalmente o por conducto de sus viceministros, mientras que las comisiones permanentes pueden demandar la participación de los ministros y de los demás servidores públicos de que tratan los artículos 208 y 115 de la Carta Política. En este contexto, la Corte entiende que la expresión “demás autoridades”, hace referencia a los funcionarios enumerados en las normas constitucionales citadas, todos ellos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público. (Corte Constitucional, Sentencia C-198 de 1994)

Audiencia Pública

Es una instancia de participación, en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa, mediante el cual se crea o establece un espacio para que todos los interesados o aquellos que puedan verse afectadas por dicha decisión o tengan un interés particular expresen su opinión sobre el asunto objeto de la convocatoria. Mediante este mecanismo, el congreso puede conocer de primera mano las expresiones y opiniones de los ciudadanos a través del contacto directo y de esta manera realizando control político sobre los actores estatales.

Conclusiones

Las concesiones de cuarta generación son hoy el presente y futuro del desarrollo del Estado, en ellas centró este toda su capacidad de inversión, de gestión y de capacidad institucional para efecto de lograr un mayor nivel de competitividad, es por ello que no pueden dejarse desprovistas de control ciudadano y político, de suerte que se permita mejorar los niveles de participación ciudadana y de transparencia, en procura de la disminución de la corrupción.

El ejercicio del control político por parte del Congreso de la República, no pretende reemplazar los demás controles que puedan coexistir con una misma irregularidad en materia de contratación estatal, sino que representa un control poco usado y lo suficientemente útil en la lucha contra la corrupción, toda vez que representa una real garantía para los administrados el hecho de que un órgano por excelencia de representación democrática ejerza una vigilancia activa sobre los agentes de la administración que tienen a su cargo procesos de concesiones viales de cuarta generación, contrato que por demás reviste de mucha importancia por los grandes recursos destinados para ello y por sus obras de infraestructura de gran envergadura nacional.

La Agencia Nacional de Infraestructura tiene un deber inherente a sus funciones de acuerdo al cumplimiento de fines estatales en el desarrollo, la planeación y ejecución de concesiones de cuarta generación, esto es dar cabal cumplimiento al principio de publicidad sobre los contratos que por Asociaciones Publico Privadas tengan por objeto la construcción de obras de infraestructura en el marco de la cuarta generación, o también de otros contratos que revisten igual importancia. Lo anterior, para construir una sociedad proactiva e informada de los grandes contratos que involucran la construcción, operación o manejo de vías, puentes y en general de proyectos de infraestructura que se traducirán para las regiones y, para el país, en desarrollo.

Con un ejercicio activo del control político en todas sus formas: audiencia pública, rendición de cuentas, moción de censura; la responsabilidad política del servidor público por su acción u omisión en concesiones de cuarta generación, será un arma eficaz contra la corrupción y una excelente herramienta para el cumplimiento cabal y en tiempo de los fines estatales, toda vez que al mejorar la transparencia en los contratos mejorará así la gestión de los agentes involucrados y el manejo de los recursos públicos. Pues los elementos novedosos de la cuarta generación de concesiones exige así mismo un control activo y dinámico sin perjuicio de los demás que concurren por competencia constitucional y que atienden otro tipo de responsabilidades. Lo anterior, en su aplicación y puesta en marcha, se traduce en una mejor actitud de prevención frente al riesgo de fraude.

Referencias

Araujo, J. P. y Sierra, C. (2013). *Concesiones de cuarta generación: impacto sobre los seguros de cumplimiento*. Fasecolda.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Versión digital disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm (Mayo de 2015).

Bohórquez, L. A. y Camacho, M. A. (2002) *El contrato de concesión*. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas, Bogotá.

Colombia. Agencia Nacional de Infraestructura. *Cuarta generación de concesiones viales. Proyecto vía al mar y circunvalar de la prosperidad*. (2012). Documento informativo. Diciembre 19 de 2012. Recuperado el 01 de junio de 2015, http://ani.gov.co/sites/default/files/mulalo_loboguerrero.pdf.

El negocio del TAG: ¿Por qué el MOP se resiste a la apertura de la avenida Costanera Sur? (s.f.). (2015). Versión digital disponible en: <http://ciperchile.cl/2013/07/23/el-negocio-del-tag-%C2%BFpor-que-el-mop-se-resiste-a-la-apertura-de-la-avenida-costanera-sur/>. (mayo de 2015)

Lozano, G. *Control político y responsabilidad política en Colombia*. En: Revista Derecho del Estado, Número 22, Junio 2009.

República de Colombia. Agencia Nacional de Infraestructura. Documento informativo del Proyecto Mulaló-Loboguerrero, Cali-Dagua-Loboguerrero 2014. Versión digital disponible en: http://ani.gov.co/sites/default/files/mulalo_loboguerrero.pdf (mayo 2015)

¿Qué es el control Político? (s.f.). Recuperado el 10 de mayo de 2015, <http://www.camara.gov.co/portal2011/ique-es-control-politico>

República de Colombia. Congreso de la República. Decreto 1510 de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*.” Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776> (mayo de 2015).

- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 105 de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.” Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=296> (mayo de 2015).
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1150 de 2007 “*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.*” Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678> (mayo de 2015).
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1474 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*” Versión digital disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html (Mayo de 2015).
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1508 de 2012 “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*” Versión digital disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/Ley150810012012.pdf> (Mayo de 2015)
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 5 de 1992 “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.*” Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=11368> (Mayo de 2015).
- República de Colombia. Congreso de la República. Ley 80 de 1993. “*Por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*” Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304> (Mayo de 2015).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Quinta, (C. Ponente: Alberto Yepes Barreiro), 18 de julio de 2013.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia No. 10217. (C. Ponente: Ricardo Hoyos Duque), 19 de junio de 1998.
- República de Colombia. Departamento administrativo de la presidencia de la república. Decreto 222 de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.*” Versión digital disponible en: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1983/decreto_0222_1983.html (Mayo de 2015)
- República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3107 de 2001 “*Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura.*” Versión digital disponible en: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Jurisprudencia/CONPES-3107-RIESGO.pdf> (Mayo de 2015)
- República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3760 de 2013 “*Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*” Versión digital disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/27850604.PDF> (Mayo de 2015)



Rodríguez, L. (2011). *Estructura del poder público en Colombia*. Temis. 13ª edición. 2011

Santofimio, J. O. *Contratación estatal: legislación*. Compendio. Ed. Universidad externado de Colombia. 2009

Urueta, J. M. (2010). *El contrato de concesión de obras públicas*. Ibáñez, 2ª edición.

Vélez, G. I. *Sistemas de financiación de la construcción de infraestructura*. Diapositivas de Curso. (s.f.)

Forma de citar: Marzola, M. (2015). Control Político: Implementación en las Concesiones de Cuarta Generación. *Rev. CES Derecho*, 6 (2), 73-92.

