



**LA TRASCENDENCIA DE LOS ESTUDIOS PREVIOS, COMO MATERIALIZACIÓN DEL
PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA**

EVELIN ASTRID CASTILLO MURILLO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Bogotá, Colombia

2018



**LA TRASCENDENCIA DE LOS ESTUDIOS PREVIOS, COMO MATERIALIZACIÓN DEL
PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA**

Tesis de Maestría en Derecho Administrativo

EVELIN ASTRID CASTILLO MURILLO

Directora:

Claudia Patricia Barrantes Venegas

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Bogotá, Colombia

2018

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	6
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO 1	24
LA PLANEACIÓN	24
1.1. DEFINICIONES	24
1.1.1. La planeación en su acepción general.....	24
1.1.2. La planeación en la Contratación Pública.....	27
1.1.2.1. El principio de planeación y la etapa precontractual. Sentido estricto.....	27
1.1.2.2. El principio de planeación en sentido amplio.	32
1.2. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN	
ESTATAL	37
1.2.1. Principios orientadores de la función pública.	37
1.2.2. Antecedentes normativos.....	45
1.2.3. Evolución jurisprudencial.	55
CAPÍTULO 2	61
LOS ESTUDIOS PREVIOS	61
2.1. MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ETAPA	
PRECONTRACTUAL.	61
2.2. ANTECEDENTES DE LOS ESTUDIOS PREVIOS.	66
2.3. ELEMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESTUDIOS PREVIOS.....	77
2.4. PARTICULARIDADES DE LOS ESTUDIOS PREVIOS PARA LOS CONTRATOS	
ESTATALES DE OBRA. PLANEACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA.....	85
2.4.1. Régimen jurídico del contrato de obra.....	85
2.4.2. Planeación Técnica.....	94
2.4.3. Planeación Jurídica.....	101
CAPÍTULO 3	110
FALTA DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	110
3.1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.....	110
3.2. LOS SOBRECOSTOS Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO.....	118
3.2.1. Reconocimiento de mayores cantidades de obras que no generan sobrecostos	
antijurídicos.	124

CAPÍTULO 4	127
LA FALTA DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA. ¿PROBLEMA NORMATIVO O SOCIAL?	127
CAPÍTULO 5	142
ANÁLISIS DEL EJERCICIO PRECONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	142
5.1. ESTUDIOS Y ESTADÍSTICAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.	142
5.2. CONTROL JUDICIAL: DEBATE JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN. 	160
5.3. CONTROL FISCAL: ANÁLISIS DE LOS INFORMES EFECTUADOS POR LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. FRENTE A OBRAS INCONCLUSAS.	185
5.4. ESTUDIO DE CASO: Contrato N° 730 de 2010 suscrito por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C.....	209
CAPÍTULO 6	218
EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA.	218
-REFERENCIA A LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRA-	218
6.1. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.	220
6.1.1. El contrato público de obra en la Directiva 2014/24/UE	225
6.1.2. Estructura de los estudios previos en la Directiva 2014/24/UE.....	229
6.2. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA NORMATIVIDAD INTERNA ESPAÑOLA 	232
6.2.1. Ley 9/2017 de contratos del sector público.	232
6.2.2. El contrato público de obra en la Ley 9/2017, de contratos del sector público.	234
6.2.3. Estructura de los estudios previos en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.....	236
6.3. BREVE MENCIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN OTROS PAÍSES. ..	250
CAPÍTULO 7	254
PROPUESTA DE INCORPORACIÓN NORMATIVA.....	254
7.1 FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN: ENFOQUE HACIA LOS ESTUDIOS PREVIOS PARA LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.....	254

7.1.1. Reestructuración del contenido de los estudios previos, específicamente para los contratos de obra pública.	262
7.1.1.1. Ley 1882 del 15 de Enero de 2018. Implementación de estándares y documentos tipo con carácter obligatorio para contratos de obra pública.	283
7.1.2. Consagración expresa de prohibición de violación al principio de planeación.	289
7.1.3. Fortalecimiento desde las entidades públicas.	292
7.2. ANÁLISIS DE LAS RECOMENDACIONES EFECTUADAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA OCDE.	295
CONCLUSIONES.....	307
BIBLIOGRAFÍA.....	324

PRESENTACIÓN

La contratación pública en Colombia constituye una herramienta indispensable para la consecución de los fines del Estado y el instrumento de ejecución del gasto público por excelencia. Esta especialidad, ha tenido una evolución significativa en los últimos años atendiendo a las recomendaciones que han venido efectuando entre otras organizaciones, la Organización para el Desarrollo Económico -OCDE- y el Banco Mundial, ajustándose a su vez a los cambios tecnológicos, de mercado y de apertura, propios de nuestro tiempo.

Sin embargo, aunque se ha avanzado en aspectos fundamentales y novedosos, sus principios rectores y tradicionales igualmente deben seguir fortaleciéndose, de tal manera que se consoliden las bases sobre las cuales se construyen las reformas a la contratación. Uno de estos principios esenciales en materia de contratación pública, lo constituye el principio de planeación.

Este principio, ha sido objeto de análisis en campos de estudio como el derecho, la ingeniería civil y la arquitectura, toda vez que, pese a ser reconocido y desarrollado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina, -como se reseñará- en la práctica de algunas entidades públicas el mismo es omitido de manera ostensible, o ejecutado de manera formal, limitándolo al cumplimiento de requisitos de una etapa determinada del proceso de contratación, e incluso dentro de esa limitación, ejecutando la planeación someramente sin el adecuado compromiso que se requiere, generándose para tipologías contractuales complejas como los contratos de obra, “resultados” como obras inconclusas y sobrecostos en los casos en que hay lugar a reconocerlos.

Para para nadie es un secreto que malos resultados son consecuencia inmediata de una inadecuada planeación en cualquier ámbito de la vida y del conocimiento. El impacto que tiene la planeación en los contratos de obra pública a través de los medios de comunicación

ha dejado en evidencia una preocupación por su fortalecimiento, que conlleva a investigar lo que realmente ocurre con este principio en esta tipología contractual específica, de tal manera que se identifiquen estudios y se efectúen análisis jurisprudenciales y normativos.

De tal manera que este constituye el objeto de investigación: La aplicación del principio de planeación en materia de contratación pública, como principio esencial, examinado en la etapa donde encuentra su máxima expresión, esto es, en la etapa precontractual, materializado a su vez desde el documento de estudios previos. Lo anterior, abordado desde una visión teórica y práctica.

En ese orden, se efectúa en esta investigación un análisis exhaustivo de la planeación como concepto general, como principio de la contratación en sentido amplio, y su aplicación específica en la etapa precontractual o de planeación, de conformidad con lo establecido en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, analizando a profundidad los elementos que constituyen los estudios previos, y específicamente aquellos imprescindibles para los contratos de obra pública.

Se examina igualmente la aplicación del principio de planeación en la actividad precontractual de las entidades públicas, a través de la búsqueda de estudios que comprueben la realidad de la Contratación, revisando los casos señalados en la jurisprudencia que han generado debates importantes en el desarrollo del mencionado principio, analizando de manera puntual el ejercicio precontractual de las entidades del Distrito, principalmente a través de los informes de auditoría de la Contraloría de Bogotá D.C., e identificando de manera paralela, si se establecen en la ley y en los decretos reglamentarios de contratación pública, de manera completa y precisa, el contenido de los estudios previos que garanticen la ejecución de los contratos sin generación de daños antijurídicos.

La presente investigación materializa así un interés por hallar las causas de la falta de planeación en contratos específicos como el de obra pública, por encontrar en la misma normatividad, en la jurisprudencia y en la práctica, el origen de su ineficacia o inobservancia, y al mismo tiempo, hallar en estas herramientas, así como en la doctrina nacional e internacional y en las recomendaciones de organizaciones internacionales, mecanismos que permitan adecuar -en caso de ser necesario- la norma a la realidad del país, de tal forma que se prevenga la generación de daños antijurídicos y se garantice la elaboración de una completa y adecuada planeación en la etapa precontractual.

De manera concreta se pretende identificar, de conformidad con las particularidades propias de los contratos de obra pública, elementos que deban ser incorporados en la ley y en los decretos reglamentarios, como mínimos requeridos en los estudios previos, cuya aplicación estricta y uniforme, conlleve a la adecuada ejecución del objeto contractual. Si bien, esta propuesta no es ninguna fórmula matemática, que indiscutiblemente impida la generación de inconvenientes durante todo la gestión contractual, **se busca fortalecer el principio de planeación**, y concretamente el contenido de los estudios previos, complementándolo con particularidades identificadas en la práctica contractual, en la doctrina y en el derecho comparado, además de otras propuestas normativas adicionales, **que contribuyan jurídicamente a la mitigación** de generación de daños antijurídicos **a través de la previsión.**

No obstante lo anterior, es decir, la delimitación de la investigación a un análisis netamente normativo y jurídico, se evidenciará igualmente en este estudio, cómo la falta de planeación en materia de contratación pública, no encuentra en la normatividad o en el derecho su única causa, encontrándose junto con ésta, problemas de corrupción y capacitación de funcionarios públicos como otras causas recurrentes. La anterior identificación también comporta un reconocimiento a asumir la planeación de manera seria y diligentemente por las personas que intervienen en la contratación, para que actúen como verdaderos gerentes públicos, teniendo en cuenta que su omisión afecta a todos sin distinción alguna, pues genera como resultado el detrimento de los recursos estatales. Como complemento de lo

anterior, se analizará en la investigación, la importancia para la efectividad de la normatividad, del cumplimiento diligente de la misma por parte de sus destinatarios, pues en caso contrario cualquier fortalecimiento o modificación jurídica que se pretenda realizar resultaría infructuosa en la práctica.

Finalmente, el contenido de esta investigación pretende otorgar al principio de planeación el reconocimiento que se merece, fortaleciendo el mismo en la etapa precontractual, exigiendo la realización de los esfuerzos necesarios en la elaboración de estudios previos, de tal manera que se invierta la ecuación en dedicación y recursos que se le otorga hoy en día, donde se está más preocupado en solucionar los problemas contractuales en la ejecución del mismo, pudiendo prevenir su generación desde su concepción.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, es común escuchar entre los ciudadanos inconformidades frente a las actuaciones u omisiones del Estado, y el tema de las obras públicas no es la excepción. De hecho, los medios de comunicación y los entes de control hacen visibles casos de obras públicas incompletas, inconclusas o sin utilización para el fin para las que fueron contratadas. Al cuestionarse por el origen o la causa raíz de lo anterior, la percepción de la población y el mensaje de los diferentes medios de comunicación, van encaminados a problemas de corrupción o fallas en la planeación por parte de las entidades públicas en dichos casos. Pero, ¿qué tan acertadas son esas opiniones?, ¿qué tan compleja puede resultar la planeación que su inobservancia pareciera ser el común denominador en la contratación pública?, ¿Qué es la planeación?, ¿Qué abarca?, ¿Dónde se estipula?, ¿En qué se falla? ¿Cómo se puede fortalecer?

En nuestro país, al enmarcarnos en un Estado social y democrático de derecho, que propende por la materialización de los fines consagrados constitucionalmente, es decir, por la satisfacción del interés general y la garantía de los derechos otorgados, la planeación constituye una valiosa herramienta para el cumplimiento de éstos propósitos.

Dicha planeación en sentido estricto -entendida como la acción de trazar unos pasos para la consecución de un fin específico- determina el camino o ruta a seguir, que conduce, según se realice, a la culminación del objetivo trazado. Necesariamente el resultado es consecuencia de la planeación, de tal manera que si algo falla en el resultado aun siguiendo de manera precisa lo “planeado”, es porque no se asumió esta etapa preliminar de manera consciente, adecuada y suficiente; porque se omitieron detalles, valores, etc.; o se estipularon de manera excesivas otras especificidades.

Puntualmente, en materia de contratación pública, la planeación constituye un principio y a su vez un deber de las Entidades Públicas, que tiene por finalidad evitar la improvisación, garantizar la adecuada utilización de los recursos públicos y el cubrimiento de las necesidades de la comunidad. El desarrollo de su definición (como concepto general y como principio de la contratación pública en sentido estricto y amplio), por considerarse trascendental, constituye un capítulo independiente, en el que además se efectuará el análisis sobre la confusión generada entre el principio y la etapa de planeación; De forma tal que se proporcionará una clara identificación del objeto a desarrollar, se suministrará una completa y correcta conceptualización, incluyendo definiciones generales, normativas, doctrinales y jurisprudenciales.

Así las cosas, aunque la planeación, tal como lo exponen algunos investigadores¹, debe ser concebida de manera dinámica al servicio de la comunidad, en esta oportunidad, será examinada **desde su aplicación en la etapa precontractual**, lo que se ha denominado en esta investigación como principio de planeación en sentido estricto, materializada a su vez en los estudios previos, delimitando así el objeto de estudio, sin desconocer que la planeación debe observarse en todas las etapas de la contratación (sentido amplio).

Dicho principio, desarrollado y enunciado en diversas doctrinas, artículos y jurisprudencia, y consagrado en la legislación colombiana, en la práctica no se ve reflejado a través del ejercicio precontractual de algunas entidades públicas. Por el contrario, lejos de concluir la contratación en suplir la necesidad y satisfacer el interés general, termina presentando un sin número de inconvenientes en la ejecución, encontrándose dentro de estos, por ejemplo, temas de sobrecostos, que generan a su vez un detrimento patrimonial claramente previsible, en determinados casos.

¹ Cfr. APONTE DÍAZ, Iriana. (2014). “*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 177-207.

Desde el año 2004, el Departamento Nacional de Planeación, en un estudio realizado en virtud al proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP y referenciado en el “*Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública*”², presentó, como resultado del análisis de pronunciamientos judiciales -en los que se incluyeron sentencias, providencias aprobatorias de acuerdos conciliatorios y laudos arbitrales-, las principales causas por las cuales se condena al Estado, dentro de las que se encontraron referenciadas para la etapa precontractual: la falta de planeación. Dentro de esta categoría igualmente se hallaron a su vez tres sub-causas recurrentes: “(i) *Errores cometidos por la entidad en el momento de definir la naturaleza jurídica del contrato que se propone celebrar, así como del procedimiento de selección que se aplicará.* (ii) *Prórrogas de los términos definidos en los pliegos de condiciones para las diversas etapas del procedimiento de contratación, por ejemplo, cuando se fija un cronograma de actividades para el procedimiento licitatorio que no es cumplido por la entidad y abre espacio al oportunismo de los proponentes para reclamar por sobrecostos (revisión de precios) originados en el retardo, o para sustraerse al carácter vinculante de su oferta.* (iii) **Realización de obras o servicios no previstos en el contrato o de mayores cantidades de obras, bienes o servicios, que son consecuencia de la precariedad de los estudios previos pero que ordinariamente se presentan en la ejecución del contrato**”³. Negrilla fuera del texto.

Esta última sub-causa, identificada en la etapa precontractual, constituyó la base de la presente investigación, toda vez que, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el **principio de planeación** de manera amplia, y han identificado y explicado su aplicación para la etapa precontractual, concretamente en el contenido de los mínimos

² “El análisis de causas en mención se realizó a partir del estudio de las providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 274 providencias, (de las cuales 145 resultaron absolutorias, extraídas de la compilación del Banco de Datos Jurídicos de Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia; laudos de los Tribunales de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá: 40 en total) – 13 absolutorios, recogidos en la publicación en medio magnético titulada *Laudos Arbitrales* – que lanzaron al mercado la firma Legis y la propia Cámara de Comercio; y 686 autos aprobatorios de conciliaciones prejudiciales dictados por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Las providencias analizadas resolvían controversias de naturaleza contractual estatal y fueron proferidas en el periodo comprendido entre los meses de enero de 1996 y diciembre de 2002.” MONTENEGRO, Santiago [Director]. *Manual de Buenas prácticas para la Gestión Contractual Pública*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, Diciembre de 2004.

³ *Ibíd.*

requeridos en los estudios previos, dicho principio y normatividad, en la actualidad, **no se ve evidenciado en el ejercicio precontractual de algunas entidades públicas**. Por el contrario, se reflejan en los estudios, en los casos y en los informes adelantados por las autoridades correspondientes (control judicial y fiscal), el reporte de obras inconclusas como resultado de una inadecuada e incompleta elaboración de estudios previos, razón por la cual, de manera puntual, girará esta investigación en torno al contrato de obra pública, por presentar esta tipología contractual, características particulares para su ejecución, que son el resultado de los diseños y especificaciones técnicas contenidas precisamente en ese documento previo, respecto del cual se detectó en el estudio referenciado y en la jurisprudencia que se examinará, mayores falencias sobre una adecuada planeación.

Desde un enfoque jurídico, la falta o falla en la planeación, buscando hallarla desde la elaboración de los estudios previos, como causa de la no ejecución de los contratos de obra, o la mayor permanencia de obra, y en todo caso de los sobrecostos –cuando hay lugar-, genera los siguientes interrogantes: **¿Existe un desconocimiento normativo en materia de estudios previos, traducida en inaplicación de la ley?**, es decir, los elementos contentivos de los estudios previos se encuentran claramente identificados en la ley y en los decretos reglamentarios, siendo los necesarios para llevar a buen término todos los procesos de contratación, no obstante las entidades públicas no tienen en cuenta de manera adecuada lo que allí se indica, violando el principio de legalidad; **o ¿Existe un vacío normativo en materia de estudios previos?**, no señalando la normatividad la totalidad de los elementos que deben contener los estudios previos respecto a determinadas tipologías contractuales, que garanticen la materialización del principio de planeación en la etapa precontractual.

De la primera hipótesis planteada podrían surgir investigaciones relacionadas con responsabilidad disciplinaria en el ámbito del derecho administrativo, o de tipo sociológico para examinar la conducta de quienes adelantan los procesos de contratación, y en todo caso de tipo jurídico por constituir esto último un problema funcional del estado relacionado con la capacitación y competencia de los funcionarios encargados de la contratación; Sin

embargo, llama mucho más la atención el segundo interrogante, al enfocarlo a una tipología contractual específica -como se mencionó anteriormente-, convirtiéndose en el propósito de esta investigación la constatación de si **¿se establecen en la ley y en los decretos reglamentarios de contratación pública, de manera completa y precisa, el contenido de los estudios previos que garanticen la ejecución de los contratos estatales de obra sin generación de sobrecostos?**

Lo anterior, porque si bien, el contenido de los estudios previos para adelantar procesos contractuales, contiene unos mínimos requeridos para la generalidad de los procesos, determinados tipos contractuales, como los contratos de obra pública, deberían contener, en razón a sus especificidades, elementos adicionales en los estudios previos de observancia imperativa y uniforme, impidiendo respecto de los mismos la discrecionalidad del contratista o de la entidad; Elementos que podrían identificarse del ejercicio precontractual de las entidades públicas y cotejarse con la estructura actual de los estudios previos, de manera tal que posiblemente pueda evidenciarse un vacío normativo para esta tipología contractual, y que de consagrarse eviten la generación de daños antijurídicos en la ejecución del contrato, y la generación de sobrecostos en los casos en que haya lugar.

Siendo lo anterior lo que se pretende determinar o analizar, lo enriquecedor de esta investigación consiste, no en proponer la estipulación de requisitos establecidos en otras normatividades diferentes y señalarlas de manera taxativa en la normatividad específica de estudios previos, pues esto no constituiría ninguna propuesta y por el contrario justificaría la falta de gestión de las entidades de analizar toda la normatividad aplicable a cada caso, ejercicio que además adelantó el Gobierno Nacional a través de la compilación normativa por materias, en decretos reglamentarios, como el Decreto N° 1082 del 26 de mayo de 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”*, sino por el contrario, lo que se pretende en esta investigación es identificar en la práctica (con ayuda igualmente de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad internacional⁴), requisitos que se han evidenciado durante la ejecución de las

⁴ Normatividad Española (Véase Cap. 6).

obras públicas, no previstos o especificados en la normatividad colombiana, cuya consagración podría prevenir daños antijurídicos para los proyectos futuros, de tal manera que las correcciones que las entidades vienen realizando en la ejecución de contratos de obra pública cuando se han presentado inconvenientes, sirvan como medida preventiva para los futuros casos, y queden previstas desde la elaboración del documento de estudios previos. Adicional a lo anterior, del mismo desarrollo de la investigación podrían surgir propuestas adicionales complementarias que conserven la misma finalidad que la inicialmente planteada, esto es, el fortalecimiento del principio de planeación.

Como marco referencial es preciso señalar, que frente a la falta de planeación de los contratos de obra pública se han realizado diferentes estudios y se han escrito diferentes artículos y obras -reseñadas en el acápite bibliográfico de la presente investigación-, siendo este un hecho notorio, reportado frecuentemente por los medios de comunicación y por la jurisprudencia del Consejo de Estado que aquí se señala, como una de las causas principales de las obras inconclusas. De hecho, ensayos, trabajos de grado y notas periodísticas tienen como titular de los textos *“la falta de planeación y la contratación de obra pública en Colombia”*, abordando el tema desde diferentes perspectivas. Incluso, con una estructura similar a la que aquí se abordará, siendo el trabajo que más similitud presenta a esta investigación, se puede encontrar el ensayo jurídico de la Universidad de la Sabana titulado *“Falta De Planeación En La Contratación Estatal De Obras De Infraestructura En El Municipio De Palermo – Departamento Del Huila”*, de la doctora Nancy Trujillo Monje, en el que se evidencia el mismo problema en la contratación, abordando la falta de planeación a través de la presentación de casos prácticos del Municipio de Palermo: *“La investigación se centra en el municipio de Palermo en el Departamento del Huila que ejecuta proyectos de obras de infraestructura, adelantando procesos contractuales sin el lleno de los requisitos; debido a que no hay unas normas claras en la etapa de estudios previos y formación del proyecto, solamente un desarrollo jurisprudencial (...).”*⁵ Si bien en

⁵ TRUJILLO MONJE, Nancy. *“Falta De Planeación En La Contratación Estatal De Obras De Infraestructura En El Municipio De Palermo – Departamento Del Huila.”* [Recurso electrónico]. Ensayo presentado como requisito para optar al título de Especialista en Contratación Estatal. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana, Instituto de Postgrados, 2012. p. 4.

dicho ensayo se maneja una estructura similar⁶ a la que aquí se abordará -como ya se señaló-, el ensayo expone la siguiente conclusión: “(...) *Las anteriores situaciones son el reflejo de la falta de capacitación de los funcionarios del ente territorial en la formulación de proyectos, y en otros casos es fruto de la desidia de las entidades territoriales que no se preocupan por hacer una etapa de planeación adecuada, eficiente y eficaz.*”⁷ En ese orden de ideas, aunque en principio el ensayo pretendía cuestionar y proponer lo mismo que en esta investigación se busca, es decir, encontrar fallas comunes que pudieran convertirse en aspectos remediables para futuros casos, frente a la planeación y respecto de los estudios previos, el ensayo finalmente centra su atención en la falta de capacitación y conciencia de las personas que estructuran los estudios previos. Un problema que también será abordado en esta investigación, pues no se puede negar su causalidad con la falta de planeación en el país, pero que se abordará como conexo, siendo el tema principal el análisis normativo como causa importante del origen de la falta de planeación, subsanable o evitable a través de los mismos mecanismos jurídicos.

Así las cosas, aun cuando existe un amplio material investigativo, doctrinal y jurisprudencial frente al principio de planeación, de manera directa no se ha ubicado la causa raíz de su ausencia en la estructura normativa de los estudios previos. Si bien en algunos casos se encuentra que hubo falencias en la elaboración de los mismos, se menciona que estos obedecen a factores de corrupción y de competencia de los servidores públicos, más no por deficiencia normativa, como se pretende desarrollar en los capítulos siguientes.

No obstante lo anterior, se han publicado artículos como el de *Juan Martín Caicedo*, Presidente Ejecutivo de la Cámara Colombiana de la Infraestructura, en el que se menciona

⁶ “(...) *La propuesta para abordar se tratará en tres grandes temas a saber: 1) Concepto de Planeación y determinación de sus pasos, 2) Los problemas estructurales de información en las Entidades Estatales, 3) La importancia del principio de planeación Contractual en donde de forma ordenada y mediante una secuencia lógica de las etapas de los proyectos la fase de pre-inversión permita a las Entidades Estatales reducir la incertidumbre sobre la conveniencia de adelantar el proyecto previo a la apertura de un proceso de contratación y 4) Estudio de caso Municipio de Palermo – Huila.*” *Ibíd.*, p. 5

⁷ *Ibíd.*, p. 21.

la elaboración y presentación de una “*Propuesta de política pública homogénea para la estructuración de los proyectos y la confección de los respectivos pliegos licitatorios tratándose de obras públicas*”, específicamente para proyectos de infraestructura de transporte, que constituye la propuesta más cercana a la teoría que se pretende proponer. Sugerencia, que además guarda coherencia con lo señalado en la nueva ley 1882/18⁸, que será desarrollada en los capítulos finales-. En ese mismo sentido, autores como el arquitecto *Edgar Fernando Vargas Cantor* en su libro “*Las Obras públicas*”, identifica también elementos encontrados en la praxis, que podrían constituir los requisitos mínimos con los que se debe elaborar un estudio previo para esta tipología de contratos que le da el nombre al libro, y que no se tienen en cuenta a la hora de elaborar los mismos, por ser generalizados los requisitos de la norma, cumpliendo formalmente lo señalado pero presentando falencias estructurales que se manifiestan en mayor proporción en la etapa de ejecución.

Del otro lado, alejándose un poco aparentemente de la delimitación del principio de planeación que aquí se adopta, otros autores como la doctora *Iriana Aponte Díaz*, no consideran que la planeación pueda limitarse únicamente a la elaboración de los estudios previos o a las medidas que tienen únicamente una función preventiva; sino que ésta debe verse de una manera dinámica, con aporte de componentes de otras áreas, observada en todas las etapas del contrato estatal, hasta la entrega de la obra pública y la satisfacción del interés general⁹. Dicha posición, sea de antemano señalar, es compartida en la presente investigación y por el contrario, se considera, constituye un aporte significativo para la teoría que aquí se pretende comprobar, tratándose de planeación contractual, por lo que no se desconoce la importancia de observar y verificar en todas las etapas contractuales cada uno de los factores de planeación administrativa por objetivos, constituyéndose la delimitación simplemente una **cuestión metodológica**, que permite estudiar de manera

⁸ COLOMBIA. Ley 1882 del 15 de enero de 2018, “*por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.*”

⁹ “(...) *En este orden, la planeación de la obra pública también implica el pleno cumplimiento del objeto contractual, el correcto desarrollo de la obra, entendiéndose que la misma no solo se agota con su entrega, sino que debe ser dada al servicio en condiciones óptimas para el mismo, por lo que la planeación, necesariamente vincula las etapas precontractual, contractual y también la poscontractual.*” Cfr. APONTE DÍAZ. Ob. Cit., p. 184.

concreta la aplicación del principio de planeación a la etapa precontractual de estudios previos. Dicha etapa precontractual, que además en la actualidad por sí misma no está cumpliendo con la finalidad de la contratación, tratándose de obra pública, es el objeto de estudio para su complementación y/o fortalecimiento con las particularidades propias para una tipología específica, de tal manera que se logre minimizar la generación de obras inconclusas, siendo los estudios previos la referencia del principio de planeación en materia de contratación pública establecida en la jurisprudencia, y que además puede contener la totalidad de los aspectos pertenecientes a otras áreas que permitan un mayor conocimiento del objeto a desarrollar. En todo caso, también vale la pena señalar, la investigadora referenciada, no obstante abarcar el concepto de planeación en sentido dinámico, menciona –en línea con la hipótesis planteada–, la necesidad de crear un manual de contratación pública para protocolizar técnicamente, no sólo el principio de planeación, sino también el de selección objetiva, teniendo en cuenta en este caso, particularidades propias por modalidad de contratación pública¹⁰.

En ese orden de ideas, los estudios previos constituyen la herramienta de materialización del principio de planeación por excelencia, y se reitera, serán objeto de investigación buscando fortalecer sus postulados de conformidad con las características propias de los contratos de obra pública.

La presente investigación constituye así un estudio explicativo y propositivo, que tiene como finalidad examinar la falta de planeación en los contratos de obra pública y la incidencia de la elaboración de los estudios previos, estableciendo la relación de causa-efecto, y proponiendo una herramienta jurídica que pueda prevenir la generación de daños antijurídicos observados en la etapa de ejecución. En desarrollo del tema se utilizará inicialmente un método deductivo, de tal manera que se examine lo señalado por la jurisprudencia Colombiana y por la doctrina frente al principio de planeación, partiendo de lo general (la planeación como principio) a lo particular (realización de los estudios previos).

¹⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 1196.

Una vez verificada la materialización del principio de planeación en los estudios previos, posteriormente, para la generación de una propuesta jurídica, se traslada el proceso formal a un método inductivo, buscando analizar, a través del estudio de casos particulares, si en la práctica se han identificado elementos no señalados por la ley que deben de manera preeminente hacer parte de los estudios previos para el inicio de procesos de contratación de obra pública, y que den cuenta de un vacío normativo que sea posible subsanar atendiendo al principio de legalidad, como se pretende concluir. No obstante, sin el análisis previo sobre el aspecto actual de los elementos señalados en la ley y los elementos que se presentan en las entidades públicas reflejados en la jurisprudencia y en la doctrina, no se podría evaluar la suficiencia de dichos elementos normativos para la ejecución exitosa de las obras, por lo que es necesario efectuar el análisis de los aspectos jurídicos actuales en aras de realizar la correspondiente comparación. En todo caso, la investigación conserva en su desarrollo la misma línea de integrar la planeación con la legalidad como lo ha venido examinando siempre la jurisprudencia, siendo esta una investigación enmarcada en el campo netamente jurídico.

Estructuralmente la presente investigación se ha distribuido en siete capítulos: El capítulo I describe la figura de la planeación, empezando por su concepto general, resaltando su estatus de principio en la contratación pública, estableciendo sus antecedentes normativos y desarrollo jurisprudencial, señalando sus definiciones (en sentido estricto y amplio) y la diferenciación con la etapa precontractual; El capítulo II, hace énfasis en el documento de estudios previos como materialización de dicho principio en la etapa precontractual, constatando la trascendencia que una correcta y completa elaboración de los mismos presenta para la ejecución efectiva y eficiente del objeto contractual. Se describen en este acápite los antecedentes de los estudios previos, la estructura actual, se analizan sus componentes, prestando mayor detalle a lo que se ha denominado en esta investigación “planeación técnica y jurídica”, por cuanto se estudian las particularidades de dichos estudios previos frente a los contratos de obra pública.

En el capítulo III se aborda la complejidad de la aplicación y constatación del principio de planeación en la práctica contractual, examinando, a través de los casos presentados por la jurisprudencia, la ausencia de dicho principio: cómo se puede evidenciar el incumplimiento del deber legal de planeación, en qué momento genera mayor impacto su omisión, cuál es su consecuencia inmediata, por qué dicha consecuencia se considera un daño antijurídico, sobre quién recae; cuándo procede el reconocimiento de mayores cantidades de obra que no generan sobrecostos antijurídicos, etc., aspectos todos relacionados con los contratos de obra pública objeto de investigación.

En el capítulo IV, a manera crítica y reflexiva se aborda el principio de planeación desde un ámbito social, funcional y normativo, efectuándose un análisis sobre la eficacia de la estructura actual de los estudios previos, cuestionándose si es la normatividad la que presenta insuficiencia para la adecuada planeación, o si es la sociedad, la cultura y las competencias de los encargados de la estructuración de los proyectos, la causa raíz de la contradicción entre lo normado y el resultado material.

El capítulo V, por su parte, muestra los resultados de un trabajo de campo respecto a la práctica precontractual de las entidades, que tiene como insumo principal la revisión estadística de informes, estudios y trabajos académicos que den cuenta de la aplicación o ausencia del principio de planeación. Lo anterior arroja como resultado la adopción metodológica de análisis de las causas recurrentes que materializan la deficiencia de la planeación a través de dos ámbitos de estudios: el control judicial y el control fiscal. Dos ámbitos con un mismo objeto de estudio –la contratación pública–, pero con competencias, autoridades y consecuencias jurídicas distintas. El control judicial se aborda a través del análisis que de manera particular se realiza al debate jurisprudencial suscitado, referente a la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación, que ha venido siendo declarada de oficio por el Consejo de Estado (Sección Tercera), por considerarse un cambio importante en el desarrollo jurisprudencial de dicho principio. Mientras que el control fiscal se desarrolla a través de los informes de la Contraloría de Bogotá D.C, en cuanto a la identificación de obras inconclusas, respecto de las cuales ha efectuado un

seguimiento desde el año 2013 a la fecha. De dichos informes se identifican aquellos contratos cuya causa de su transformación en obra inconclusa resulta ser por deficiencias o ausencia de planeación, identificando en la praxis las debilidades, así como elementos mínimos detectados que se encuentran ausentes de la normatividad específica de los estudios previos.

Elementos que serán complementados con los identificados en el derecho comparado, específicamente en la regulación de la Unión Europea y concretamente en el derecho interno Español, legislación frente a la cual se observan avances significativos en el fortalecimiento de la normatividad en materia de preparación de contratos de obra pública, pues se tienen en cuenta las particularidades propias de esta tipología contractual, que serán examinadas en el capítulo VI.

El capítulo final, contiene por su parte una propuesta de incorporación normativa, conformada por una principal y dos complementarias, que tienen como propósito el fortalecimiento del principio de planeación con enfoque hacia los contratos de obra pública. La propuesta principal se desarrollará a través de la reestructuración del contenido mínimo de estudios previos para esta tipología contractual, de conformidad con las particularidades analizadas en cada uno de los capítulos de la presente investigación. Igualmente se efectuará en este acápite, un análisis de la reciente Ley sancionada No. 1882 del 15 de enero de 2018, por medio de la cual se faculta al Gobierno Nacional la adopción de documentos tipo para pliegos de condiciones de los procesos de selección de obra pública, por contener esta normatividad un lineamiento similar al propuesto en esta investigación. Adicionalmente se presentarán dos propuestas complementarias que se dejarán sencillamente enunciadas y que sin duda podrían contribuir a generar un cambio en la práctica contractual; Estas dos últimas tienen que ver con la consagración expresa de prohibición de violación al principio de planeación y el fortalecimiento del mismo desde las entidades públicas.

Estas propuestas normativas pretenden claramente invertir los esfuerzos que se presentan en la actualidad frente a cada etapa de la contratación, para que se le otorgue a la etapa precontractual o de planeación, la dedicación en tiempo, recursos y talento humano que se requiere como prevención a la generación de daños antijurídicos ocasionados por la ausencia o falla de ésta en la estructuración de los proyectos.

Culmina este acápite igualmente, con un reconocimiento a la labor que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico –OCDE- ha tenido frente al fortalecimiento del sistema de compra pública de Colombia en general, efectuando un análisis de las recomendaciones que en materia de contratación pública ha realizado esta organización, estableciendo la existencia o no de recomendaciones en materia de planeación y efectuando una verificación sobre si las propuestas normativas que se plantean en la investigación se encuentran acorde con las prácticas estandarizadas internacionales.

Finalmente, dado que la propuesta principal pretende incorporar una normatividad de requisitos mínimos en la elaboración de estudios previos, especiales para los contratos de obra pública, que permitan una adecuada planeación de la obra a ejecutar, se abordará - como ya se señaló- dicha propuesta al amparo del principio de legalidad como herramienta para la efectividad material del principio de planeación.

Lo anterior no constituye ninguna propuesta desproporcionada si se tiene en cuenta que aunque la misma no dé como resultado la eliminación del problema de fondo, sí podría disminuir su producción y su impacto. Prueba de que la normatividad tiene por finalidad la solución o mitigación de problemáticas identificadas en la práctica, es la 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”* que pretendió combatir los actos de corrupción como *“(…) uno de los fenómenos*

*más lesivos para los Estados modernos (...)*¹¹. En razón a dicha circunstancia y a la ratificación de Colombia de tratados y convenios internacionales para combatir la corrupción, se profirió la referida ley.

Así las cosas, en esta ocasión, nuevamente la normatividad se convertirá en la mayor herramienta jurídica con la que se cuenta -por tener un carácter formativo sobre la interacción social- para la transformación del principio de planeación a través de la reestructuración de los estudios previos, específicamente tratándose de contratos de obra pública, de tal manera que se convierta en una actividad a desarrollar con mayor tecnicismo, mayor eficiencia y eficacia, que permita evitar daños antijurídicos en la ejecución del contrato y la generación de obras inconclusas.

¹¹ COLOMBIA. Exposición de Motivos “*Proyecto de ley 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*”. [Ley 1474 de 2011].

CAPÍTULO 1

LA PLANEACIÓN

1.1. DEFINICIONES

1.1.1. La planeación en su acepción general.

En términos generales, la palabra planeación, constituye un concepto aplicable a todos los ámbitos de la vida. La búsqueda de su definición nos remite a contextos que van desde la planeación del proyecto de vida, hasta hablar de planeación estratégica, metodológica, corporativa, contractual, pública, etc. Aun así, para todos los escenarios posibles, **la planeación se podría definir de la misma manera: la visualización tanto del resultado que queremos obtener, como de los medios para alcanzarlo:**

*“La **esencia** de la Planeación es la preocupación por el futuro, es proyectar un futuro deseado y los medios efectivos para conseguirlo.”¹² Negrilla fuera del texto.*

Las personas exitosas, las grandes empresas y los profesionales que las conforman, atribuyen gran parte de su triunfo y consecución de metas, a la disciplina en la planeación como herramienta de trabajo, en la elaboración de cronogramas, establecimiento de objetivos, dominio del tema, y ante todo, a la acción de seguir dicho plan con perseverancia y disciplina, en aras de obtener los resultados:

“(…) Hablando de las similitudes entre la gestión pública y la gestión privada, Gulick y Urwick decían que un buen ejecutivo debe planificar, organizar, integrar

¹² TRUJILLO MONJE. Ob. cit., p. 6

*personal y dirigir*¹³. Por su parte, Álvaro Rodríguez Reyes¹⁴ dice que **la planeación es “en su concepción más general una manifestación inherente a la naturaleza humana; es el resultado de la facultad racional del hombre del pensar antes de actuar o expresado con la máxima sencillez, planear es prepararse para la acción. Y si llevamos nuestro enfoque un poco más hacia la compaginación de lo económico con lo organizativo, encontramos en la planeación un producto reflexivo de la inteligencia humana, un recurso para conducir la acción con un sentido de orden y previsión, a fin de obtener el máximo de provecho con el máximo de esfuerzo”.¹⁵ Negrilla fuera del texto.**

La planeación ha sido definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁶ como “1. f. Méx. *planeamiento*.”, que a su vez es definida como “1. m. *Acción y efecto de planear (ll trazar un plan)*.”; “1. tr. *Trazar o formar el plan de una obra*. 2. tr. *Hacer planes o proyectos*.”.

En ese orden de ideas, el verbo planear -aunque parezca redundante-, implica básicamente la elaboración de un plan. Plan mediante el cual se fijan unas metas y los pasos correspondientes para su consecución. Lo anterior, sin embargo, no garantiza el éxito de determinada meta u objetivo, si en la definición y estructuración del plan no se efectuó el análisis y no se contó con el grado de conocimiento necesario. De tal manera que el éxito del plan dependerá de su calidad de construcción y ejecución así como del contexto en que se aplique.¹⁷

¹³ “(17). Citados por Graham T. Alison en *La Gestión Pública y la Privada: ¿son fundamentalmente similares en todos los aspectos no importantes?* Texto compilado por Jay M. Shafritz y Albert C. Hyde en: *Clásicos de la Administración Pública. Fondo de Cultura Económica y otros. México, 1999. Pág. 751.*” citado por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá: 21.08.2014. Ref.: Expediente N°: 11001031500020130191900. Demandante: Constructora Concreto S.A. Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. [Sentencia de tutela de primera instancia].

¹⁴ “(18). Citado por Raymundo Amaro Guzmán en: *Introducción a la Administración Pública. MacGraw – Hill. México, 1993. Pág. 244.*” citado por: *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=planeaci%C3%B3n> [10.07.2016]. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹⁷ URL: <http://definicion.de/planeacion/#ixzz42dMnNd1U> [10.07.2016]. Definición de planeación - Qué es, Significado y Concepto.

Técnicamente puede identificarse la planeación con la maduración de proyectos, maduración que es producto de un proceso lógico y de etapas, sin las cuales, no podría materializarse.¹⁸

El Diccionario del español jurídico si bien no proporciona una definición general para el verbo planear (toda vez que suministra definiciones específicas como planeamiento de recursos, de defensa, etc.), ofrece la siguiente definición del término “*Plan*” que se acerca más a lo jurídicamente empleado en nuestro país:

“(…)Conjunto de documentos elaborados por las administraciones públicas que, independiente de la denominación concreta que tengan, son el marco para decisiones de autorizaciones ulteriores, fijan finalidades y objetivos, establecen prioridades para la actuación pública y armonizan y compatibilizan decisiones con la protección del medio ambiente, sin que sean ejecutables directamente.”¹⁹

Coincidiendo absolutamente con la reflexión realizada por el doctor *Juan Carlos Expósito Vélez*, una buena planeación constituye la herramienta que permite defenderse, administrar, controlar y medir los resultados.²⁰

De conformidad con lo anterior, la planeación -en su concepción general-, antecede a los campos en que se desarrolla, no siendo un concepto exclusivo de una u otra materia, sino que precede o se encuentra implícito en cualquier escenario, de tal suerte, que podría afirmarse, que hace parte del deber ser y del sentido común, planear antes de actuar, y de

¹⁸ PERDOMO, Andrés. “*Parámetros técnicos y legales a observar en los contratos estatales para determinar deficiencias de planificación que puede conllevar a responsabilidad fiscal ante las contralorías en Colombia.*”. Trabajo para optar al título de Especialista en gestión pública. Colombia: Pasto. Universidad Nacional Abierta y a Distancia –UNAD-, año 2016.

¹⁹ URL: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E182180>. [06.06.2017]. Diccionario del español jurídico.

²⁰ “(…) *En pocas palabras, el ente que va a contratar no debe olvidar que con evitar improvisaciones se evitan futuras responsabilidades, y que lo no planeado no se puede administrar y no puede dar lugar a una correcta organización de los recursos; por lo tanto no se pueden medir los resultados y en consecuencia no se pueden controlar.*” EXPÓSITO VÉLEZ. La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español. Ob. cit., p. 624.

manera categórica cuando se hace referencia a campos específicos e importantes como la administración pública, en la que se involucran actividades desarrolladas con recursos de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, el concepto de planeación parece ser tan sencillo, como la fijación de objetivos y metas, así como la identificación del procedimiento para alcanzarlas²¹, siendo en principio “inusual” encontrar actuaciones que se adelante omitiéndola.

1.1.2. La planeación en la Contratación Pública.

Pese a la ausencia en la normatividad de una definición sobre el principio de planeación, la doctrina y la jurisprudencia no han escatimado en proporcionar descripciones que permitan enmarcar dicho concepto a la contratación pública. Sin embargo, tales definiciones, por los mismos antecedentes y desarrollo jurisprudencial que ha tenido el principio, generan en la práctica contractual una confusión entre el principio y la etapa de planeación, definiéndose en ocasiones el principio con las actuaciones a adelantar en la etapa precontractual, razón por la cual, para efectos de la presente investigación, se propone la clasificación de principio de planeación en sentido estricto, referido a la aplicación del mismo en la etapa precontractual, y el principio de planeación en sentido amplio, referido a la totalidad de las etapas del proceso de contratación.

1.1.2.1. El principio de planeación y la etapa precontractual. Sentido estricto.

Al definir o analizar el principio de planeación, tradicionalmente, la doctrina al igual que la jurisprudencia, han enmarcado el principio en la etapa precontractual, de tal manera que la

²¹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 587.

ubica desde la elaboración de proyectos y de presupuestos hasta la celebración del contrato, tal como lo cita el doctrinante *Juan Carlos Expósito Vélez*, tomando como referencia la clasificación efectuada a su vez por el Doctor *Santofimio Gamboa* en su libro *“Delitos de celebración indebida de contratos”*:

*“La doctrina diferencia varias exigencias legales en virtud al **principio de planeación desde el inicio del procedimiento de selección hasta la firma del contrato**, momento en el cual se inicia la etapa contractual: tecnicidades previas a la elaboración de proyectos, desarrollo del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, análisis de oportunidad y conveniencia de la celebración del contrato, estudios del mercado para determinar el precio de las prestaciones del contrato, obtención de licencias, permisos y cumplimiento de las demás exigencias normativas, y elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, así como estructuración del contrato en los casos de contratación directa y de urgencia manifiesta. Todos son presupuestos consagrados en la ley, y por lo tanto obligatorios al momento de contratar, razón por la cual su inaplicación deriva en una afectación grave respecto de la existencia y validez del contrato estatal.”*²²
Negrilla fuera del texto.

La Corte Constitucional²³, al hacer referencia al principio de planeación también lo relaciona con la etapa precontractual y específicamente con los estudios previos, señalando lo siguiente:

“El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.” Negrilla fuera del texto.

El doctrinante *Juan Carlos Expósito Vélez*, en su obra *“La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español”*, define la planeación como la *“(…) herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que*

²² EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit., p. 590.

²³ Corte Constitucional colombiana, C-300/2012, p. 45

pretenda adelantar las entidades públicas, debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica²⁴; con ello se pretende dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual, previamente a la ejecución de un contrato, la Administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado.(...)"²⁴

La doctrina igualmente, cuando hace alusión al principio de planeación, hace referencia a la "**fase de formación de la voluntad contractual**"²⁵, la cual se subdivide en: 1. "Planificación y contrato en la realización de los fines del Estado", y 2. "Elaboración de estudios Previos". Esta subdivisión de la fase de formación de la voluntad contractual, hace especial énfasis a la observancia de la planeación por parte de las entidades públicas, no sólo desde el establecimiento de la necesidad a contratar, sino desde antes de tomar dicha decisión, pues debe estar inmersa, tal como lo señala la Constitución Política de Colombia, en los planes de desarrollo, elaboración de los presupuestos, etc.,²⁶ de tal forma que se señala frente a la planeación o planificación como la "(...) *fase previa y preparatoria al contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado, y permite políticamente su incorporación al presupuesto.*"²⁷

En el *Manual de buenas prácticas de transparencia en la gestión contractual* del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo²⁸, se denomina a la planeación como "*La elaboración de los programas, proyectos y los estudios que los sustentan (...), que constituye la primera y una de las etapas más importantes de la contratación pública.*"; Se

²⁴ EXPÓSITO VÉLEZ. Ob. Cit., p. 588.

²⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis. Segunda Reimpresión, 2000. p. 63.

²⁶ *Ibíd.*, p. 64.

²⁷ *Ibíd.*, p. 66.

²⁸PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Buenas Prácticas de Transparencia en la Gestión Contractual*. Primera impresión: diciembre 2011. P. 21.

adjudica a la gestión pública la fuente de las deficiencias en la planeación o la ejecución exitosa del objeto, dependiendo de la deficiencia en la elaboración de los estudios, o por el contrario, de la verificación adecuada de la necesidad, los estudios serios y completos, que permitan observar las diferentes alternativas. Negrilla fuera del texto.

Ahora bien, del esquema general del proceso, la primera etapa y la más importante es la **etapa de planeación o precontractual**, que implica el conocimiento de las especificaciones, procesos, presentación del producto y elaboración de estudios técnicos. Tal como lo refiere el doctrinante *Luis Guillermo Dávila Vinueza*, es la etapa o fase que comprende tanto los deberes como las obligaciones o actuaciones que deben adelantar todas las entidades sujetas al régimen público contractual, con antelación a la apertura de los procesos de selección.²⁹

La vinculación estrecha entre el principio de planeación y la planeación como etapa de la contratación (etapa precontractual), podría deducirse de la importancia de establecer y conocer el objeto contractual, siendo su identificación técnica el insumo más importante para la planeación, desde su establecimiento en el plan de desarrollo hasta la culminación del contrato estatal y la puesta en funcionamiento del bien ejecutado, de tal forma que una falla en la etapa precontractual redundaría en un resultado negativo del proceso de contratación, como por ejemplo, en una obra inconclusa o sobrecostos en los casos que haya lugar.

De hecho, el derogado Decreto 734 de 2012, empezó a denominar en la normatividad la etapa precontractual de elaboración de estudios previos, como etapa de planeación contractual, lo que ha dado lugar a centrar el principio de planeación en esta etapa del proceso de contratación.

²⁹ Cfr. DÁVILA VINUEZA. Ob. Cit., p. 781

De tal manera que se hace referencia a la planeación como la primera etapa del proceso, a través de la cual se viabilizan técnico y económicamente las obras, bienes o servicios que se requieren para satisfacer las necesidades.³⁰

En la etapa de planeación se identifican claramente tanto los aspectos jurídicos, técnicos y económicos, empezando por el análisis de presupuesto, la identificación de la necesidad, lo que se pretende satisfacer, los riesgos que se pueden llegar presentar, entre otros elementos:

“Entiéndase la Etapa de Planeación del contrato como la preparación de las condiciones jurídicas necesarias, tanto para el proceso de selección como para la ejecución del contrato. Se puede decir que en dicha etapa hay que identificar y verificar la necesidad que se quiere satisfacer con el respectivo contrato. Hay que dimensionar las diferentes alternativas que se le presentan al representante legal de la entidad estatal o al ordenador del gasto para solucionar dicha necesidad y hay que hacer los respectivos estudios previos, teniéndose en cuenta la existencia de unos riesgos, como los jurídicos y legales para asumir la ejecución del contrato. Se habla de los estudios previos cuidadosos, del análisis y distribución de riesgo y la escogencia del proceso de selección adecuado.”³¹

Esta fase previa, conocida también como la etapa de formación de la voluntad, se encuentra enfocada de manera especial a la realización de estudios técnicos, que conlleven a la exitosa ejecución del objeto contractual y la satisfacción del interés general, a través del conocimiento pleno de las necesidades, del objeto, circunstancias, elementos, regulaciones especiales y demás trámites administrativos que deben observarse con antelación a la apertura de los procesos:

“La fase previa o preparatoria está dirigida a preparar todo lo necesario para el éxito de la licitación y del contrato. Se busca que las entidades realicen los estudios de factibilidad, los diseños, los planes, obtengan las licencias, permisos y autorizaciones que el contrato requiera y elaboren pliegos de condiciones serios,

³⁰ Yong, S. (2013). El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Bogotá: Ibañez. P. 86.

³¹ TRUJILLO MONJE. Ob. Cit., p. 8

objetivos y completos. De manera que una vez adjudicado y celebrado el contrato, se inicie su ejecución sin dilación alguna para que pueda ser cumplido dentro del plazo pactado. Atenta contra estos principios, las licitaciones con planos y diseños desactualizados, sin licencias y permisos o pliegos ambiguos, subjetivos o incompletos. Normalmente, cuando no dan al traste con la licitación, se erigen en los grandes perturbadores de la ejecución contractual.”³²

Sobre la fase preparatoria de los procesos contractuales, se ha señalado por otros doctrinantes lo siguiente:

*“La denominada fase preparatoria de la contratación estatal tiene por objeto **garantizar que se cumplan**, de modo preliminar, los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual ulterior; es la fase que, por tanto, comporta la realización de los pertinentes estudios de factibilidad jurídica, contable, financiera, física, económica y política de la prestación que será objeto de la contratación posterior, así como la preparación de los correspondientes análisis de orden técnico relacionados con las ventajas, los costos, los beneficios y la ‘realizabilidad’ del objeto contractual propuesto y la confección del pliego de condiciones.”³³*

De tal manera, que las características propias de la etapa precontractual y la definición general del concepto de planeación desarrollado predominantemente o tradicionalmente si se quiere, han encontrado una identificación frente a los elementos mediante los cuales se desarrolla, encontrando de esta manera el principio contractual de planeación, un medio o etapa propicia -etapa preliminar-, a través de la cual desarrollar exponencialmente sus postulados.

1.1.2.2. El principio de planeación en sentido amplio.

Si bien, como se mencionó anteriormente, en ocasiones la jurisprudencia y la doctrina relacionan indistintamente el principio de planeación con la etapa de planeación o

³² DÁVILA VINUEZA. Ob. Cit., p. 781

³³ DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 2002. pp. 191-192.

precontractual, al identificar el principio predominantemente con la elaboración de estudios previos y preparación de los contratos, en la actualidad se ha dejado en evidencia esa confusión, adjudicando además problemas en la contratación estatal a esa delimitación, lo que genera el descuido en otras etapas del proceso de contratación que también requieren planeación, siendo este principio un sistema para el cumplimiento de los fines del Estado, y el contrato su herramienta³⁴.

Al revisar de manera detallada la jurisprudencia, no toda refiere como principio de planeación automáticamente la etapa de planeación o contractual, sino que si bien, hace alusión a los estudios previos, de su lectura se infiere que empieza y termina aun agotada dicha etapa. Por ejemplo, en sentencia del año 2008 se describe el principio de planeación de la siguiente manera:

*“(...) herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; **planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos;** como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado.”³⁵*
Negrilla fuera del texto.

³⁴ APONTE DÍAZ. Ob. Cit. p. 178

³⁵ Ob. cit. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C.: 05.06.2008. Proceso N°: 15001233100019880843101- 8031.

El autor *Gonzalo Suarez Beltrán*, por su parte, también define la planeación como “*una herramienta de “gerencia publica”*”³⁶. Un concepto que no se limita a una etapa del proceso de contratación.

Igualmente, en el ensayo de la Universidad de la Sabana (año 2012) sobre la “*Falta de Planeación*”, de la doctora *Nancy Trujillo Monte*, se presenta en la introducción la siguiente definición de planeación:

*“Puede decirse que la planeación es como una intervención del Estado dirigida a ordenar el desarrollo de la actividad económica y social, mediante la escogencia de un conjunto de alternativas para realizar los objetivos y las metas deseadas, con el mínimo costo social, a través de programas y proyectos, bajo los parámetros contemplados en la norma y su publicación junto con los anexos que conforman toda la etapa previa a la formación del contrato o de planeación.”*³⁷

La doctora *Iriana Aponte Díaz*, en su artículo “*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*”, señala de manera directa el error en que ha incurrido el legislador, los operadores administrativos, los doctrinantes y hasta los administradores de justicia, al confundir los términos de plan, planeación y planificación, y otorgarle a la planeación y al principio de planeación el alcance de elaboración de un plan –diseños, estudios previos, presupuestos, planos-, que dejan de lado etapas de la contratación pública distintas a la precontractual. Prueba de lo anterior, según señala la doctrinante, es la suscripción de contratos de obra con realización de estudios previos y prospectiva presupuestal, sin que las mismas lleguen finalmente a desarrollar la función proyectada, pues en su planeación no se tuvo en cuenta todo el desarrollo y entrega de la obra.³⁸

³⁶ SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá: Legis, 2013. p. 1.

³⁷ TRUJILLO MONJE. Ob. cit., p. 4

³⁸ *Ibíd.* pp. 178 y 17

Aclara la autora referida, la diferencia entre planear y planificar:

Diferencias reportadas	
Planear	Planificar
Tener un plan, una proyección, una ruta previamente trazada, prever para dirigir el camino hacia la consecución de una meta, administrar, ir paso a paso.	Optimización de recursos, llevar a cabo un objetivo con los medios con que se cuenta, ejercer un control sobre ejecutores, acciones e insumos durante las diferentes etapas del proceso.

Elaboración propia



Planeación

Según lo anterior, la planificación es considerada una estrategia de optimización de recursos para el cumplimiento de las metas que abarca la totalidad de circunstancias que se pueden llegar a presentar, siendo la acción de planear un instrumento de la planificación, un instrumento adicional que permite organizar y llevar una ruta de trabajo. En ese orden de ideas, la autora asimila el término “planificar” al término “planeación” que debe ser utilizado en materia de contratación pública.

De conformidad con esta visión actual y dinámica del principio de planeación, se señala que el mismo no puede limitarse al cumplimiento de unos requisitos exigidos por la ley o estudios previos, sino que debe incluir actuaciones posteriores a la etapa precontractual que abarquen seguimiento de la ejecución de la obra, garantías para dicha entrega y en general todos los aspectos que permitan que la obra, no solo sea terminada y entregada, sino que cumpla con la función social para la cual fue contratada:

“Desde el enfoque jurídico, una revisión de orden normativo, doctrinal y jurisprudencial evidencia que la planeación no es solo un asunto preliminar a la contratación de obras públicas: también es liminar, entre los estudios previos que plantean los términos de referencia del contrato en su dimensión objetiva y el modo fáctico, correspondiente al cumplimiento del mismo, paralelo al desarrollo y entrega a satisfacción de las obras contratadas. Pero, a su vez, en una dimensión posliminar de todo contrato y toda obra pública terminada, la planeación plantea considerar la garantía de la durabilidad de la obra en condiciones de funcionamiento adecuado, sostenibilidad económica e incluso para minimizar el impacto ambiental y social.”³⁹

De tal manera que es ostensible la diferencia entre el principio de planeación y la etapa de planeación del contrato en la actualidad, porque si bien, la normatividad y la jurisprudencia identifican este principio especialmente con la etapa precontractual o de planeación, no se desconoce que su aplicación va más allá, siendo un sistema transversal para el correcto ejercicio de la función administrativa.

Sin embargo, pese a reconocer el principio de planeación en sentido amplio, como se señaló en la introducción, exclusivamente para efectos metodológicos de la presente investigación, ésta se centrará, como lo hace la jurisprudencia y la normatividad, en el principio de planeación en la etapa precontractual. Lo anterior, porque sin duda, es una etapa en la que pueden preverse la mayor cantidad de circunstancias que de hecho llegan a materializarse en la ejecución del contrato, de tal suerte que actividades como el seguimiento a la ejecución o la verificación de que la obra por ejemplo no solo se termine sino que sea funcional, son circunstancias que pueden preverse en la medida de lo posible con unos buenos estudios previos, que tengan en consideración, como se propone más adelante, contextos no solo normativos, sino sociales, de medioambiente, entre otros. Así que, pese a que se reconoce la magnitud del principio de planeación, la idea básica de materializarlo a través de la etapa precontractual, de una función preventiva, será el núcleo sobre el cual girará esta investigación, en aras de su fortalecimiento y adecuada aplicación. No quiere decir ello que se reduzca el concepto, sino que en dicha etapa es

³⁹ Ibíd. P. 181

posible prever su extensión a las demás etapas del proceso y hasta el cumplimiento de la finalidad de la contratación.

1.2. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.2.1. Principios orientadores de la función pública.

Los principios en el derecho, constituyen el límite de las actuaciones que puede realizar la administración, y que deben ser observados en virtud al postulado de la legalidad que prevalece en los Estados sociales y democráticos de derecho.

Los principios orientan la creación de normas y criterios de interpretación, conservando preponderancia sobre las reglas, reglas que por su parte, describen comportamientos, imponen deberes y conceden derechos. Ambas categorías, en todo caso, están encaminadas a la correcta inversión de lo público.⁴⁰

La **función pública**, género dentro del cual se desarrolla la contratación, cuenta a **nivel constitucional** con la consagración de una serie de principios que rigen la actividad pública al servicio del interés general, consagrados en el **artículo 209**⁴¹. De estos principios hacen parte los de **igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.**

⁴⁰ ROSERO Melo, Bertha Cecilia. Contratación Estatal. Manual Teórico Práctico. 2011. p. 35.

⁴¹ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴² a su vez, establece en el **artículo 3°**, los principios respecto de los cuales se deben interpretar y aplicar las disposiciones que esta ley regula, en concordancia con los principios constitucionales acabados de mencionar:

“Artículo 3°. Principios. (...) Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.”

De tal manera que la Administración pública se debe desarrollar con fundamento en los principios constitucionales y legales referidos, estando la contratación pública inmersa en esta, adicionando además los principios que rigen su materia especial contenidos en la Ley 80 de 1993.

De hecho, la **Ley 80 de 1993 como régimen de contratación estatal base**, y de la cual se han desprendido otras leyes, decretos y reglamentos, fue enmarcada como una ley de principios⁴³, plasmado de esta manera en su exposición de motivos y referido de igual forma por la doctrina y la jurisprudencia:

“(...) El ECE es una norma de principios y como tal ellos constituyen su esencia; si estos llegaren a desaparecer, por sustracción de materia, desaparecería el nuevo molde denominado contrato estatal (...) Negrilla fuera del texto.

⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. 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”. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

⁴³ “La Ley 80 de 1993 en su concepción inicial es una ley de principios, a diferencia del Decreto 222 de 1983, que era un cuerpo de reglas; en consecuencia, la lectura de ambos textos ha de hacerse en forma distinta, toda vez que en la teoría general del derecho la noción de principios es diferente a la de regla.” DÁVILA VINUEZA. Ob. Cit., p. 26.

El Consejo de Estado expone de manera clara en jurisprudencia del año 1998⁴⁴ el alcance que la Ley 80 de 1993 pretendía tener:

“La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística, lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual, cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal

(...) La unidad de sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal.”

Con la estructuración de una ley de principios, se pretendió abarcar entonces de manera general, eventos que pudieran llegar a presentarse en la práctica, evitando la proliferación de normas que encasillaran todos los eventos posibles, lo que desencadenaría cambios constantes legislativos llegando a ser una tarea sin fin. Si bien, la legislación es dinámica, los principios rectores cobijan diversos eventos enmarcando las principales prácticas contractuales. Establecer determinada actuación como principio presupone una categoría predominante sobre las reglas del derecho⁴⁵ respecto de las cuales deben existir coherencia, se encuentren o no explícitamente establecidos:

“Los principios pasan desapercibidos en un esquema meramente formal o teórico; su real trascendencia surge ante eventos reales, cuando es necesario adoptar una posición; los principios trascienden, y desempeñan un papel constitucional del

⁴⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 244966 80-CE-SEC3-EXP1998-N14202. Magistrado ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Agosto 20 de 1998.

⁴⁵ Existen Doctrinantes -como el Doctor Luis Guillermo Dávila Vinueza-, que consideran que los principios de la Ley 80 de 1993 fueron convertidos en reglas: *“(…) Producto de la improvisación que nos caracteriza, se encomendó la reglamentación de la Ley (80/93) a brillantes juristas quienes, sin embargo, recordaban con nostalgia el viejo derecho francés. Por ello, con la lectura del desaparecido Decreto 222 de 1983, se reglamentó la nueva ley. De ahí que no sea extraño encontrar como los principios generales fueron convertidos en verdaderas reglas.”* DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis, Tercera Edición, 2016. p.28

*derecho, toda vez que, independientemente que se encuentre o no consagrados expresamente en normas positiva, su existencia hace parte del ordenamiento jurídico.*⁴⁶

Ahora bien, ¿cuáles son esos principios rectores que rigen la contratación estatal?:

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente los siguientes principios:

“ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. *Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*” Negrilla fuera del texto.



El **principio de transparencia**, consagrado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y desarrollado en el artículo 24 de la norma⁴⁷, proporciona en primera instancia, un acercamiento de los ciudadanos y concretamente de los interesados, a las actuaciones adelantadas por la administración, convirtiendo estas actuaciones en públicas, así como el acceso a los expedientes en que se evidencian las mismas. El desarrollo de este principio permite conocer y efectuar un seguimiento a los informes, conceptos y decisiones de la

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 27

⁴⁷ El artículo 32 de la Ley 1150 derogó el numeral 1 y el párrafo 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

administración, generando la posibilidad de controvertirlos en los tiempos establecidos por la Ley. Garantiza igualmente este principio la aplicación del derecho fundamental constitucional de la igualdad, por cuanto estipula el deber de las entidades de definir y dar a conocer las reglas objetivas, claras, justas y completas para la elaboración de las respectivas propuestas, garantizando la participación en igualdad de condiciones de todos aquellos que quieran ser colaboradores de la administración, propendiendo la libre concurrencia. A partir de este principio se dan a conocer igualmente aspectos específicos como condiciones de costo, calidad de los bienes, entre otros, que permite además efectuar una vigilancia de los pliegos de condiciones, de tal manera que no se establezcan en los mismos cláusulas u obligaciones de imposible cumplimiento. La apertura de las actuaciones de la administración a la ciudadanía a través del principio de transparencia, coadyuva al cumplimiento del principio de economía y de selección objetiva, encontrándose estos principios relacionados para su eficacia:

“El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.”⁴⁸

El **principio de economía**, igualmente consagrado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y desarrollado en el artículo 25 de la norma, puede analizarse desde dos contextos que van necesariamente asociados; el primero, tiene que ver con la economía en tiempo, esto es, el cumplimiento por parte de la administración de las etapas establecidas en la ley, evitando trámites y requisitos innecesarios, dilaciones sin fundamentos, formalismos, así como la búsqueda de soluciones prontas a las controversias o diferencias que se lleguen a presentar. Se señalan para el efecto, términos preclusivos y perentorios a cumplir; En segundo lugar, comporta este principio un componente financiero, propendiendo por la

⁴⁸COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767). Magistrado ponente: Olga Melida Valle de la Hoz. Enero 31 de 2011.

correcta y completa preparación del proceso contractual a partir del conocimiento detallado técnica y presupuestalmente del objeto a contratar, contando con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental⁴⁹. De tal manera que este principio, podría resumirse en la austeridad de tiempo, medios y gastos en la actuación contractual pública.

Por su parte **el principio de responsabilidad**, consagrado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y desarrollado en el **artículo 26** de la norma, materializa lo establecido en el artículo 6° de la Constitución Política de Colombia -que consagra el mismo principio-, al endilgar responsabilidad a los servidores públicos por infringir los mandatos constitucionales y la ley, así como por la omisión o extralimitación de sus funciones. En virtud de este principio constituye responsabilidad de los servidores propender por el cumplimiento de los fines de la contratación, la vigilancia de la correcta ejecución del objeto y el cumplimiento de los derechos de todas las partes involucradas en la contratación.

En desarrollo de este principio se establecen en la norma responsabilidades tanto para la entidad como para el contratista de la siguiente manera: los contratistas responderán por la formulación de propuestas artificialmente bajas, ocultar inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, o suministrar información falsa, así como por la buena calidad del objeto contrato. Esta última responsabilidad también recae sobre la entidad, quien además responderá por aperturar procesos sin la elaboración previa de estudios, diseños, planes, evaluación, o elaborarlos de forma incompleta, confusa o ambigua.

Si bien, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, establece expresamente solo los tres principios orientadores de la contratación, además de los principios constitucionales de la función pública y los específicos del derecho administrativo, todos estos están diseñados en un

⁴⁹ Modificación efectuada por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011

marco sistémico, en el que de la correcta aplicación de uno, no solo se concretizan los demás, sino que de su desarrollo se generan otros principios implícitos.

Tal es el caso del **principio de planeación**, objeto de la presente investigación, que si bien no se encuentra consagrado expresamente en los artículos constitucionales y legales correspondientes, éste mantiene estrecha relación y se deduce del desarrollo de los demás principios, conservando una fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato. Esta circunstancia será descrita y analizada de manera detallada en el acápite siguiente de antecedentes del principio de planeación, por ser importante la evolución que el mismo ha presentado en la contratación pública colombiana, reconocido incluso con anterioridad a la Ley 80 de 1993 y considerándose en nuestro ordenamiento como piedra angular de la contratación⁵⁰.

De hecho, la jurisprudencia ha venido reconociendo cómo el principio de planeación ahora es el que permite hacer efectivo los principios que en años anteriores lo cobijaban, pasando a ser la herramienta a través de la cual se garantiza su cumplimiento:

“(..). 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 objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación.”⁵¹

⁵⁰ AMAYA C. (2016) “El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado.” Revista Via Iuris, 20, pp. 105-119.

⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Acción contractual. Asunto: Recurso de apelación. Acción contractual. Asunto: Recurso de apelación. Actor: Milton Enrique Oviedo Álvarez, Demandados: Municipio de Ibagué – Gestora Urbana.

Adicional al principio de planeación, se encuentran otros principios, que igual como ocurrió con éste, no fueron consagrados de manera expresa en la Ley 80 de 1993, pero que materialmente, en desarrollo de la normatividad y de los mismos principios establecidos, además de su posterior regulación a través de Leyes y Decretos reglamentarios, hoy en día son reconocidos como tales, como principios orientadores de la contratación pública. En ese sentido, por ejemplo la **Ley 1150 de 2007**, desarrolla los **principios de selección objetiva** -estableciendo en él los criterios objetivos que deben tener en cuenta las entidades para la escogencia del ofrecimiento más favorable-⁵², el **principio de publicidad**, así como el principio de **equilibrio económico del contrato y buena fe**.

De tal suerte que la contratación pública se adelanta en virtud de los siguientes principios reunidos, cuya aplicación se genera de forma sistémica, encontrándose en el desarrollo de uno la garantía del otro, o en sentido contrario, en la inaplicación de uno la violación del otro:



Principios de la Contratación Pública.

Elaboración propia.

⁵² Artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 “(...) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”

1.2.2. Antecedentes normativos.

Como se venía indicando, el principio de planeación no se encuentra tipificado o señalado de manera expresa como principio de la contratación pública o como principio de la función pública. No obstante, el mismo ha sido reconocido como tal por la jurisprudencia y la doctrina, en razón a que se encuentra implícito en la legislación, presentando una evolución y un crecimiento importante para la contratación:

Desde la normatividad constitucional se ha venido marcando una corriente de planeación, incorporada en Colombia desde la reforma de **1936** manteniéndose en el tiempo hasta consagrarse de manera especial y preponderante en la **Constitución Política de 1991**⁵³, hallándose puntualmente en artículos como el 209, 339 y 341.

El artículo 339 de la Constitución Política de Colombia de manera específica, evidencia una planeación nacional integral, mediante la elaboración sistémica de un Plan de Desarrollo Nacional que debe ejecutarse en concordancia con los planes de ejecución locales, y que además establece, por ejemplo para el caso de obras públicas, unos lineamientos o una matriz, que integra las obras a realizar, el tiempo de ejecución, presupuestos plurianuales, proyectos centrales, objetivos a corto, mediano y largo plazo, financiación, metas, etc., propendiendo por una sinergia en la planeación, que estratégicamente permita la consecución de los fines del estado.⁵⁴

En la normatividad específica de contratación pública, el principio de planeación se deducía incluso desde el **Decreto 222 de 1983**⁵⁵ artículo 30, derogado por la Ley 80 de 1993,

⁵³ Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. Cit., p. 587.

⁵⁴ APONTE DÍAZ. Ob. Cit., p. 188.

⁵⁵ COLOMBIA. Decreto 222 de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.*” Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983. [Decreto derogado por la Ley 80 de 1993].

constituyendo esta la base para el adecuado manejo de los recursos públicos, propendiendo por la eficiencia de los mismos y el adecuado desempeño de funciones.

La ley 80 de 1993⁵⁶, como ya se reseñó, no menciona de manera expresa el principio de planeación, ni en el texto normativo ni en su exposición de motivos, pero el mismo se hallaba implícito en la normatividad contractual guardando relación directa e inmediata con los principios constitucionales de legalidad y de interés general⁵⁷, así como en el desarrollo de los principios de contratación pública de economía y responsabilidad. Estos dos últimos, junto con los principios de transparencia, buena fe, selección objetiva y mantenimiento de la ecuación contractual, constituían los principios preponderantes en la normatividad⁵⁸.

De manera específica, el principio de planeación ha sido ubicado -en sentido estricto- en la etapa precontractual, reconocido en la Ley 80 de 1993 en los siguientes artículos:

El artículo 25 de la ley 80/93, al hacer referencia al principio de economía, establece por ejemplo, en el numeral 6, el deber de la entidades públicas de contar, previa apertura de procesos contractuales, con la respectiva disponibilidad presupuestal; en el numeral 7 el deber de contar con los estudios de conveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para el efecto; y en los numerales 11 al 14, se observa entre otras disposiciones, la obligación de contar con los estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación a la apertura del procedimiento, de contar con las reservas presupuestales, así como tener en cuenta las previsiones en materia presupuestal. De manera particular, el numeral 12 fue modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011,

⁵⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

⁵⁷ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Análisis con fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión, Julio de 2002. p. 147.

⁵⁸ Cfr. DÁVILA VINUEZA. Ob. Cit., p. 26

que impone de manera específica, el deber, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, de *“contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño”*⁵⁹.

Por su parte, el numeral 3 del **artículo 26**, al hacer referencia a la responsabilidad de los servidores públicos, señala para la etapa precontractual, la responsabilidad de la elaboración previa a la apertura de licitación, de diseños, estudios y evaluaciones, así como los planos necesarios para llevar a cabo la contratación. Aboga este artículo por una adecuada planeación en cuanto impone el deber, so pena de responsabilidad, de la elaboración de los estudios previos de forma clara, completa y precisa.

El **artículo 30**, igualmente, en sus numerales 1 y 2, materializan el principio de planeación en la etapa precontractual, al establecer que la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad, de conformidad con lo establecido en el numeral 12 de la artículo 25 -ya reseñado-, analizando en éste la conveniencia y oportunidad del contrato, su adecuación a los planes de inversión, los diseños, planes y estudios de prefactibilidad o factibilidad. Igualmente para la elaboración de los pliegos de condiciones, ya se debe contar con los aspectos concernientes al objeto del contrato, factores de selección, regulación jurídica y demás reglas objetivas necesarias.

Mediante **Decreto 2170 de 2002**⁶⁰ (derogado), frente al principio de planeación en la etapa precontractual, se estableció en el artículo 8º, la definición de estudios previos y la

⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. 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”*. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Artículo 87

⁶⁰ COLOMBIA. Decreto 2170 de 2002 *“Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”*. Diario Oficial 44952 del 03 de octubre de 2002. Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012.

consagración de su contenido mínimo, incluido el análisis de los riesgos de la contratación, que va a ser retomado con fuerza y protagonismo por la Ley 1150/2007.

La **Ley 1150 de 2007**⁶¹ por su parte, fortaleció el principio de planeación en la etapa precontractual estableciendo la obligatoriedad de la **publicación del proyecto de pliego de condiciones y estudios previos**, que garantizaran y permitieran de manera veraz, suficiente y oportuna, suministrar al público la información de los procesos de selección. De tal manera que no sólo ofreció un aporte significativo a las modalidades de selección del proceso de contratación pública colombiana, sino que además, y de manera implícita, pretendió solucionar las falencias que se presentaban en la ejecución del contrato a partir del robustecimiento de la etapa precontractual, enfocado el principio de planeación en la correcta elaboración de estudios y documentos previos con antelación a la apertura de los procesos.⁶² En ese orden, esta ley incorporó la modificación en materia de contratación pública del **análisis y distribución del riesgo**⁶³ que debían adelantar las entidades, clasificando a los contratos públicos como contratos de riesgos.⁶⁴ Aporto con esto la Ley 1150/07 al desarrollo de la contratación más transparente, eficiente y electrónica, sirviendo como instrumento del desarrollo económico y social:

“La importancia de esta norma, radica en que apareció con la finalidad de dar mayor transparencia a los procesos de contratación, sobre todo en lo relacionado

⁶¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. 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.*” Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

⁶² RODRIGUEZ, Leonardo; BUSTOS, Diego. “*Diagnóstico del proceso de contratación Colombiano en su fase de prefactibilidad e identificación de iniciativas para su optimización*”. Trabajo para optar al título de Ingeniero Civil. Colombia: Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada, Programa de Ingeniería Civil, año 2016. p. 21

⁶³ El tema de análisis y distribución de riesgos ya había sido contemplado como elemento de los estudios previos en el Decreto 2170 de 2002, derogado por el Decreto 734 de 2012. El tema de los riesgos se desarrolla en el acápite correspondiente los estudios previos, razón por la cual, para esta etapa de la investigación sólo se deja enunciado.

⁶⁴ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. “El cambio normativo y la afectación de las ecuaciones contractuales”. en *Revista de Economía Colombiana: “La infraestructura en Colombia. Vicisitudes del Régimen Contractual”* n.º 332. Bogotá: Contraloría General de la Republica. pp. 22-26

con la selección objetiva de los contratistas y sus diversas modalidades de selección agregando además una regulación conexas a los medios electrónicos informáticos denominada “contratación pública electrónica”, entre otros aspectos relacionados con la preparación de los pliegos de condiciones, su publicación, estudio de propuestas, entidades de régimen especial de contratación, que hacen que tenga su carácter de reformatoria.”⁶⁵

Uno de los decretos expedidos para desarrollar y dar aplicación a los lineamientos de la Ley 1150/07, fue el ya derogado **Decreto 2474 de 2008**⁶⁶ que buscó reglamentar las modalidades de selección establecidas en la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, y a través del cual se pretendió fomentar los principios de publicidad, transparencia, selección objetiva y planeación. De tal suerte que, como se analizará en el acápite de estudios previos, este Decreto en su artículo 3°, **estableció el contenido de los mismos, así como la inclusión dentro de estos de los soportes que permitieran la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que pudieran afectar el equilibrio económico del contrato.** Igualmente, se refuerza con este Decreto los principios de publicidad, transparencia y planeación, al estipularse, que, **en caso de involucrar el contrato diseño y construcción, se debían poner estos elementos a disposición de los oferentes,** así como todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.

Con la **Ley 1474 de 2011**⁶⁷, denominado Estatuto Anticorrupción, igualmente se implementaron herramientas tendientes a evitar este tipo de actuaciones en la gestión pública, con la generación de normas en materia contractual, disciplinaria y penal que modifican los estatutos o normas correspondientes y fortalecen sus principios y reglas. Para el caso que nos ocupa, la Ley 1474/11 fortaleció el principio de planeación en la etapa

⁶⁵ SOLANO Sierra, Jairo Enrique. *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2010. p. 80-81.

⁶⁶ COLOMBIA. Decreto 2474 de 2008 “*por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*” Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012.

⁶⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. 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*”. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

precontractual mediante la **modificación del numeral 12, artículo 25 de la Ley 80/93 de maduración de proyectos**, como ya se señaló, en lo que tiene que ver con el deber de contar previamente con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del objeto, de tal manera que se logren evitar dilaciones o incumplimientos contractuales por falta de previsión y correcta elaboración de estudios; fortaleció igualmente el régimen de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, así como la imposición de mayores responsabilidades a la labor de interventoría. Regulo igualmente esta Ley en materia de contratación pública el tema de los anticipos a través de fiducias, y la modalidad de mínima cuantía para garantizar los principios de transparencia y selección objetiva.

El derogado **Decreto 734 de 2012**⁶⁸, que a su vez derogo el Decreto del año 2008, denominó a la etapa precontractual de elaboración de estudios previos, como etapa de planeación contractual, nombrando de esta manera al Título II del decreto, como al capítulo I. Introdujo en el tema de la planeación en la etapa precontractual, y concretamente en el desarrollo de los estudios previos, lo correspondiente a los **tratados internacionales**, debiéndose examinar también, de conformidad con el objeto del contrato, la regulación que en la materia se debía aplicar en razón a los diversos acuerdos suscritos por Colombia. Especificó también este decreto, el deber de publicación de los estudios previos en el SECOP, cuya omisión acarrearía la vulneración de los deberes funcionales, así como la regulación de la asignación de riesgos mediante audiencia, no sólo para los procesos de licitación pública sino también para los procesos de selección abreviada y concurso de méritos.

El **Decreto 1510 de 2013**⁶⁹, que buscó simplificar el decreto del año 2012, pretendió armonizar los objetivos de la contratación pública, con la orientación a realizar por la

⁶⁸ COLOMBIA. DECRETO 734 DE 2012 “*Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.*” Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013.

⁶⁹ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.*” Decreto derogado por el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015.

Agencia Nacional de Contratación –Colombia Compra Eficiente-⁷⁰, fortaleciendo la planeación, no sólo por la generación de asociaciones entre las entidades para la adquisición de bienes y servicios, sino además porque estableció en cabeza de la Agencia, entre otros aspectos, la generación de los lineamientos y diseños para implementar el plan anual de adquisiciones, los acuerdos marco de precios, acuerdos internacionales y temas de cooperación.⁷¹

Frente al principio de planeación puntualmente – en la etapa precontractual-, la elaboración de un **Plan Anual de adquisiciones** en el que las entidades establezcan y presupuesten los bienes, obras y servicios que requieran y se necesiten implementar, constituyó una herramienta de previsión y organización, no sólo para las propias entidades encargadas de la elaboración, sino para la comunidad en general, pues dichos planes deben ser publicados, convirtiéndose en un hoja de ruta interna a seguir en materia de contratación. Sin embargo, aun cuando el cumplimiento estricto del plan anual de adquisiciones no es obligatorio, se considera en todo caso, como una herramienta evolutiva en términos de planeación, toda vez que permite a las entidades prever su actividad anual contractual, de tal manera que se programen en debida forma cada uno de los proyectos.

Otro elemento de evolución del principio de planeación y herramienta importante que hace parte de la etapa de planeación o precontractual, instaurado por este decreto, es el denominado **análisis del sector**, cuyos antecedentes deben quedar consignados en los documentos del proceso. Este análisis constituye otro elemento fundamental a la hora de estructurar los proyectos, conminando a las entidades a realizar un examen profundo del

⁷⁰ Creada por el Gobierno Nacional por medio del Decreto-ley número 4170 de 2011, como ente rector de la contratación pública para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtenga resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente. Consideraciones Decreto 1510 de 2013. *Ibíd.*

⁷¹ GÓMEZ Lee, Iván Darío. *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013.* Editorial Legis 2014.

sector en el cual van a desarrollar el objeto contractual, determinando el mercado, aspectos legales, comerciales, financieros, organizacionales, técnicos y de riesgos⁷².

Igualmente, parte del empoderamiento y armonización con los objetivos que con la Agencia Nacional de Contratación se pretendían implementar en la contratación pública, es lo promovido por este Decreto, con el deber concedido a la Agencia, de diseñar y adoptar instrumentos estandarizados y especializados como manuales, guías, pliego de condiciones y minutas tipo, que si bien no eran obligatorios, representaron una guía importante, seguida por la entidades públicas en la práctica, constituyéndose como documentos de consulta imprescindibles. Actualmente, con la expedición de la Ley No. 1882 del 15 de enero de 2018 (proyecto de ley No. 84/16 Senado 285/17 Cámara de Representantes), uno de estos documentos implementados por la Agencia, los pliegos de condiciones tipo, fueron establecidos como obligatorios para las entidades públicas, como parte de la tendencia a estandarizar documentos en materia de contratación.

Finalmente, el **Decreto 1082 de 2015**⁷³, recoge lo expuesto por el Decreto 1510/2013⁷⁴, toda vez que materialmente continuó la misma reglamentación, estableciendo en material de contratación pública, por ejemplo, la misma denominación de Planeación a la estructura y documentos del proceso, esto es, estudios previos, etapa precontractual, enumerando en su artículo 2.2.1.1.2.1.1 los elementos que deben contener los estudios previos, los cuales serán analizados de manera detallada en el capítulo siguiente.

No obstante ser este último Decreto el vigente a la fecha, es importante mencionar lo concerniente al principio de planeación en un proyecto de reforma al sistema de compra

⁷² Artículo 15. COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013. Ob.cit.

⁷³ COLOMBIA. Decreto N° 1082 del 26 de mayo de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”.

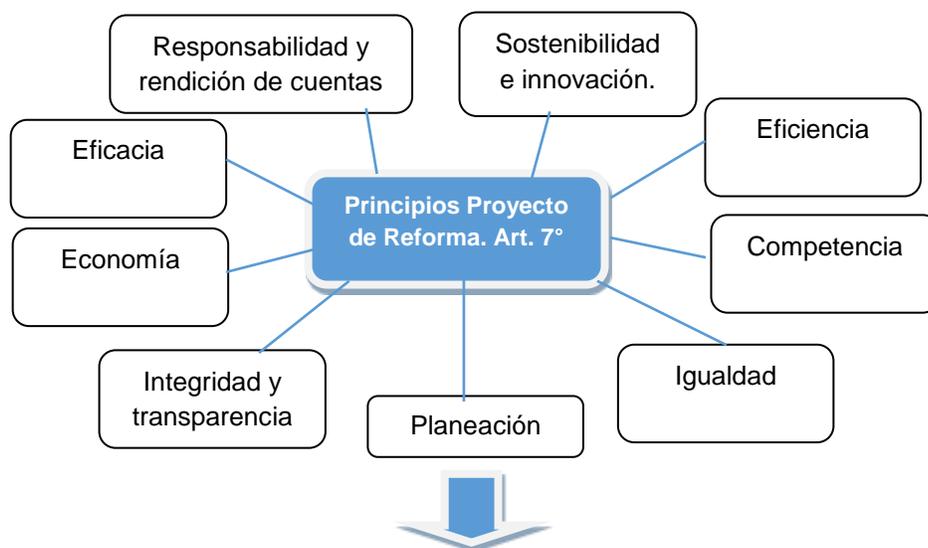
⁷⁴ COLOMBIA. Decreto 1510 de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.*” Decreto derogado por el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015.

pública elaborado por la Agencia Nacional de contratación pública –Colombia compra eficiente-:

Sea lo primero mencionar, el proyecto de reforma, busca entre otros aspectos, ampliar los principios indicados en la Ley 80/93, implementando el concepto que ya viene aplicando en sus indicadores de gestión, esto es, valor por dinero, adaptándose como ha venido haciendo la Agencia desde su creación, a las recomendaciones efectuadas por la OCDE.

De manera específica y novedosa, esta reforma, tipifica o señala de manera expresa la planeación como un principio de la contratación pública, decidiéndose por señalar inclusive su definición como lo hace con los demás principios:

En ese orden se establecen en dicha reforma los siguientes principios:



“Capítulo 2 Sistema de Compra Pública y sus principios.

(...) **Artículo 7. Principios.** El Sistema de Compra Pública está orientado a obtener mayor valor por dinero, y regirse por los siguientes principios:

1. Planeación. Las Entidades Estatales deben planear sus Procesos de Abastecimiento a partir de las necesidades que tienen para cumplir sus objetivos estratégicos, sus planes de acción y los planes de desarrollo, teniendo en cuenta

*las condiciones del mercado y la gestión de los riesgos asociados a la satisfacción de tales necesidades.*⁷⁵

Esta reforma, surge como respuesta a las recomendaciones efectuadas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico -OCDE- y del Banco Mundial, cuya estructura propone la estipulación de principios en la normatividad, la reglamentación a través de decretos y los detalles operacionales y de procedimiento a través del derecho blando, esto es, manuales, guías y documentos estándar, de tal manera que estas últimas puedan ser actualizadas de conformidad con los cambios del mercado y tecnológicos.⁷⁶

En la actualidad, Colombia Compra Eficiente, establece diversas herramientas que permiten a las entidades públicas planear de forma adecuada su contratación, fortaleciendo la aplicación del principio. Pese a no ser obligatorias estas guías o manuales son seguidas por las entidades y consultadas casi de manera imprescindible por las personas encargadas de la contratación, contribuyendo a la capacitación de los mismos:

MANUALES Y GUÍAS⁷⁷

-  Manual para la identificación y cobertura del Riesgo
-  Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación
-  Guía para la elaboración de Estudios de Sector
-  Guía para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones en SECOP I
-  Guía de obra pública

⁷⁵ Proyecto de Reforma al Sistema de compra pública. URL: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/reforma-la-normativa-del-sistema-de-compra-publica-0>

⁷⁶URL: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/reforma-la-normativa-del-sistema-de-compra-publica-0>

⁷⁷URL: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias>

- ✚ Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales
- ✚ Guía de garantías en Procesos de Contratación
- ✚ Matriz de riesgos

De tal manera que mediante estos manuales se describe y explica de manera didáctica la normatividad contractual, unificando los procedimientos y fortaleciendo el principio de planeación en las diferentes etapas del proceso, especialmente en la etapa precontractual.

De conformidad con lo anterior, la evolución normativa del principio de planeación, encuentra su desarrollo principalmente en la etapa precontractual, de elaboración de estudios previos, cuyos elementos de planificación del contrato se han ido fortaleciendo, robusteciendo y complementando en la norma, a través de la creación de deberes tendientes a generar un mayor conocimiento del objeto a ejecutar y del contexto en que se desarrolla, proporcionando además herramientas de consulta, que permitan la aplicación adecuada de la norma.

1.2.3. Evolución jurisprudencial.

Sin duda, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aportado mediante sus sentencias al reconocimiento, evolución y alcance que ha adquirido el principio de planeación en la contratación pública. Este estudio jurisprudencial se ha visto realizado desde dos perspectivas:

La primera, desde el reconocimiento como principio, pese a no estar consagrado expresamente -como ya se indicó-, así como con la identificación de sus componentes o

elementos que lo materializan y su alcance. -Es importante mencionar que la jurisprudencia ha desarrollado este principio fundamentalmente dentro de la etapa precontractual-; y la segunda perspectiva se ha desarrollado, desde la identificación de las circunstancias donde la planeación ha sido omitida o fallida, estableciendo sus consecuencias. Este acápite se centrará en la descripción y análisis de la jurisprudencia desde la primera perspectiva, esto es, desde la identificación de la planeación como principio, mientras que en el capítulo Tercero de la presente investigación se hará referencia a la evolución del principio a partir de lo señalado frente a la ausencia de este.

En ese orden, el Consejo de Estado⁷⁸ ha dejado claro en sus sentencias, cómo el principio de planeación se deduce de la normatividad existente, pese a no estar expresamente consagrada en la norma como principio, por lo que se debe acatar atendiendo a la hermenéutica armónica de disposiciones constitucionales y legales:

“(...) De hecho, aun cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delineararse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional —artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política— como legal —artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la ley 80 de 1993—, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la ley 1150 de 2.007.”

En sentencia del **año 2012**, el Consejo de Estado reitera su posición, de hallarse implícito este principio, señalando la importancia para la eficiencia de los recursos, de seguir un orden estricto para la toma y ejecución de las decisiones:

“(...) Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del

⁷⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: 31.08.2006. Exp. 14287. Rad. 1991 - 07664 – 01.

*artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales (...)*⁷⁹

En esta misma sentencia del año 2012, el Consejo de Estado afianza la fuerza vinculante que tiene el principio de planeación, en todo lo relacionado con el contrato estatal, atendiendo al principio de legalidad, por lo que no puede ser desconocido por las personas encargadas de adelantar la contratación:

“(...) en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, forman parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado.”

En diferentes sentencias del Consejo de Estado, referente a la planeación, se ha desarrollado dicho principio desde la etapa precontractual, y se ha señalado la importancia de la constatación para cada caso concreto de la **elaboración previa de estudios técnicos, así como la realización de análisis serios y completos**, que proporcionen un marco de referencia y permitan evaluar objetivamente las condiciones del contrato, señalando la jurisprudencia los aspectos relevantes que se deben determinar⁸⁰, convirtiéndose estos, finalmente en el contenido mínimo de los estudios previos posteriormente consagrados en la ley.

Igualmente, dentro de la referencia al principio de planeación enfocado a la etapa precontractual y de elaboración de estudios, sobresalen para la estructuración de los

⁷⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C.: 28.03.2012. Radicación N°: 2247.

⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: 31.08.2006. Exp. 14287. Rad. 1991 - 07664 – 01.

mismos, dos parámetros que han tenido protagonismo y desarrollo en la jurisprudencia: el parámetro de oportunidad y el principio de previsibilidad.

El **parámetro de oportunidad** dentro del principio de planeación, aun cuando debe encontrarse establecido, reflejado y fijado en los estudios previos referidos, constituye un elemento importante para el éxito en la contratación pública. Este parámetro de oportunidad, podría enfocarse desde dos perspectivas: *la primera*, en lo atinente al momento en que se ha de celebrar el contrato, esto es, cuando ya se cuenta con los estudios y análisis técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la suscripción del contrato y el cumplimiento del objeto contractual; y *la segunda*, tiene que ver con la duración del objeto contractual, elemento indispensable que debe encontrarse contenido en los estudios previos, y que resulta trascendental para establecer por ejemplo el valor real del contrato⁸¹.

La jurisprudencia igualmente ha ligado o relacionado si se quiere, el tema de la planeación con el parámetro o principio de previsibilidad. De hecho, el **principio de previsibilidad** planteado por la jurisprudencia, es un elemento importante que coadyuva en la responsabilidad de las entidades contratantes, al desarrollo de un estudio en el que se visualicen la mayoría de las circunstancias que puedan llegar a presentarse en el proceso de selección, suscripción y ejecución contractual, enfocándose para este caso en los riesgos y su asignación. Lo anterior hace parte de uno de los ítems del contenido de los estudios previos, constituyendo un elemento importante del principio de planeación:

“(...) Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todas las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el

⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

*futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público*⁸².

El principio de previsibilidad aunque parte importante del principio de planeación, como se señaló, debe encontrarse reflejado en el contenido de los estudios previos, y mantiene una referencia especial a “*la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociables*”⁸³ y a la conmutatividad de la estructuración del negocio contractual.

Finalmente, otro aspecto ampliamente desarrollado por la jurisprudencia al hablar del principio de planeación, corresponde al establecimiento de los sujetos activos del mismo, que son tanto las entidades públicas con su recurso humano, como los contratistas, que a la luz del inciso 2°, artículo 3° de la ley 80 de 1993, se constituyen al celebrar contratos, en colaboradores de la Administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, lo que implica la asunción de obligaciones, como por ejemplo el deber de planeación, materializado a su vez en el deber de advertir deficiencias en la misma, y abstenerse de suscribir contratos en donde se pueda establecer que el objeto contractual no va a poder culminarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o de terceros.⁸⁴ Esta circunstancia ha dado lugar al debate jurisprudencial sobre la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación, que será desarrollado más adelante.

⁸² ROGER, Tomas. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia, concesiones en infraestructura*. Bogotá: Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, 1996. p. 43.

⁸³ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. pp. 127 y ss.

⁸⁴ “En este entendido, no podrán pretender los contratistas, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos”. [Pie de página de la Sentencia]. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

De conformidad con lo anterior, se establece cómo la jurisprudencia y específicamente el Consejo de Estado, han sido protagonista en la interpretación, desarrolló y evolución del principio planeación, al que han revestido de particularidades que lo hacen cada vez más eficiente de acuerdo a los postulados legales y constitucionales que se persiguen en materia de contratación.

CAPÍTULO 2

LOS ESTUDIOS PREVIOS

2.1. MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL.

Los estudios previos, como insumo o etapa preliminar de la contratación pública, constituyen la materialización del principio de planeación, al ser referidos incluso en las definiciones del principio -como ya se mencionó-, llegando en algunas ocasiones a confundir el principio de planeación con la etapa precontractual. Aun cuando se efectúa la correspondiente aclaración, sin duda es en esa etapa precontractual de estudios previos donde el principio de planeación alcanza su máxima expresión.

La normatividad⁸⁵ y la doctrina, ya definen el concepto de estudios previos de manera general, sin la descripción o enunciación de los análisis (elementos) en estos contenidos, definiéndolos como los “(...) *documentos que sirven de soporte para dar inicio al proceso de contratación y para elaborar el proyecto de pliego de condiciones y los pliegos definitivos, (...) así como el contrato respectivo*”⁸⁶. Igualmente la doctrina los ha definido como “(...) *los documentos que soportan cada proceso de contrato oficial, cualquiera sea su objeto, tipo de contratista, cuantía o procedimiento de selección del mismo, incluida la adjudicación directa.*”⁸⁷

⁸⁵ COLOMBIA. Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional". Artículo 2.2.1.1.2.1.1.

⁸⁶ DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. *Guía de Contratación Estatal: Deber de Planeación y modalidades de selección*. Bogotá: Abeledoperrot, noviembre de 2014. Pág. 65.

⁸⁷ PACHÓN LUCAS, Carlos. *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos*. Bogotá: ECO, Sexta edición, 2014. p. 81.

Los estudios previos constituyen la hoja de ruta a seguir para lograr la contratación del bien o servicio que se requiere, en aras de satisfacer una necesidad. En consecuencia, todos los esfuerzos por parte de las entidades públicas deberían estar dirigidos a esta etapa previa, sobre todo a la hora de definir con precisión el objeto a contratar; Tarea para la cual la normatividad proporciona los parámetros y requisitos técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, etc., que permiten a la entidad organizarse previo a la apertura del proceso de selección, dando así cumplimiento al principio de planeación en esta etapa:

*“(…) Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador **les indica con claridad** a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente **el principio de orden y priorización en materia contractual**. En este sentido, observamos en la ley de contratación **parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos**, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.”⁸⁸*
Negrilla fuera del texto.

Dichos parámetros reposan o conforman los estudios previos, que a su vez se ven materializados en la etapa contractual, con la ejecución de la obra de acuerdo a los ítems establecidos en ellos y con el cumplimiento de las especificaciones técnicas constructivas y las programaciones de trabajo. Es decir, conforme se especifica y se señala en los estudios previos, con los ajustes que resulten del proceso precontractual de observaciones a los pliegos de condiciones, en teoría, así se ejecutará la obra, salvo las modificaciones permitidas por la normatividad. De allí la importancia y la trascendencia de los estudios como concreción o materialización del principio de planeación:

⁸⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., p. 149.

“La elaboración de unos adecuados estudios previos, la verificación oportuna de la necesidad que existe en la entidad, el análisis de las distintas alternativas que existen para satisfacerla, la verificación de las condiciones y precios del mercado, etc., determinan el éxito de los procesos de selección y de la ejecución del contrato,”⁸⁹ Negrilla fuera del texto.

De manera específica la doctrina ha abordado el tema de la prevalencia de los estudios previos, señalando que los mismos, si bien no deben contener toda circunstancia posible de generarse, si deben establecer fórmulas de arreglo respecto de las mismas o mitigar de alguna forma las circunstancias previsibles que garanticen la ejecución de los contratos:

*“(..) no se trata de exigir que el contrato contenga absolutamente toda eventualidad que pueda acontecer, sino de ser conscientes de la posibilidad de asignar lo previsible o de acordar fórmulas de ajuste que gradúen las condiciones de ejecución de los contratos en función de la materialización eventual de circunstancias que alteren la equivalencia de sus prestaciones, o, en último caso, de anticipar la existencia de mecanismos que busquen la solución de los conflictos (...)”*⁹⁰.

La jurisprudencia ha dejado clara la obligatoriedad por parte de las entidades de cumplir con el principio de planeación en la etapa precontractual, que constituye no sólo el acatamiento de elaboración de unos estudios previos, sino que los mismos deben realizarse de manera juiciosa y responsable, dando como resultado unos estudios previos serios y completos con antelación a la apertura de los procesos, de tal suerte que se cuente con unos parámetros básicos e indispensables para la ejecución efectiva del bien o servicio que

⁸⁹ GUZMÁN ARROYO, Ricardo. *Estudios Previos: Una manifestación de los Principios de Planeación y Economía*. Disponible en: Colección Jurídica Disciplinaria, ICDD Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá: Nueva Jurídica, Primera Edición 2012. Pág. 236.

⁹⁰ SUAREZ BELTRÁN. *La nueva contratación pública en Colombia*. Ob. cit.

se pretenda contratar⁹¹, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 26 de la ley 80 de 1993:

“(...) No quiere el legislador que falten, cuando se requieran, estudios, diseños o proyectos; ni mucho menos que ellos se realicen de manera mediocre, superficial o incoherente. La exigencia del legislador es la de estudios, diseños y proyectos plenos, cabales, integrales, que no generen dudas en cuanto al objeto a contratar o cuya materialización resulte frustrante en virtud de sus deficiencias, y que sea viable cuando se ejecute para cumplir una finalidad a la Administración o comunidad;(...)”⁹².

Es importante tener presente al momento de elaborar dichos estudios de la etapa previa, que estos constituyen la base del clausulado de los pliegos de condiciones y posteriormente del contrato.

El cumplimiento del principio de planeación en la etapa precontractual a través de la elaboración adecuada de unos estudios previos serios y completos, de conformidad con el contenido mínimo establecido, hace parte también del principio de legalidad, aplicable para todas las modalidades de contratación. La elaboración consciente y detallada de cada uno de los estudios enunciados garantiza la correcta inversión del erario y la satisfacción efectiva del interés general:

“(...) Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa. Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación,

⁹¹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: 31.08.2006. Exp. 14287. Ob. cit.

⁹² SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., p. 151.

orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios no prioritarios ni necesarios.”⁹³

La doctrina ha identificado la trascendencia de los estudios previos respecto a los contratos de obra pública, por constituir la concreción y determinación de las características particulares de la obra a desarrollar, identificando las mismas en términos técnicos, económicos y jurídicos:

“El sentido de este requisito (estudios, diseños y proyectos) es identificar técnica y económicamente el objeto de las prestaciones del contrato que la Administración Pública se dispone celebrar, lo que tendrá una gran importancia en el curso de la licitación o concurso, y en la enajenación de las obligaciones surgidas del negocio jurídico. Además constituye un ejercicio necesario para evaluar en concreto y no en abstracto como ocurre en la etapa anterior (planificación y contrato en la realización de los fines del Estado), la conveniencia del proyecto específico que se pretende desarrollar. Ya no se trata de examinar si es oportuno o no construir un puente o una carretera en determinado lugar, decisión política que se ha adoptado previamente y que se plasma en la aprobación de un crédito presupuestal para la ejecución del proyecto, sino de determinar las características particulares que debe reunir esa obra para la adecuada satisfacción del interés público.”⁹⁴

De conformidad con lo anterior, los estudios previos -tanto técnicos, como económicos, jurídicos, ambientales, de mercado, de sector, etc.-, contenidos en la normatividad y ubicados en la etapa precontractual, constituyen la materialización del principio de planeación, toda vez que se convierten en el plan a seguir, contiene los pasos, procesos y elementos con los que debe contar la Administración para determinar qué quiere, cómo

⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C.: 25.02.2009. Expediente: 15797.

⁹⁴ ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 68

pretende conseguirlo, qué necesita para hacerlo y a qué costo podrá llevarlo a cabo⁹⁵, procurando ser lo más precisos posibles, de tal manera que lo único que no se incluya son aquellas circunstancias o situaciones que lógicamente no se pueden prever.

2.2. ANTECEDENTES DE LOS ESTUDIOS PREVIOS.

La exigencia sobre la elaboración de unos estudios y de evaluaciones necesarias para determinar el objeto a contratar de manera previa, y con énfasis a los contratos de obra pública, que implica la elaboración de estudios y diseños, se ha contemplado en la legislación Colombiana desde 1976⁹⁶, con el Decreto 150/76⁹⁷ -derogado-, artículo 72, que señalaba lo siguiente: “(...) *no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesaria para su identificación.*” Dicha disposición quedo igualmente incorporada en el Decreto 222 de 1983 y posteriormente en la ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 12 -modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011-.

En ese orden, la **Ley 80/93** establece lo que se conoce como estudios previos, estipulando en el artículo 25, numeral 6°, el deber de las entidades públicas de contar, previa apertura de procesos contractuales, con la respectiva disponibilidad presupuestal; contempla en el numeral 7° el deber de contar con los estudios de conveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para el efecto; y de los numerales 11° al 14°, se encuentra entre otras, la obligación de contar con los estudios, diseños y proyectos requeridos con la

⁹⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Primera Edición: Octubre de 2013. p. 54.

⁹⁶ Cfr. ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 67

⁹⁷ COLOMBIA. Decreto 150 de 1976. “*Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.*” Diario Oficial No. 34.570 del 11 de junio de 1976 y No 34.492, del 18 de febrero de 1976. [Decreto derogado por el Decreto 222 de 1983].

debida antelación a la apertura del procedimiento, de contar con las reservas presupuestales, así como tener en cuenta las previsiones en materia económica.

Por su parte, el **Decreto 2170 de 2002**⁹⁸ (Derogado) en su artículo 8°, como desarrollo de lo previsto en los numerales 7° y 12° del artículo 25 de la ley 80 de 1993, especificó los distintos aspectos que debían contener como mínimo los estudios previos, a saber:

*“(...)**1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.***

2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.

3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.

4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.

5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.”

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada los aspectos que se deben determinar o tener en cuenta a la hora de elaborar los estudios previos, a saber:

*“[...] (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) **las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo***

⁹⁸ Ob. cit. COLOMBIA. Decreto 2170 de 2002 “Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012.

*cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (...)*⁹⁹ Negrilla fuera del texto.

De manera específica, la **Ley 1150 de 2007** reestructuro los procesos de selección de contratistas, y esclareció y concretizó el principio de planeación en materia de contratación pública en Colombia¹⁰⁰, cuya observancia debe prevalecer durante toda la gestión contractual otorgándole la prioridad requerida a la etapa precontractual de los procesos, de tal manera que se diera cumplimiento a los principios de economía, eficiencia, transparencia y eficacia. Priorizó en aras de garantizar el principio de transparencia, la publicación de los estudios previos con el proyecto de pliego en forma simultánea, para que los proponentes tuvieran una mayor participación en el proceso, de forma tal que se generará una mayor interlocución de los proponentes en el proceso de selección correspondiente, exigiendo con estos requisitos básicos, mayor diligencia por parte de las personas que intervienen en su elaboración, fortaleciendo además el análisis y distribución de riesgos:

⁹⁹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: 31.08.2006. Exp. 14287. Ob. cit.

¹⁰⁰ “El principio de planificación junto con el principio de transparencia, se desarrollan en la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007 en el tema de la previsión, definición y asignación de riesgos del contrato, el cual, en términos generales, buscan que las partes conozcan y tengan plena claridad sobre sus obligaciones y cargas desde el momento en que se celebra el contrato.” ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, Bogotá Humana. *Guía de Contratación Estatal. 8 Estructuración de estudios previos*. Bogotá: Secretaría General, Alcalde Mayor de Bogotá Gustavo Petro U, Actualización 2012. p. 11.

“Hoy bajo el esquema de la nueva ley de contratación, ley 1150 de 2007, se incorporó una etapa en los procesos de contratación estatal, conocida como previa o de planeación, (...) que obliga a las entidades públicas, en virtud ya no solamente del principio de economía, sino de los de transparencia y publicidad, la obligación de desarrollar dichos estudios previos bajo los parámetros contemplados en la norma, y su publicación junto con los anexos que conforman toda la etapa previa o de planeación. Hacen parte de esta etapa la tramitación y expedición en cabeza de las diferentes dependencias de una entidad, entre otros, los siguientes documentos previos: Autorizaciones legales, cuando estas se requieran; Certificación del Banco de programas y proyectos; Certificado de disponibilidad presupuestal (CDP); Determinación de la inclusión en el plan de compras de la Entidad; establecer los ítems; Determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos (Si hay lugar); Determinar el impacto social ambiental (Si hay lugar); Análisis de precios del mercado; Elaboración del presupuesto; Determinación del Sistema de Precios; Selección de la forma de pago; Determinación y procedimiento de selección del contratista; Programación de la Contratación; programación del Desarrollo del contrato (...)”¹⁰¹

*“La entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 734 de 2012 (Derogado por el Decreto 1510 de 2013), introdujeron **normas tendientes a hacer más efectivos el principio de planeación** dentro de los procesos contractuales de la administración pública; en ese orden de ideas, **la etapa previa o de estudios previos, se convierte en materialización de dicho principio** y constituye un elemento de vital importancia en la estructuración no solo de los procesos de selección sino del futuro contrato y su correcta ejecución”¹⁰²* Negrilla fuera del texto.

El **Decreto 2474 de 2008**¹⁰³ -derogado-, señala nuevamente qué documentos conforman los estudios previos, dejando claro que son el soporte del proyecto de pliego de condiciones y que además deben ser puestos a disposición de los proponentes interesados. Igualmente resalta la importancia de determinar en ellos el alcance de lo requerido por la entidad y la distribución de los riesgos, es decir, deben contener toda la información necesaria para identificar el objeto contractual.

¹⁰¹ GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., pp. 233-234

¹⁰² ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. *Guía de Contratación Estatal*. Ob. cit., p. 10.

¹⁰³ COLOMBIA. Decreto 2474 de 2008. Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012. Ob. cit.

Aparecen en el artículo 3° del Decreto, ya no solo cinco ítems de contenido mínimo, sino siete, encontrándose como novedoso, el fortalecimiento frente al valor estimado del contrato, por cuanto se debe soportar e indicar las variables utilizadas. Igualmente se deben señalar los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección así como justificar los factores de selección. Se fortalece el tema de los riegos, toda vez que deben hacer parte de los estudios previos los soportes que permitan la tipificación, estimación y asignación de los mismos, e incorporación de garantías:

“En la redacción del artículo 3 del 2474, nos damos cuenta del carácter vinculante e imperativo que constituye en este momento en el derecho nacional; es una de esas que los penalistas denominarían requisito esencial en los negocios del Estado. Un requisito que no se puede variar, que no se puede negociar, que no se puede discutir. Sencillamente hay que cumplirlo, bajo la perspectiva que lo trae el legislador colombiano. No solamente porque va a ser la norma básica, el punto de partida, sino porque va a ser el gran referente de interpretación del negocio jurídico en un momento determinado. Sobre los estudios previos se montan el pliego y el contrato. Además, nos va a dar la luz para saber exactamente, cuando haya conflicto, cómo se debe ejecutar ese contrato.”¹⁰⁴

Así mismo la **Ley 1474 de 2011**¹⁰⁵, modificó el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, al imponer el deber para las entidades públicas, de contar, previo a la apertura del proceso, con los estudios técnicos y documentos que sirven como base para definir y cumplir el objeto que se va a contratar. Para el caso específico de contratos de obra pública impone el deber de conocer los impactos en diferentes ámbitos, económicos, ambientales y sociales de la obra a ejecutar, además de establecer el deber de contar con interventoría y de pronunciarse sobre la necesidad de la misma en los contratos que superen la menor cuantía, señalando lo siguiente:

¹⁰⁴ SANTOFIMIO “*El cambio normativo y la afectación de las ecuaciones contractuales*”. p. 23, Ob. cit.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1474 de 2011. Ob. cit.

“ARTÍCULO 87. MADURACIÓN DE PROYECTOS. *El numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993 quedará así:*

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. Negrilla y Subrayado fuera del texto.

El artículo de maduración de proyectos de la Ley 1474 de 2011 anteriormente transcrito, - como se señaló- impone de manera específica, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, de contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. En este sentido, le corresponde a las entidades públicas el deber de establecer, determinar y concretar técnicamente el objeto que se va a contratar, de tal manera que se apropien del mismo, de sus características, de sus materiales, de las disposiciones jurídicas que deben observar, del personal, el terreno, la disponibilidad presupuestal, los riesgos, el estudio de mercado, etc., estando en la capacidad de escoger el oferente que mejor desarrolle el proyecto, adquiriendo la entidad la capacidad de entender cada circunstancia que se llegara a presentar y la preparación necesaria como si esta fuese la que fuere a ejecutar el objeto contractual.

Igualmente se señala en el **artículo 83°** del estatuto anticorrupción, que para los contratos de obra pública, adicional a la obligación de contar con interventoría - *teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión-*, en los estudios previos se debe señalar la necesidad de contar con la misma para los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección.

Por su parte, el derogado **Decreto 734 de 2012**¹⁰⁶, en el Título II, Capítulo I que denomino de “planeación contractual” –haciendo referencia a la etapa precontractual-, señala en el artículo 2.1.1 los documentos que deben servir de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, estableciendo los mínimos requeridos, manteniendo los mismos señalados por el decreto del año 2008, adicionando como elemento que debe tenerse en cuenta, **la indicación de si la contratación a adelantar está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio** vigente. Se reitera el deber de publicación de los mismos de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones, fortaleciendo el principio de publicidad y transparencia.

El **Decreto 1510 de 2013**¹⁰⁷, aunque derogado, estipula la estructura actual del contenido mínimo de los estudios previos, toda vez que el decreto del año 2015 que lo deroga, acogió íntegramente lo establecido como contenido mínimo. Este Decreto del año 2013 -como ya se hizo referencia-, además de incorporar en materia de planeación la elaboración de un **plan anual de adquisiciones y un análisis del sector**, consagró en su artículo 20° los mismos elementos que consigno el decreto del año 2012 -como se transcribe a continuación-, trayendo como novedad, en el análisis del objeto a contratar, el deber expreso de contar con las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y de contar, cuando el contrato incluye diseño y construcción, con los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, debiendo ponerlos a disposición de los interesados.

¹⁰⁶ COLOMBIA. Decreto 734 de 2012. Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013. Ob.cit.

¹⁰⁷ Decreto 1510 de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.*” Decreto derogado por el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015.

Finalmente, el **Decreto 1082 de 2015**¹⁰⁸, que como se acaba de referenciar recoge lo expuesto por el Decreto 1510/2013, consagra en el numeral 2.2.1.1.2.1.1 lo referente a los estudios y documentos previos, que constituyen su estructura actual:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.

¹⁰⁸ COLOMBIA. Decreto N° 1082 del 26 de mayo de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”.

8. *La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.*

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía¹⁰⁹.”
Negrilla fuera del texto.

Dicho **Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015**, refiere igualmente lo señalado en el Decreto 1510 de 2013, artículo 15, relacionado con el deber de efectuar un análisis previo, destinado a conocer de manera detallada el sector al que pertenece el objeto a contratar, señalando en la Subsección 6, análisis del sector económico y de los oferentes por parte de las Entidades estatales, lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.” Negrilla fuera del texto.

Se ha evidenciado entonces -cronológicamente-, un robustecimiento de los mínimos contenidos en los estudios previos, de tal manera que a través de los años, normativamente se han ido creando o tipificando elementos, estudios o procesos, que necesariamente se deben atender, previo a la apertura de procesos contractuales, adaptando también la norma a la realidad que se ha venido presentando. En el siguiente cuadro se detalla el cambio de la estipulación normativa tratándose de los elementos de los estudios previos:

¹⁰⁹ “Estudios previos para la contratación de mínima cuantía. La Entidad Estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente: 1. La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación. 2. La descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios. 3. Las condiciones técnicas exigidas. 4. El valor estimado del contrato y su justificación. 5. El plazo de ejecución del contrato. 6. El certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.” COLOMBIA. Decreto 1082 de 2015. Ob. cit. Artículo 2.2.1.2.1.5.1

CONTENIDO MÍNIMO DE LOS ESTUDIOS PREVIOS						
Ley 80/93	Decreto 2170 /02 (Derogado)	Decreto 2474/08 (Derogado)	Ley 1474/11	Decreto 734/12 (Derogado)	Decreto 1510/13 (Derogado)	Decreto 1082/15
Estudios de conveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para el efecto	Definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.	Descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.		Descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.	Descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.	Descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
Estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación a la apertura del procedimiento	La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.	La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.	Maduración de proyectos	El objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.	El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.	El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
Disponibilidad presupuestal	Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato	El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. (...)		El valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la contratación y los rubros que lo componen. Cuando el valor del contrato sea determinado por precios unitarios, la entidad contratante deberá incluir la forma como los calculó para establecer el presupuesto y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. (...)	El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. (...)	El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. (...)
	El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.	El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.		El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.	El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.	El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.

CONTENIDO MÍNIMO DE LOS ESTUDIOS PREVIOS						
Ley 80/93	Decreto 2170 /02 (Derogado)	Decreto 2474/08 (Derogado)	Ley 1474/11	Decreto 734/12 (Derogado)	Decreto 1510/13 (Derogado)	Decreto 1082/15
		Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.		La modalidad de selección del contratista, incluyendo los fundamentos jurídicos que soportan su elección.	La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos	La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos
		La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.		La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 2.2.9 del presente decreto.	Los criterios para seleccionar la oferta más favorable	Los criterios para seleccionar la oferta más favorable
		El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.		El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.	Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación	Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación
				La indicación de si la contratación respectiva está cobijada por un Acuerdo Internacional o un Tratado de Libre Comercio vigente para el Estado Colombiano en los términos del artículo 8.1.17 del presente decreto.	La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercia	La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercia
					Analisis del Sector.	Analisis del Sector.
			Supervisión e interventoría contractual.			

Elaboración propia

2.3. ELEMENTOS CONTENIDOS EN LOS ESTUDIOS PREVIOS

Los elementos de los estudios previos establecidos en la normatividad y desarrollados por la jurisprudencia, han sido agrupados o clasificados para efectos académicos por la doctrina. El doctor *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*, en su obra “*Delitos de Celebración Indevida de Contratos*”, estructura de la siguiente manera los mínimos requeridos: En primera instancia hace referencia al cumplimiento de exigencias técnicas previas, esto es, elaboración de proyectos; posteriormente hace alusión al cumplimiento previo de las exigencias del estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación; continua con el cumplimiento previo del análisis de oportunidad para la celebración del contrato; el cumplimiento previo del análisis o estudio de mercado para la determinación del precio del contrato; y finaliza con la obtención de licencias, permisos y demás exigencias normativas.¹¹⁰

Para efectos de la presente investigación, teniendo en cuenta el enfoque hacía los contratos de obra pública, se hará una breve mención respecto de los requisitos financieros, de oportunidad, estudio de mercado, del sector y riesgos, haciendo especial énfasis en el siguiente subcapítulo al requisito denominado por el doctor *Santofimio Gamboa*, de **planeación técnica** (elaboración de proyectos) y al requisito de obtención de licencias, permisos y otras exigencias normativas, que aquí se ha denominado **planeación jurídica**. Lo anterior también, porque se considera que si bien todos los elementos mínimos que deben contener los estudios previos son indispensables y concurrentes, tanto la disponibilidad presupuestal, el estudio de mercado, el establecimiento del precio, el plazo, así como la estipulación y asignación de los riesgos, etc., los mismos son análisis y estudios que se deben efectuar una vez se conoce técnicamente el objeto a contratar, es decir, de la identificación técnica se deriva el insumo para los demás estudios necesarios, de tal suerte que la naturaleza de los bienes y/o servicios que se pretenden contratar, su

¹¹⁰ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., pp.150-177. En el mismo orden, es estudiado también por el Doctor EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit., pp. 592-602.

identificación y especificación, incidirá en la totalidad de estudios que hacen parte de los documentos previos.

De hecho, si las entidades públicas, previo a la apertura de un proceso de selección, examinan y dan cumplimiento al artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, en el orden allí enunciado de los documentos previos, identificarían que de manera primordial, una vez establecida la necesidad que se pretende satisfacer, se ubica en segundo lugar, y por consiguiente, con antelación a los demás estudios referidos, la determinación del objeto a contratar con sus especificaciones y diseños, así como la obtención de los requisitos jurídicos como licencias, permisos, etc. Esto como proceso establecido en la ley, respecto del cual es erróneo e inexacto no conservar el orden allí proporcionado, que responde también al sentido común.

✚ De los principales estudios establecidos en la normatividad como mínimo requerido en la elaboración de estudios previos para las entidades públicas, se encuentra entonces el **estudio de conveniencia y oportunidad** para la celebración del contrato, que permite a su vez vislumbrar **la necesidad que con la contratación se pretende satisfacer**:

El primer estudio, esto es, de conveniencia y oportunidad, guarda relación con las decisiones tomadas por las Administraciones, a partir de las necesidades, los planes de desarrollo y el momento en que se celebra el contrato:

“(..). El mérito se refiere a la oportunidad o conveniencia para la expedición del acto administrativo (en este caso, del contrato). Conveniencia que ésta en íntima relación con los fines del Estado, pues obliga a quien expresa la voluntad del mismo a manifestarla cuando se requiera verdadera y ciertamente para cumplir con los fines de éste.”¹¹¹

¹¹¹ *Ibíd.*, pp. 596.

Por su parte, el establecimiento de la necesidad se convierte así en el foco u objetivo a cumplir con el proceso de contratación y con la ejecución del mismo, por lo que resulta fundamental su identificación en la etapa previa.¹¹² Este es el momento oportuno también, para plasmar en los estudios previos el análisis de las diferentes alternativas que tiene la administración para satisfacer la necesidad a contratar, tal como lo señala el doctor *Ricardo Guzmán Arroyo*¹¹³, citando a su vez las recomendaciones efectuadas para la adecuada elaboración de estudios previos de la Procuraduría General de la Nación¹¹⁴.

✚ Una vez establecida la necesidad que se pretender satisfacer con la contratación, y elaborada su descripción, de allí se desprende la necesidad de **especificar técnicamente el objeto a contratar y la identificación de los requisitos legales** que se deben adelantar para el efecto, tales como licencias y permisos. Dicho requisito establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, como se mencionó anteriormente, será desarrollado en los subcapítulos siguientes de planeación técnica y jurídica.

✚ Posterior a este requisito, otro de los elementos mínimos que deben contener los estudios previos, consiste en la **identificación de la modalidad de selección del contratista y su justificación incluyendo los fundamentos jurídicos:**

Este análisis constituye un elemento importante, que como se ha reiterado, dependerá principalmente de la identificación y el alcance que ya se tenga del objeto a contratar, de la cuantía determinada, así como de otros elementos, debiendo la administración constatar cuál es la modalidad de contratación que se ajusta a la realidad del contrato, teniendo en cuenta para el efecto las modalidades de selección establecidas en la Ley y en sus Decretos

¹¹² Cfr. DEIK ACOSTAMADIEDO. Ob. cit., p. 74

¹¹³ Cfr. GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., p. 244.

¹¹⁴ CUELLAR CRUZ. Ob. cit., p. 14-15.

reglamentarios¹¹⁵, tales como licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía.

✚ Seguidamente uno de los elementos mínimos que deben contener los estudios previos, tan importante como la planeación técnica, lo constituye el cumplimiento previo de las exigencias del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación. Dicho **estudio presupuestal**, se encuentra relacionado con la existencia previa de las respectivas partidas y disponibilidades presupuestales, lo que el doctor *Expósito Vélez* llamaría “(...) *la necesaria conexión que existe entre la planeación en materia financiera respecto de los gastos del Estado y la planificación de los contratos estatales*”¹¹⁶.

Una vez se identifique plenamente el objeto en términos técnicos con sus especificaciones, podrá efectuarse un adecuado estudio de mercado, y por consiguiente cumplir efectivamente el establecimiento de recursos que amparen legal y presupuestalmente el proceso de selección¹¹⁷. La expedición del certificado de disponibilidad presupuestal da aplicación al principio de legalidad del gasto público, garantiza el cumplimiento de los fines institucionales, de conformidad con los planes y programas, ampara el proceso de selección y garantiza que efectivamente se pueda ejecutar el objeto contractual, perfeccionándose con el registro presupuestal:

“(...) La Corte Constitucional decantó para el derecho presupuestal colombiano el alcance y finalidad de la disponibilidad presupuestal como elemento fundamental de los principios de planeación y legalidad de todo acto y contrato que tenga por propósito afectar el gasto público, al respecto indicó: ‘(...) la disponibilidad se concibe como un instrumento mediante el cual se busca prevenir o evitar que el gasto sea realizado por encima del monto máximo autorizado por la correspondiente ley anual de presupuesto durante su ejecución’”¹¹⁸.

¹¹⁵ DEIK ACOSTAMADIEDO. Ob. cit., p. 82

¹¹⁶ EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit. p. 593.

¹¹⁷ DEIK ACOSTAMADIEDO. Ob. cit., p. 84

¹¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*. Ob. cit., pp. 158-159

Igualmente a la hora de establecer el monto de la disponibilidad presupuestal es importante tener en cuenta lo señalado por el doctor *Expósito Vélez*, al hacer alusión al numeral 14° del artículo 25 de la ley 80 de 1993, por cuanto resalta el deber de realizar una apropiación global, que tenga en cuenta costos imprevistos, de tal manera que se cubran retrasos en pagos y revisión de precios.¹¹⁹

De manera importante, en este estudio presupuestal, se debe establecer, no sólo el valor estimado del contrato y la justificación del mismo, sino que además, en caso de que el contrato se suscriba en la modalidad de precios unitarios, se debe incluir la forma cómo se calcularon y soportaron para la realización de la correspondiente estimación. Este aspecto se considera relevante esencialmente para los contratos de obra pública, pues la modalidad adoptada conlleva connotaciones importantes a la hora de establecer, por ejemplo, sobrecostos por falta de planeación. Lo anterior teniendo en cuenta, como se verá en el subcapítulo siguiente, las características de los contratos de obra y las modalidades en que se establezca la forma de pago (a precios unitarios, global, administración delegada, reembolso de gastos y honorarios). De tal manera que, si por ejemplo se suscribe el contrato a precio global, el valor del contrato será determinable desde el comienzo, siendo más evidentes la generación de sobrecostos, en caso de llegarse a presentar, mientras que si se suscribe por ejemplo a precio unitario, que es una modalidad frecuente por la naturaleza del contrato de obra, en el que no se conoce a priori las reales cantidades, la cláusula del valor del contrato, con la determinación de los precios unitarios, constituye un estimativo del monto, y la base sobre la cual se calculará el valor final del contrato. De tal forma que la existencia de unos sobrecostos que se puedan llegar a generar en virtud de falta de planeación por ejemplo, para esta modalidad de pago, requerirá un estudio específico, en aras de no catalogar como tal, a mayores cantidades de obra que estarían permitidas en dicho escenario. Esta circunstancia será analizada con detenimiento, en el

¹¹⁹ Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit., p. 596.

capítulo tercero de la presente investigación, atendiendo al Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 18 de julio de 2002.

Continuando con el ámbito presupuestal, otro aspecto que desarrolla el principio de planeación en la etapa precontractual, lo constituye el **estudio de mercado**, cuya elaboración permitirá pagar lo correcto –ni más ni menos- por el bien o servicio, de ahí que también para este estudio sea indispensable el estudio técnico, pues se analizará con productos de iguales o similares características, cantidades, calidades y especialidades que ofrezca el mercado o que hayan adquirido las entidades públicas en escenarios semejantes, atendiendo este estudio las reglas de mercado para determinar el posible costo de los bienes, servicios o suministros¹²⁰.

Dicho estudio permite que la entidad tenga a la mano toda la información necesaria para que actúe como un agente económico más en el mercado, de suerte que no le es permitido a la Administración improvisar o determinar el precio de los bienes de manera aislada a las condiciones del mercado y a las circunstancias particulares en que se desarrollará el mismo:

“(...) la entidad no puede fijar, de manera arbitraria e improvisada, los precios o el valor del contrato, sino que ello debe obedecer a un estudio de mercado, consistente en consultas, avalúos, precios al consumidor, precios de referencia en revistas especializadas, antecedentes históricos, cotizaciones, estadísticas, entre muchas que permitan calcular el valor estimado y por ende, el presupuesto oficial del contrato de acuerdo con las condiciones del tiempo, modo y lugar de las prestaciones requeridas y con las que se pretende cubrir las necesidades de la contratación.”¹²¹

¹²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*. Ob. cit., p. 168

¹²¹ GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., p. 276

- ✚ Otro de los ítems y estudios que deben encontrarse plasmados en los documentos previos, y que constituye un avance muy importante en esta materia, resulta **el deber de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles**¹²²:

*"Este elemento de los estudios previos busca respetar y conservar la conmutatividad de los contratos, es decir, las prestaciones equivalentes y recíprocas para las partes, sin tener que acudir para ello al restablecimiento del equilibrio económico del contrato."*¹²³

El autor *Edgar Fernando Vargas Cantor*, hace referencia al manejo de los riesgos, considerando su tipificación y asignación previa, como solución a posibles conflictos que en la mayoría de los casos tienen que ver con temas económicos o de equilibrio económico y que se presentan durante la ejecución, razón por la cual considera que el legislador quiso fortalecer este mecanismo de planeación, con un *plan de acción* frente a esos riesgos previsibles, propios de los contratos, que eviten la suspensión o parálisis del mismo y como fórmula de restablecimiento económico y financiero del contrato. En este aspecto, frente a los contratos de obra pública, es importante que los proponentes, elaboren un adecuado estudio de los riesgos operacionales, toda vez que estos se asignan al contratista, por lo que éste tendría el deber de confeccionar su propuesta teniendo en cuenta todas las circunstancias relacionadas con la operatividad del contrato; De igual manera al efectuar el estudio de riesgos ambientales, constituye una oportunidad más para que la entidad verifique el cumplimiento de todas las obligaciones que por el objeto a contratar le son exigibles, tales como licencias ambientales, permisos, etc., que se deben obtener previo a la apertura del proceso de selección como se analizará más adelante:

"La doctrina, el Gobierno Nacional y la propia experiencia contractual recomiendan tener en cuenta los siguientes aspectos al momento de asignar los riesgos: 1. El tipo y modalidad de contrato son relevantes para la determinación del nivel de transferencia de responsabilidad al contratista. (...) 2. La transferencia de los riesgos debe ser proporcional a la cantidad de información con la que se cuente

¹²² "Es necesario hacer claridad en que los riesgos previsibles son todas aquellas circunstancias, que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales." *Ibíd.* p. 289

¹²³ DEIK ACOSTAMADIEDO. *Ob. cit.*, p. 74

*para su mitigación. (...) 3. La asignación de los riesgos previsibles debe ser atendiendo a las capacidades de los contratistas para su administración y a la existencia en el mercado de garantías que constituyan soporte o respaldo financiero o asegurador de proyecto. (...)*¹²⁴

- ✚ Finalmente del contenido mínimo de los estudios previos señalados por la normatividad se encuentra lo relacionado con las **garantías y la indicación de existencia o no de acuerdos comerciales para el proceso de contratación**. Estos sin duda también constituyen aspectos relevantes, que asertivamente no han generado mayores inconvenientes en la práctica contractual, como se verá en el capítulo correspondiente, no encontrándose evidencia de su incumplimiento.

- ✚ Adicional a los elementos anteriores, del contenido normativo del principio de planeación en la etapa precontractual, se encuentra, en un artículo aparte al del contenido de los estudios previos, pero con la indicación de que deben hacer parte de los documentos del procesos (esto es en los estudios previos que contienen finalmente los antecedentes del mismo), el **análisis del sector**.

En el libro *“Estudio de derecho contractual”* del autor *Gonzalo Suarez Beltrán*, se señala como valiosa la novedad establecida en el artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 -ahora artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015-, al imponer a las entidades la realización de un análisis del sector, indispensable para conocer lo relativo al proceso de selección, y que permita identificar de otros procesos, por ejemplo, los precios anteriormente utilizados y los errores comúnmente ocurridos a otras entidades o que se hayan generado por el mercado:

“(...) se trata de mirar aquellos aspectos concretos del mercado que pudiesen afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar, y no de un tratado “abstracto” sobre el mercado de que se trate. Así por ejemplo, el estudio de mercado -haciendo referencia al análisis del sector- deberá interesarse sobre qué requisitos habilitantes debieran exigirse a los interesados vistas las

¹²⁴ GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., pp. 297-298.

*características de los “jugadores” en ese mercado; cuales los parámetros usuales de “calidad” de los productos; cuales las condiciones en que normalmente los oferentes ejecutan las prestaciones que supone el contrato; cuales los factores de riesgo ajeno a las partes que podrían alterar la equivalencia de las prestaciones durante la ejecución del contrato; cuales las condiciones que usualmente acuerdan las entidades estatales para ese mismo tipo de objeto, etc.”*¹²⁵

Para concluir, se debe dejar también claro, tal como lo señala la normatividad y como se evidenció al desarrollar el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que esta disposición no establece todos los elementos que deben contener los estudios previos, sino que enuncia los mínimos requeridos, señalando literalmente que deben tenerse en cuenta además, los indicados para cada modalidad de selección.

2.4. PARTICULARIDADES DE LOS ESTUDIOS PREVIOS PARA LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA. PLANEACIÓN TÉCNICA Y JURÍDICA.

Del contenido mínimo de los estudios previos acabados de describir, se dejó para un análisis independiente, lo que la doctrina acertadamente ha denominado planeación técnica y lo que en esta investigación se ha denominado planeación jurídica. Sin embargo, previo a analizar estos dos elementos fundamentales, sobre todo a la hora de estructurar proyectos de obra pública, es pertinente efectuar un pronunciamiento sobre esta tipología contractual respecto de la cual recae la presente investigación.

2.4.1. Régimen jurídico del contrato de obra.

El contrato estatal de obra ha sido una de las tipologías contractuales más importantes de la Administración¹²⁶ a través del cual se da cumplimiento a los cometidos y fines estatales.

¹²⁵ SUAREZ BELTRÁN. *Estudios de Derecho Contractual Público*. Ob. cit., pp. 4-5.

¹²⁶ ESCOBAR HENRIQUEZ, Álvaro B. *El Contrato Estatal de Obra*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, año 2000. p. 58

Su importancia no sólo radica en la cuantía que representan, sino porque sus objetos contractuales son la base del desarrollo de las comunidades. A través de los procesos de construcción, por ejemplo, se proporcionan soluciones a las problemáticas relacionadas con servicios públicos domiciliarios y en general a los servicios sociales de la población urbana y rural.

Estos objetos contractuales son más visibles y cercanos por su magnitud a la comunidad, quienes actúan como veedores de los mismos, y sus falencias por lo tanto resultan ostensiblemente perceptibles, sin necesidad de tener conocimientos técnicos frente al mismo¹²⁷.

La infraestructura y las obras civiles, han sido también objeto de cuestionamiento en temas de corrupción y principalmente en el tema de falta de planeación, por cuanto comportan requerimientos técnicos y específicos, respecto de los cuales el principio de planeación resulta trascendental, en comparación con otros tipos de contratos como de prestación de servicios o consultarías, por ejemplo.

Esta tipología contractual, constituye el objeto de investigación, visto desde su generalidad, sobre el cual recae en gran medida el análisis de principio de planeación, no solo por cuestiones metodológicas y de delimitación del tema, sino además, porque su gestión –se reitera- constituye uno de los mayores problemas de la contratación, en razón a las demoras en su ejecución, los sobrecostos, fenómenos de corrupción¹²⁸ y demás consecuencias descritas en los capítulos siguientes que no resultan insignificantes. Su complejidad radica en el tecnicismo, donde la planeación resulta ser la acción técnica y legal de contratar, de administrar el cumplimiento de la obra¹²⁹, la que conlleva per se una función social, que señalan los doctrinantes, en la actualidad excede las normas jurídicas establecidas. Todo

¹²⁷ Obras inconclusas.

¹²⁸ APONTE DÍAZ. Ob. Cit., p. 180.

¹²⁹ *Ibíd.*

lo anterior, lo hacer ser un objeto de estudio pertinente y explorable en materia del principio de planeación.

La doctrina nacional ha definido las obras públicas como "(...) *aquellas realizaciones físicas que debe ejecutar el Estado para propiciar el crecimiento integral de las estructuras sociales y económicas de la nación, manteniendo el medio ambiente con la menor intervención negativa posible y por ende los menores impactos, dotando su estructura institucional de todas las condiciones administrativas, técnicas, jurídicas, legales, financieras y logísticas adecuadas para ser eficientes y eficaces en el cumplimiento de ese cometido gubernamental, el interés general, a través del cual se constituyen sus metas y fines primordiales.*"¹³⁰

La normatividad en materia de contratación proporciona una definición legal y específica del contrato de obra, tipificándolo en el numeral 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993:

“Artículo 32. 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:

1o. Contrato de Obra

*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, **cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.** (...)"* Negrilla y subrayado fuera del texto.

¹³⁰ VARGAS CANTOR, Edgar Fernando. *Las Obras públicas. Una visión pragmática del proceso general de contratación*. Bogotá: Ibáñez, 2010. Cap. 1. p. 19

Esta definición estipulada por la ley 80 de 1993, flexibilizó la regulación del contrato de obra pública en relación con lo establecido en el Decreto 222 de 1983, que señalaba -para la configuración de esta tipología contractual- la necesidad de que la correspondiente obra pública se ejecutase sobre bienes inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público¹³¹, estableciendo y condicionando además las modalidades para la forma de pago. **Actualmente, lo importante para establecer si se está en presencia o no de un contrato estatal de obra, es que quien contrata sea una entidad pública**, sin necesidad de tener en consideración la naturaleza de los bienes sobre los cuales se va a ejecutar la obra.¹³²

Elementos del contrato estatal de obra	
1	La celebración de un acuerdo de voluntades regulador de obligaciones.
2	La participación al menos de una entidad estatal en su celebración.
3	Que su objeto se la construcción, mantenimiento, instalación o cualquier trabajo material sobre inmuebles.
4	Que se convenga un pago.

La Ley 80 de 1993, deja de lado la terminología “pública” que acompañaba la tipología del contrato de obra en el decreto anterior, convirtiéndose en uno de sus elementos esenciales para considerarse contrato estatal un contrato de obra, el factor subjetivo, es decir, el criterio que atiende a la **calidad de los sujetos** que intervienen en la contratación, y no al objeto del contrato. De tal manera que para considerarse contrato estatal de obra, debe ser celebrado por una entidad estatal. Lo anterior, porque dicho factor determina el régimen jurídico aplicable.

¹³¹ DÁVILA VINUEZA. Ob. cit., p. 841

¹³² *Ibíd.*, p. 842

De conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 1, son tres las actividades enumeradas en la descripción del contrato de obra, como se señalan a continuación, sin olvidar en todo caso el concepto general que les sigue, en cuanto se estipula "(...) la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles":

CONSTRUIR	MANTENER	INSTALAR
"1. tr. Hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento en general cualquier obra pública"	"3. tr. Conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia. 4. tr. Sostener algo para que no caiga o se tuerza".	"2. tr. Poner o colocar en el lugar debido a alguien o algo. U.t.c. prnl. 3. tr. Colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar; como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc."

Fuente: <http://www.rae.es/>

Frente al enunciado general y abstracto con el que se termina el párrafo primero que define el contrato de obra, la doctrina menciona dos criterios auxiliares orientadores para determinar si se está en presencia de éste: 1. La integración real de los bienes suministrados, en relación con el inmueble; y 2. El mayor o menor valor de los trabajos materiales, con relación a otros contratos, como por ejemplo, contrato de suministro¹³³:

"Para que pueda hablarse de un contrato de obra, el trabajo material que se realice sobre el inmueble debe transformarlo, y los bienes muebles instalados entraran a formar parte integral de él como un todo. Serán contratos de obra, entonces, los que celebren para la realización de un trabajo material que altere, transforme o modifique un inmueble, o que suponga formar parte integrante de los segundos. (...)"¹³⁴

¹³³ ESCOBAR HENRIQUEZ. Ob. cit. p. 81

¹³⁴ PINI RICCI, Jorge. *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, diciembre de 2005. p.413

Igualmente, los contratos de obra pueden ser identificados según el tipo de obra a ejecutar:

- **Obra de Ingeniería Civil u obra civil:** Carreteras, puentes, viaductos y Macro proyectos en general.
- **Edificaciones:** Hospitales, Colegios, escuelas, viviendas, edificios públicos, etc.

Conlleva inmersa esta tipología contractual igualmente, el principio de ecuación financiera, por constituirse como un contrato conmutativo, en el que cada una de las partes establece obligaciones equivalentes, ciertas y apreciables económicamente.¹³⁵

La modalidad de selección para adelantar la suscripción de un contrato estatal de obra, esta dada por la característica propia de cada modalidad. De tal manera que puede desarrollarse a través de licitación pública, como regla general; mediante selección abreviada, teniendo en cuenta la cuantía (menor cuantía) o cuando se trate de servicios para la defensa y seguridad nacional; mediante contratación directa, cuando se trate de alguna urgencia manifiesta de conformidad con lo establecido en la ley o también en caso de contratación cuando se requiera reserva; y mediante mínima cuantía, atendiendo al rango de cuantía de la entidad contratante.

Si bien, las entidades estatales pueden establecer la modalidad de ejecución y pago para los contratos estatales de obra, las modalidades más conocidas o utilizadas por las entidades públicas siguen siendo las que establecía el anterior estatuto¹³⁶, con las debidas

¹³⁵ Cfr. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *El Contencioso Contractual*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia. Cuarta Edición, 2004. p. 259.

¹³⁶ Cfr. DÁVILA VINUEZA. Ob. cit. p. 843

modificaciones propias de la época y del resultado de la práctica contractual, las cuales básicamente corresponden a la descripción de la forma de pago seleccionada:

VALOR Y FORMA DE PAGO DE LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA¹³⁷	
Precio Global¹³⁸	<p>La remuneración es una suma fija.</p> <p>El contratista es el único responsable del cumplimiento del objeto.</p> <p>Se incluyen todos los costos directos o indirectos en que incurre el contratista.</p> <p>La Entidad no debe reconocer mayores cantidades de obra adicionales necesarias no previstas que se encuentren dentro del objeto.</p>
Llave en mano	<p>El contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra (diseños, estudios de factibilidad, construcción, instalaciones, suministros, etc.)</p> <p>El precio corresponde a un valor previamente establecido, que constituye la remuneración por todas las gestiones realizadas.</p>
Precios Unitarios	<p>Se establece el costo por unidad de cada uno de los conceptos que integran la obra a ejecutar o ítems de obra.</p> <p>Con ese valor de precios unitarios se define una estimación inicial de la obra.</p>

¹³⁷ URL: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-obra-publica> Guía para Procesos de Contratación de obra pública. G-GPCOP-01 Colombia Compra Eficiente. p. 9

¹³⁸ "(...) Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de "precio global" lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impide llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista." GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 259.

	<p>El valor real del contrato corresponde a la multiplicación de las cantidades de obras efectivamente ejecutadas por el precio de cada unidad de obra previamente establecido.</p>
<p>Administración Delegada¹³⁹</p>	<p>La Entidad estatal delega la ejecución de la obra en el contratista en calidad de director técnico.</p> <p>El administrador delegado se encarga de ejecutar la obra y responde por su buen resultado pero es la Entidad Estatal quien asume los riesgos derivados del contrato y la financiación de la obra.</p> <p>El contratista obtiene como remuneración los honorarios que se pactan por su gestión, los cuales pueden pactarse en forma de porcentaje sobre el valor de la obra o como precio fijo.</p> <p>Cuando se haga uso de esta forma de pago, la entidad debe abrir un proceso de selección para elegir al contratista a través de una licitación pública con el fin de garantizar los principios de selección objetiva, transparencia y economía que deben observarse en la actividad contractual del Estado.</p>
<p>Reembolso de gastos¹⁴⁰</p>	<p>El contratista asume los gastos de ejecución del contrato y la entidad Estatal en forma periódica rembolsa dichos gastos y además reconoce al contratista los honorarios que se pactan por su gestión.</p>

¹³⁹ En la actualidad este tipo de contrato está incluido dentro de la categoría de **consultoría** y se conoce como contrato de “*Gerencia de proyecto de construcción o Gerencia de Obra*” VARGAS CANTOR. Ob. cit., p. 212.

¹⁴⁰ Puede ser también considerado como **contrato de concesión**, que cuenta en la actualidad con su reglamentación legal complementaria y es el utilizado para la construcción de infraestructura vial. Cfr. Ibíd. p. 208.

Frente a estas modalidades de pago, y atendiendo lo hasta aquí desarrollado sobre el principio de planeación en la etapa precontractual, y concretamente frente a los estudios previos, si bien, las modalidades de pago para los contratos de obra pública por precios unitarios, administración delegada y por reembolso de gastos, conllevan una particularidad especial en razón a la complejidad en la ejecución de esta tipología contractual -esto es, que el valor inicial del contrato es un estimativo o indicativo del costo probable-, el tema de la planeación no otorga por tal razón una excepción a estas formas de pago, sino por el contrario, igualmente se debe efectuar el análisis técnico y financiero minuciosos para establecer, por ejemplo, de manera acertada el valor de los precios unitarios, el alcance del objeto, sus especificaciones y cada uno de los ítems, ya que si bien el valor del contrato es estimativo, su valor real dependerá del juicioso ejercicio que haya adelantado la entidad en esta etapa precontractual, pues será la base sobre la cual, una vez finalizada la obra, se establecerá el valor real de la misma.

“(...) Ha de insistirse que en las modalidades de pago del contrato de obra conocidas como precios unitarios, administración delegada y por reembolso de gastos, el valor convenido de la obra es tan solo estimado habida consideración que su costo real se conoce una vez se ha completado el objeto del contrato. (...) Esto por cuanto en ese tipo de contratos, el acuerdo de voluntades conlleva la realización final y completa de la obra encomendada y hasta tanto ello no se obtenga, el objeto no ha sido cumplido. Si antes de su realización integral, se agotan los recursos inicialmente estimados, lo que compete es obtener los dineros que se requieran para terminar la obra a manera de una obligación presupuestaria interna de la entidad estatal y sin que se necesite la suscripción de ningún contrato adicional.”¹⁴¹

Igualmente, tratándose de contratos a precio global, la única “garantía” que facilita su utilización como modalidad de pago, es la realización de una adecuada aplicación del principio de planeación en la etapa precontractual, pues como se señaló, no es dable en esta circunstancia el reconocimiento de mayores cantidades de obra:

“Para facilitar su aplicación se hace necesario tener completamente definidos todo los estudios técnicos del proyecto de obra pública, es decir que existan las consecuentes cantidades de obra y presupuestos perfectamente calculados que

¹⁴¹ DÁVILA VINUEZA. Ob. cit., p. 846

*servirán como base de adjudicación, quedando como factor de competencia los costos indirectos del contrato sobre los cuales los proponentes podrán establecer sus ofertas para un proceso de contratación.*¹⁴²

En ese orden, lo principal para esta tipología contractual específica de contrato estatal de obra, lo constituye la identificación plena y detallada del objeto contractual, teniendo en cuenta el contexto en el que se va a desarrollar, caso en el cual, resulta relevante el estudio de la planeación técnica y jurídica que se efectuará a continuación, como elementos propios de los estudios previos.

2.4.2. Planeación Técnica.

Retomando los elementos mínimos que deben contener los estudios previos, se hará especial énfasis al numeral 2° del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y a la evolución y desarrollo que ha tenido el mismo, en cuanto establece la planeación técnica, es decir, la especificación del objeto a contratar, así como los diseños y demás documentos técnicos y de impacto ambiental, económico y social, teniendo en cuenta la importancia que reviste, especialmente tratándose de contratos de obra pública.

Como ya se reseñó, desde el año 76¹⁴³ hasta la actualidad, el tema de los estudios técnicos, de diseños, planos y todos los necesarios para identificar el objeto contractual, sus especificaciones y alcance, han tenido predominancia en la contratación pública, especialmente al hablar de planeación en la etapa precontractual:

“La primera de las exigencias que el legislador establece en virtud del principio de planeación es la conocida en la doctrina como del cumplimiento de exigencias técnicas previas, cuando la complejidad técnica del objeto a contratar así lo exija.

¹⁴² VARGAS CANTOR. Ob. cit., p. 209.

¹⁴³ Cfr. ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 67. – Al hacer referencia al derogado Decreto 150/76-

Esta advertencia obedece a que no todos los contratos de las entidades estatales envuelven profundas exigencias de carácter técnico-piénsese, por ejemplo, en una simple asesoría profesional, donde la intensidad de este aspecto de la planeación no tendría mayor trascendencia-. Sin embargo, en otros contratos como los de obra, concesión, etc., su aplicación es indiscutible, y podría pensarse que constituye un requisito legal para el surgimiento de unos pliegos o términos de referencia fortalecidos, coherentes, pertinentes y adecuados a las necesidades que se piensan solucionar con el objeto a contratar; en consecuencia, el contrato que se llegare a celebrar será el producto de todo un acervo de experiencia técnica previa de la Administración.”¹⁴⁴

Para los contratos de obra pública, **los proyectos** “(...) son documentos esencialmente técnicos que define el objeto material del contrato”¹⁴⁵. A través de estos estudios técnicos no sólo se define plenamente el objeto del contrato, sino que además, de los mismos se desprende la elaboración de los demás análisis requeridos. De tal suerte que si se falla en la estructura del proyecto, en la identificación y alcance del objeto, se estaría planificando una obra inconclusa o con sobrecostos en los casos en que haya lugar:

“(...) Desde esta perspectiva, los proyectos son documentos esenciales para identificar lo que la Administración pretende desarrollar para satisfacer el interés general. Bajo ese contexto, los proyectos adquieren connotaciones vitales para la vida del contrato, en la medida que son la base de su identificación plena; de ahí que la doctrina exija que los mismos involucren obras completas, esto es, las que resulten plenas para el uso o disfrute de la comunidad. En este sentido, se rechazan los proyectos incompletos o que conduzcan a ejecuciones que no satisfagan las necesidades generales.”¹⁴⁶

En ese orden, en términos técnicos, ¿cómo se identifica preliminarmente un proyecto completo?: Para la doctrina un proyecto completo es aquel que se logre ejecutar de manera integral susceptible de perfecto uso y disfrute por parte de los destinatarios de la obra¹⁴⁷.

¹⁴⁴ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., p. 150

¹⁴⁵ VILLAR Palasi y VILLAR Ezcurra. *Principios de Derecho Administrativo*. p. 157, citado por SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., p. 153

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 152

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 152

En oposición con lo anterior, un proyecto incompleto sería entonces, aquel proyecto fraccionado en su objeto, que por sí solo no conduce a la entrega, uso y disfrute del bien u obra, afectando desde el inicio todo el proceso de contratación:

“(...) Adviértase que el elemento clave para entender la existencia de un proyecto verdadero con incidencia en el contrato del Estado es que podamos calificarlo de completo, porque éste, realmente, proporciona la totalidad de elementos para analizar de tal manera el objeto del contrato que se pueda deducir no sólo su complejidad sino también, por ejemplo, el valor del mismo para saber qué tipo de procedimiento de escogencia de contratistas debe adelantar la Administración. Un proyecto indebidamente elaborado puede conducir a agotar un procedimiento de escogencia que realmente no corresponde.”¹⁴⁸

Frente a la plenitud de los estudios y la obtención de una perspectiva global de lo que la Administración necesita, el doctor *Juan Carlos Expósito Vélez* señala, que la realización del estudio técnico y en general del estudio previo de forma completa, evitara el fraccionamiento del objeto, posibilitando la aplicación de los principios de economía y transparencia.¹⁴⁹ Se menciona de forma particular para los contratos de obra, que de manera sólo excepcional, podría presentarse la necesidad de contratos adicionales, derivados de una imprevisión relacionadas con la obra principal, y que sean indispensables para que la obra cumpla con la finalidad para la que fue contratada, acudiendo igualmente al principio de la Administración compulsoria, según el cual, toda actuación que inicie la Administración debe ser concluida:

“(...) Así lo que puede presentarse –en todo caso de forma excepcional- es la figura de los contratos adicionales, para prestaciones no previstas en los ítems de la obra principal y que son necesarias para la completa y cumplida ejecución del contrato; pero su aplicación debe derivar de una total imprevisión, que se escape de cualquier análisis preliminar del objeto contractual, y en casos en los que, sin la utilización de este mecanismo, el contrato principal carecería de sentido; por lo que para cumplir con el fin de una contratación y en virtud del principio de la

¹⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., pp. 152-153

¹⁴⁹ Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit., pp. 592.

Administración compulsoria, el contrato sea desarrollado y cumpla con la función para la cual fue celebrado.”¹⁵⁰

El parámetro de planeación técnica, es decir, el conocimiento y estudio del proyecto e identificación del objeto a ejecutar, no solo es esencial para determinar el alcance del mismo, sino que de su identificación depende el establecimiento racional y eficiente de los recursos públicos, siendo la finalidad de la contratación la atención óptima de las necesidades públicas¹⁵¹:

“En este orden de ideas la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos son indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones de validez y de otra parte para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurrirse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto”¹⁵²

Este ítem específico de la planeación, es decir, la elaboración completa y adecuada de los planos y proyectos, y derivado de lo anterior, la elaboración determinada del presupuesto, posibilita también a los contratantes conocer y estructurar propuestas que lleven a feliz término el objeto contractual, evitando confusiones y permitiendo el control de la obra, así como la administración de los recursos:

“(…) es importante resaltar que la ley exige que la descripción del objeto a contratar sea claro y preciso, que se describan de manera detallada las especificaciones técnicas de la obra, bien o servicio a adquirir, al punto que no se preste para confusión a los posibles oferentes y estos puedan confeccionar una propuesta que cumpla con las expectativas de la Entidad.”¹⁵³

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 592.

¹⁵¹ GUZMÁN ARROYO. *Ob. cit.*, p. 238

¹⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C.: 25.02.2009. Expediente: 1579. *Ob. cit.*

¹⁵³ GUZMÁN ARROYO. *Ob. cit.*, p. 238

“(…) Especial comentario merece la necesidad de concluir con toda seriedad y ponderación los correspondientes estudios técnicos (planos, especificaciones técnicas, diseños y estudio de cantidades y unidades de la obra requeridos), puesto que será con base en ellos que los proponentes calcularán el valor y el tiempo ofrecidos, al paso que determinan una serie de aspectos de las licitaciones, tales como la capacidad y especialidad exigida, los equipos mínimos, las experiencias anteriores, etc.”¹⁵⁴

Igualmente, la realización del estudio técnico, e identificación del objeto a contratar, permitirá también a la entidad establecer la oferta más favorable, dando cumplimiento al principio de selección objetiva:

“Es solo a partir de la plena identificación de los requerimientos técnicos y especificaciones cualitativas y cuantitativas que habrán de integrar el objeto contractual, que podrá establecerse cuál es la oferta más favorable; de ahí que si no se realizan los estudios y análisis dirigidos a establecer los requerimientos exigidos para suplir la necesidad emergida, resultará imposible cristalizar la selección objetiva, pues lógicamente no resultaría viable acoplar la noción de ofrecimiento más favorable a la satisfacción de una necesidad pública que no está debidamente identificada”¹⁵⁵

La plena identificación del objeto a contratar, si bien, va encaminado principalmente a la estructuración de un proyecto completo, funcional y que satisfaga la necesidad inicial -es decir, que tienda al cumplimiento efectivo del mismo-, también se dirige a la racionalización del gasto público, ya que un buen estudio de pre factibilidad, factibilidad, diseños, planos, estudios de cantidades de obra, etc. -la identificación precisa de las especificaciones-, garantiza o reduce en gran medida fracasos y por consiguiente mayores costos por improvisaciones en la ejecución.¹⁵⁶

¹⁵⁴ ESCOBAR HENRIQUEZ, Álvaro B. *El Contrato Estatal de Obra*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, año 2000. p. 331.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A. C.P.: DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá: 11.06.2014. Exp.: 34649. Sentencia 2000-01764, Rad.: 760012331000200001764 01. Actor: Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial CODETER. Demandado: Municipio de Yumbo. [Referencia: contractual - apelación sentencia].

¹⁵⁶ ESCOBAR HENRIQUEZ. Ob. cit., p. 331.

Lo que exige el legislador para el efecto, es que la entidad, una vez identifique la necesidad, como segundo paso, identifique plenamente el objeto del contrato, que técnicamente estudie todas las variables, su alcance, sus especificidades, su contexto, su viabilidad, su impacto, las obras complementarias, etc. Que conozca el objeto como si la entidad misma fuera a ejecutar la obra:

*“(..). Obsérvese que el legislador le traslada la obligación perentoria e inobjetable, a los responsables de la contratación pública de cada entidad estatal, de seleccionar, definir y **perfeccionar los objetos a contratar a través de estudios, diseños y proyectos, de manera que se puedan visualizar sus más profundas intimidades**, con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar los pliegos de condiciones, o términos de referencia, al igual que los parámetros sobre los cuales se irán a comparar o evaluar las propuestas. Aspira el legislador a que la Administración posea la información y conozca cada uno de los aspectos y la problemática del objeto a contratar de forma tan amplia como si ella misma lo fuera a ejecutar. En otras palabras, **la Administración debe estar en la capacidad técnica de armar y desarmar el objeto del contrato con sus ojos vendados**; y esto es así no sólo porque el legislador le entrega a la Administración todo el tiempo necesario para elaborar, diseñar e idear el objeto del contrato, sino también porque a través de ese objeto contractual se va a poner en juego el patrimonio público.”¹⁵⁷ Negrilla fuera del texto.*

Es importante en el tema de la planeación en la etapa precontractual, la modificación efectuada por la **Ley 1474 de 2011**, en cuanto modificó el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, de maduración de proyectos, reafirmando el deber de las entidades públicas de contar, previo a la apertura del proceso, con los estudios técnicos y demás documentos necesarios para definir el objeto y alcance de la obra que se va a contratar, adicionando para el caso que nos ocupa, establecer dentro del mismo estudio técnico los impactos que puede llegar a generar, tanto ambientales, como sociales y económicos, además de la obligación de contar con la interventoría correspondiente. De tal manera que el estudio técnico ya debe ir mucho más allá de la plena identificación del objeto, pues debe

¹⁵⁷ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*. Ob. cit. pp.150-177. En el mismo orden, es estudiado también por el Doctor EXÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit. pp. 150-151.

abarcar la generación que tanto la estructuración, como la ejecución y la puesta en marcha de la obra va a ocasionar en el contexto donde será desarrollada.

En resumen, en materia de obra pública, pese a su complejidad, los estudios previos deben ser lo más precisos posible, con el fin de determinar el objeto del contrato, estructurar proyectos completos, establecer las obligaciones recíprocas, racionalizar el gasto, determinar el valor del contrato o valor estimado según el caso, estructurar de manera adecuada las ofertas, establecer las modalidades de pagos, el esquema de distribución de riesgos, los elementos jurídicos necesarios, entre otros.

La identificación técnica del objeto constituye entonces, el núcleo esencial de los estudios previos, que garantiza en mayor grado el éxito o el fracaso de los mismos, pues un error en la identificación y alcance de dicho objeto y del contexto en el que se va a desarrollar, influye tanto en los aspectos jurídicos como económicos y por supuesto en la ejecución del contrato.

En ese orden, pese a que en los contratos de obra pública, de manera general es frecuente que no se conozcan desde el comienzo por ejemplo las reales cantidades de obra que se deben ejecutar para completar el objeto contractual, siendo un contrato complejo en su estructuración y ejecución, la planeación en la elaboración de estudios previos va encaminada principalmente a establecer el objeto del contrato, para a partir de ahí, identificar por ejemplo la desagregación por capítulos o ítems de obra y el precio unitario de cada uno –en caso de contrato a precios unitarios-; a establecer los procedimientos para el reembolso de los verdaderos costos de ejecución y el porcentaje de honorarios –contrato de administración delegada-; a establecer la metodología para el financiamiento de la obra con recurso propios, la periodicidad de los reembolsos sobre los gastos efectuados, el reconocimiento de honorario –reembolso de gastos-; entre otros aspectos que permitan identificar el valor estimado.

Si bien no se pretende que no existan variaciones durante la ejecución de la obra, porque hace parte de la naturaleza del mismo la presentación de dificultades que impiden la previsión de todas las contingencias que se puedan llegar a presentar, las mismas no deben ser resultado de deficientes estudios sino que deben obedecer a aquellas circunstancias que en un estudio previo diligente no podrían identificarse, se reitera, contingencias especiales.

2.4.3. Planeación Jurídica.

El numeral 2° del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que contiene los mínimos requeridos para la elaboración de estudios previos, junto con la exigencia de planeación técnica, hace referencia igualmente a la **planeación jurídica**, entendida -para efecto de la presente investigación- como la obtención de autorizaciones, permisos y licencias necesarias, previo a la apertura del proceso de selección, de conformidad con la identificación del objeto a contratar. La inclusión en el numeral segundo, de la obtención de licencias, autorizaciones y permisos, fue incorporada de manera útil en el Decreto 1510 de 2013, derogado por el Decreto 1082 de 2015, que transcribió íntegramente los elementos mínimos que establecía el decreto anterior.

No obstante, desde antes de su consagración expresa dentro de los elementos mínimos que deben contener los estudio previos, la doctrina y la jurisprudencia ya reconocían la importancia del cumplimiento de las **exigencias jurídicas**, que junto con el elemento de planeación técnica, implican gran relevancia en materia de planeación, especialmente para los contratos de obra pública, de tal manera que previo a la celebración del contrato se conozcan las exigencias legislativas existentes para poder cumplir con el objeto contractual, esto es, tener claro y adelantados los trámites a que haya lugar:

“(..). Se pretende, a través de este importante elemento de planeación, preservar el principio de legalidad, de manera tal que la Administración, desde antes del inicio de los procedimientos de escogencia de contratistas, establezca el marco de

*exigencias legislativas tendientes a su habilitación para poder actuar y cumplir los cometidos estatales con plena sujeción al ordenamiento jurídico.*¹⁵⁸.

Tal como lo señaló el doctor *Ernesto Matallana Camacho*, en su obra "*Manual de Contratación de la Administración Pública, Reforma de la ley 80 de 1993*", es importante tener en cuenta las normas especiales que existen para cada materia, pues las mismas se convierten en herramientas para dar cumplimiento no solo a la elaboración de los estudios previos sino a la ejecución misma del contrato, acarreando su inobservancia implicaciones tanto disciplinarias como sobre la elaboración del presupuesto oficial.¹⁵⁹

De tal manera que el cumplimiento de este elemento de planeación en la etapa precontractual se convierte en un componente imprescindible para la realización de la obra, encontrándose igualmente el establecimiento de normas administrativas que deben ser cumplidas para poder ejecutar y poner en funcionamiento el bien a la comunidad.¹⁶⁰

Como particularidad del contrato de obra pública en cumplimiento a este parámetro de los estudios previos, es prioritario tener presente la regulación especial que rige sobre la materia, y remitirse a dicha legislación, estructurando los estudios a partir de todo el sistema jurídico, identificando los términos y requisitos que se establecen.

¹⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., p. 174

¹⁵⁹ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual De Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Reforma de la Ley 80, 3ª ed., marzo de 2013. p 189

¹⁶⁰ EXÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Ob. cit., p. 601.

Por ejemplo, la guía de obra pública¹⁶¹ de la Agencia Nacional de contratación pública – Colombia Compra Eficiente-, establece un listado de aspectos normativos a tener en cuenta para esta tipología contractual, dentro de los que se encuentran:

- ✚ Licencias y obligaciones ambientales
- ✚ Licencias urbanísticas y cumplimiento de los planes de ordenamiento territorial.
- ✚ Normas de protección del patrimonio histórico y cultural.
- ✚ Asuntos relativos al desarrollo territorial, expropiación y manejo de temas prediales.
- ✚ Asuntos tributarios.
- ✚ Movilidad
- ✚ Servicios públicos domiciliarios.
- ✚ Manejo de comunidades.

No obstante la identificación de los temas y tenerlos determinados por ejemplo por tipología contractual, los mismos se encuentran regulados en diferentes leyes o decretos, los cuales dentro del estudio previo a realizar deben ser verificados y corroborado su cumplimiento. Dentro de la normatividad aplicable para los contratos de obra pública, se encuentran las siguientes exigencias normativas a tener en cuenta, previa la apertura del proceso de selección:

	Ley 99 de 1993 ¹⁶³	Artículo 49º.-" De la Obligatoriedad de la Licencia Ambiental. La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y
--	-------------------------------	--

¹⁶¹ URL: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-obra-publica> Ob. cit p. 4-5

¹⁶³ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 99 de 1993. Ibíd.

Licencia ambiental ¹⁶²		los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental.”
	Decreto 2150 de 1995 ¹⁶⁴	<p>Artículo 132º.-" De la licencia ambiental y otros permisos. La Licencia Ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y concesiones, de carácter ambiental necesario para la construcción, desarrollo y operación de la obra industria o actividad. La vigencia de estos permisos será la misma de la Licencia Ambiental.</p> <p>El Ministerio de Medio Ambiente establecerá los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de la licencia ambiental.”</p>
Licencias de urbanismo y construcción	Decreto 2150 de 1995	ARTÍCULO 49. "(...) Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización, parcelación para construcción de inmuebles y de terrenos en las áreas urbanas y rurales, se deberá obtener licencia de urbanismo o de construcción, las cuales se expedirán con sujeción al plan de ordenamiento físico que para el adecuado uso del suelo y del espacio público, adopten los concejos distritales o municipales.”

¹⁶² “Se entiende por Licencia Ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.” COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 99 de 1993, “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 41.146, de 22 de diciembre de 1993. Artículo 50.

¹⁶⁴ COLOMBIA. Decreto 2150 de 1995, “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”. Diario Oficial No. 42.137 de 6 de diciembre de 1995.

Licencias urbanísticas	Decreto 19 de 2012 ¹⁶⁵	<p>ARTÍCULO 182. LICENCIAS URBANÍSTICAS. Los numerales 1 y 7 del artículo 99 de la ley 388 de 1997, quedarán así:"1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento.</p> <p>ARTÍCULO 183. CUMPLIMIENTO DE NORMAS TÉCNICAS. El artículo 2 de la ley 400 de 1997, quedará así: "Artículo 2. Alcance. Las construcciones que se adelanten en el territorio de la República deberán sujetarse a las normas establecidas en la presente ley y en las disposiciones que la reglamenten.</p> <p>Corresponde a las oficinas o dependencias distritales o municipales encargadas de conceder las licencias de construcción, la exigencia y vigilancia de su cumplimiento. Estas se abstendrán de aprobar los proyectos o planos de construcciones que no cumplan con las normas señaladas en esta ley o sus reglamentos.</p> <p>La construcción deberá sujetarse estrictamente al correspondiente proyecto o planos aprobados."</p>
------------------------	-----------------------------------	--

¹⁶⁵ COLOMBIA. Decreto 19 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública". Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012

Igualmente en el **artículo 192 del Decreto 19 de 2012** se establece el régimen especial en materia de licencias urbanísticas, relacionado con el trámite de estudio y expedición de la misma, y el **Decreto 1077 del 26 de mayo de 2015**¹⁶⁶ “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*”, en su Título 6, establece la implementación y control del Desarrollo Territorial, capítulo 1, licencias urbanísticas.

La **Ley 397 de 1997**¹⁶⁷ **por su parte** regula la preservación de bienes culturales, públicos o privados, mientras que la **Ley 142 de 1994**¹⁶⁸, en su artículo 25, establece la obligatoriedad de obtener previamente los permisos, concesiones y demás autorizaciones que garanticen la debida prestación de los servicios públicos.¹⁶⁹

De tal suerte que el cumplimiento del objeto contractual y de los plazos establecidos en el contrato, dependen en gran medida de la correcta elaboración de estudios previos, específicamente en el tema de planeación técnica y jurídica, pues es dable prever, una vez identificado el objeto, las licencias, permisos y autorizaciones que se requieren, y emprender por parte de la entidad los trámites necesarios para su consecución y viabilidad.

Finalmente, para concluir el presente capítulo, es útil a efectos de la investigación, señalar lo desarrollado por la Agencia Nacional de contratación pública –Colombia Compra

¹⁶⁶ COLOMBIA. **Decreto** 1077 del 26 de mayo de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*”

¹⁶⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 397 de 1997 “*Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias*”. Diario Oficial No. 43102, de 7 de agosto de 1997.

¹⁶⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 142 de 1994 “*Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias*.” Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994.

¹⁶⁹ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit., p. 176

Eficiente-, en la guía de obra pública ya referida, relacionado con la planeación en la etapa precontractual para esta tipología, de la siguiente manera:

“Las Entidades Estatales deben identificar la necesidad e incluirla en el Plan Anual de Adquisiciones. También deben elaborar los estudios técnicos que son los análisis necesarios para establecer la viabilidad del proyecto en cuanto corresponde a (i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial.”¹⁷⁰

En cuanto a los estudio técnicos se indican en el Manual los siguientes¹⁷¹:

- ✚ Descripción general del proyecto.
- ✚ Anexo técnico.
- ✚ Población beneficiada.
- ✚ Estudios geológicos y geotécnicos cuando apliquen.
- ✚ Estudios hidrológicos, hidráulicos y de drenaje cuando apliquen.
- ✚ Estudio de la situación actual y proyección de uso futuro de la obra para la previsión del mantenimiento.
- ✚ Diseño.
- ✚ Estructuración de la distribución predial con base en información catastral.
- ✚ Análisis ambiental.
- ✚ Identificación de factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos que afectan la normal ejecución del proyecto y propuesta de mitigación de la afectación.

¹⁷⁰ URL: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-obra-publica> Ob. cit p. 5

¹⁷¹ Ibid. p. 6

- ✚ Costo estimado y plan de manejo económico y financiero, teniendo en consideración el origen de los recursos.

En este orden de ideas, y de lo descrito frente al contenido de los estudios previos, las particularidades del contrato de obra pública, y la planeación técnica y jurídica que resulta trascendental para la estructura, ejecución y puesta en funcionamiento de este tipo de objetos contractuales, se observa que los requisitos mínimos exigidos, en principio, parecieran completos, por cuanto constituyen directrices generales para su ejecución.

Adicional a lo anterior, el desarrollo que de los elementos o estudios ha realizado la jurisprudencia, la doctrina y ahora la Agencia de Contratación Pública, permiten a las entidades establecer y detallar cada una de las particularidades que se deben tener en cuenta para garantizar un proyecto completo y racionalizar el gasto público.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, de estar regulada la planeación en la etapa precontractual de manera minuciosa, y de tener la Administración el deber de dar cumplimiento a los requisitos técnicos y jurídicos exigidos en dicha normatividad para que el contrato nazca en condiciones de validez¹⁷², la concepción frente a su cumplimiento tiende a ser formal, ya que como se entrará a analizar en lo establecido por la jurisprudencia ante la falta de planeación y de algunos casos mencionados en el acápite correspondiente al ejercicio precontractual de entidades públicas, precisamente son estos aspectos los que presenta mayor grado de falencias, a pesar de haberse cumplido aparentemente con la elaboración de estudios:

“Pasan por encima de los estudios previos con una rapidez que nadie se imagina que puede estar pasando. Se cumple formalmente con los estudios previos, cuando no se han dado cuenta de la trascendencia que tiene en la estructuración de los negocios públicos cumplir cabalmente de manera material, razonada, con

¹⁷² Cfr. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C.: 25.02.2009. Expediente: 15797. Ob. cit.

*todas las exigencias que establecen las disposiciones tendientes a la estructuración de los negocios del Estado*¹⁷³

Algunos autores han señalado, que tratándose de contratos de obra pública, se requieren tener en cuenta particulares **especiales**; tanto así, que se afirma respecto a la planeación de dichos contratos, que ésta implica más que el cumplimiento de lo señalado en la normatividad por tener una finalidad superior:

*“La planeación del contrato de obra, implica mucho más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública (Santofimio, 2009), porque tiene una finalidad material y social superior, **que excede las fórmulas jurídicamente establecidas**, toda vez que las obras contratadas deben ser las que se requieren en atención a unos planes de desarrollo vigentes que consideren cuáles son prioritarias, que existan los recursos para su plena ejecución y que no se inicien obras que no se puedan concluir, que se pague por ellas lo justo de acuerdo al mercado, que se cuente con los estudios previos necesarios, realizados en términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de las finanzas públicas y, además, que se entreguen al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde con su funcionalidad (Rave, 2008).”¹⁷⁴*

El anterior análisis, es decir, el reconocimiento de que el contrato de obra pública contiene particularidades en su planeación que exceden las fórmulas jurídicamente establecidas, quedará abierto en el presente capítulo y será desarrollado a lo largo de la investigación. Esto, porque previo a sacar conclusiones respecto al asunto, es importante determinar las causas o mayores motivos por las cuales se falla en la planeación en materia contractual, así como el análisis del ejercicio precontractual de las entidades, entre otros aspectos que enriquecerán el debate.

¹⁷³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. “El cambio normativo y la afectación de las ecuaciones contractuales”. en *Revista de Economía Colombiana: “La infraestructura en Colombia. Vicisitudes del Régimen Contractual”* n.º 332. Bogotá: Contraloría General de la Republica. pp. 25

¹⁷⁴ APONTE DÍAZ. Ob. cit., pp. 177-207.

CAPÍTULO 3

FALTA DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Como se mencionó en la introducción de la presente investigación, una de las principales casusas de la falta de planeación en la etapa precontractual¹⁷⁵, encontró como origen, la inadecuada o inexistente elaboración de los estudios previos, razón por la cual se convirtió en el objeto de estudio, buscando examinar sus elementos y establecer mediante la jurisprudencia y la práctica, si desde ese periodo hasta la actualidad, dicha causa se mantiene y cuáles son sus consecuencias.

Al respecto, en el capítulo anterior, se abordó la normatividad existente frente a la exigencia legal de elaboración de estudios previos como materialización del principio de planeación, sus elementos mínimos, su trascendencia y sus particularidades frente al contrato de obra pública, que por su complejidad, conlleva una especial atención en materia de planeación técnica y jurídica, presentando un sin número de requisitos que se deben tener en cuenta para el cumplimiento del objeto contractual. Sin embargo, se dejó enunciado también al terminar dicho análisis, que pese a contener la normatividad las exigencias mínimas detalladas a su vez por la jurisprudencia, algunas entidades públicas por el contrario, se caracterizan por la apertura de procesos y celebración de contratos sin los correspondientes estudios, o realizados de manera superficial, es decir, por la falta de planeación en la etapa precontractual.

En ese orden de ideas, el presente capítulo examinará cómo algunas entidades públicas evaden el principio de planeación; cómo en algunos casos se adelantan procesos de

¹⁷⁵ MONTENEGRO, Santiago [Director]. *Manual de Buenas prácticas para la Gestión Contractual Pública*. Ob. Cit.

selección “cumpliendo” aparentemente con los elementos mínimos requeridos -enunciando ejemplos prácticos abordados por la jurisprudencia-; cómo se puede evidenciar dicho incumplimiento del deber legal de planeación en la etapa precontractual; en qué momento genera mayor impacto su omisión; cuál es su consecuencia inmediata -anticipando que entre otros aspectos, lo que genera como consecuencia la falta de planeación son unos sobrecostos irónicamente “previsibles” (en determinados casos)-; ¿por qué se consideran dichos sobrecostos un daño antijurídico?; el análisis de si todos los sobrecostos son negativos o antijurídicos; entre otros aspectos relacionados con los contratos de obra pública objeto de investigación.

Sea lo primero señalar que la falta de planeación puede ser observada desde el momento mismo de la apertura del proceso de selección, que, a pesar de contener un documento denominado “*estudios previos*” no conlleva en su clausulado por ejemplo, requisitos objetivos para la escogencia del contratista, o presenta de forma general o vaga la necesidad a satisfacer, el presupuesto y las especificaciones técnicas, así como la inclusión de cláusulas generales, imprecisas o confusas, entre otras. Estos últimos aspectos permiten identificar como primer filtro una evidente falta de planeación:

“(...) indicios sobre situaciones anómalas, producto del desconocimiento al principio de planeación en cuanto a su componente técnico, pueden advertirse cuando se producen situaciones negativas respecto de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 24 de la ley 80 de 1993; esto es, cuando en los pliegos o términos de referencia no se incluyen requisitos objetivos para la escogencia de contratistas, porque sencillamente se improvisó en los mismos, o se incluyen reglas incompletas, o costos que no coinciden con los precios del mercado, o las calidades de los bienes o servicios no resultan claras o coherentes con los intereses de la comunidad, o se incluyen reglas que inducen a error por ser abiertamente improvisadas.”¹⁷⁶.

Podría decirse, que por regla general, la improvisación resulta evidente y puede advertirse preliminarmente de la simple lectura del documento de estudios previos, encontrándose

¹⁷⁶ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*. Ob. cit. p. 151.

contradicciones, que empiezan desde errores básicos como ortográficos, gramaticales, de digitación, hasta encontrarse errores aritméticos en los costos, en la descripción del bien o servicio, en las especificaciones técnicas, entre otros yerros de mayor envergadura.

Ahora bien, es importante advertir, que aunque la falta a falla de planeación afecta el proceso mismo de contratación desde su formación¹⁷⁷, dicha falla se observa de manera ostensible o genera un mayor impacto en la fase de cumplimiento de las obligaciones recíprocas, es decir en la ejecución del contrato, de tal suerte que muchos procesos de selección pasan su etapa previa sin connotación negativa alguna, pues los errores se exteriorizan a futuro, en la etapa contractual:

“(...) La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización. [...]”¹⁷⁸

De ahí que se encuentren en la práctica algunos contratos que no cumplen el objeto para el cual se suscribieron u obras inconclusas. No obstante, aunque las dimensiones de la falta de planeación se observan en mayor medida en la ejecución del mismo, no quiere decir que no existan consecuencias también en la etapa de formación, por lo que un buen análisis de los documentos previos ayuda a minimizar el impacto negativo que tendría en el futuro el contrato o eliminarlo en el mejor de los casos.

¹⁷⁷ “La omisión por parte de la entidad pública de elaborar los estudios, planos y diseños, especificaciones técnicas y pliegos de condiciones, o su preparación en forma incompleta, errónea o ambigua, impedirán posteriormente la comparación objetiva de las propuestas, lo que debe conducir a que la licitación se declare desierta;(...)” ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 233.

¹⁷⁸ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: 31.08.2006. Exp. 14287. Ob. cit.

El doctor *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*, al referirse a la planeación y concretamente a la ausencia de esta en la contratación pública, ha venido señalando de manera importante lo siguiente:

“La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.”¹⁷⁹

La jurisprudencia Colombiana ha señalado de manera clara, que la falta de realización de estudios previos, y a su vez de planos y proyectos por parte de las entidades públicas, son una clara violación al principio imperativo de planeación en la etapa precontractual, que generan como resultado en determinados casos, daños antijurídicos, revelados en su mayor parte durante la ejecución del contrato, con la generación de mayores cantidades de obra, paralización de la misma y sobre costos:

“Cabe mencionar que la falta de realización de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración, repercute no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, por cuanto ocasiona graves problemas y obstáculos que pueden impedir el desarrollo de las obras o paralizarlas, además de que elevan su valor por las mayores cantidades y especificaciones técnicas a las inicialmente convenidas. Por eso, la inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento les resulta imperativo en el desarrollo de la actividad contractual, además de los principios de buena fe y equivalencia de las prestaciones y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual por esa omisión, siempre y cuando se demuestren los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit. p. 148. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

¹⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C.: 31.08.2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: Pavicon LTDA. Demandado: departamento de Cundinamarca. Referencia: Acción de controversias contractuales.

Ahora bien, la falta o falla de planeación, traducida en la elaboración incompleta o inadecuada de estudios previos, de manera particular, conlleva una mayor trascendencia en contratos como los de obra pública, pues como se ha reiterado, su ausencia genera como consecuencia paralización de obras, mayores cantidades, cambios de ítems, modificaciones técnicas y económicas, entre otros aspectos que terminan afectando no sólo a la administración, sino también al contratista, y como lo señalaba el doctor Santofimio, al erario público, es decir, al interés general:

“La falta de los estudios previos se traduce en un mayor valor del contrato, que necesariamente se imputara al tesoro público, por las mayores erogaciones y gastos que deberá asumir el contratista, derivados de una mayor permanencia en el lugar de los trabajos, con los sobrecostos que esta situación genera en gastos de administración, mano de obra, maquinaria y equipo, incremento de los costos de los factores determinantes del precio, etc. Además, los cambios y modificaciones de los diseños y especificaciones técnicas se reflejan en la necesidad de realizar obras adicionales que encarecerán la ejecución del proyecto. Estos problemas colocan a la administración y a su colaborador privado ante una razonable imposibilidad de ejecutar el contrato, cuando no se frustra la realización del proyecto por dificultades técnicas que pudieron conocerse anticipadamente.”¹⁸¹

Recapitulando lo anterior, podría afirmarse que la falta de planeación, en términos generales, afecta a las tres partes involucradas en el contrato estatal: por un lado **1)** el contratista, que si bien debe colaborar y detectar la falta de planeación -cuando le sea posible detectarla-, a su vez tiene derecho también a tener un contraprestación económica razonable, por el mismo fundamento por el que se le endilga responsabilidad a la hora de suscribir contratos mal planeados; **2)** la entidad pública que falló en la planeación y debe ajustar el presupuesto y tramitar los recursos suficientes para el cumplimiento del contrato, además de las responsabilidades individuales que deben enfrentar tanto el representante legal como los funcionarios encargados; y finalmente la parte más importante que resulta afectada termina siendo **3)** la comunidad, titular de los recursos públicos, quienes tienen derecho a una buena administración de los mismos, a que se cumplan los fines consagrados constitucionalmente y la prevalencia del interés general. Todo lo anterior representa una gran responsabilidad en cabeza del Estado, toda vez que debe actuar con

¹⁸¹ ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 71

un alto grado de eficiencia y eficacia, garantizando la protección de los recursos públicos, siendo cuestionable cualquier conducta contraria que evidencie falta de planeación.¹⁸²

Con el anterior panorama, una mala elaboración de estudios previos, generaría prácticas indebidas, que no solo estarían induciendo yerros al futuro contrato, sino que también producirían inconvenientes en el proceso de selección, ocasionando por ejemplo revocatoria de actos administrativos, declaratorias de desierto del proceso, conllevando por supuesto, adicionalmente consecuencias disciplinarias, administrativas y/o penales, mayores costos o mayor permanencia de obra, estando con dicha omisión de planeación contradictoriamente planificando el fracaso del objeto contractual¹⁸³.

Es importante en este punto precisar, que a lo que aquí se hace referencia es a lo que la jurisprudencia ha llamado **responsabilidad subjetiva a título de culpa, por la falta de entrega de los estudios, planos y proyectos por parte de la administración**, diferente a la responsabilidad objetiva de la teoría del equilibrio financiero del contrato por sujeciones imprevistas, teniendo en cuenta que se trata en este caso sobre la falla en el principio de planeación de la etapa precontractual¹⁸⁴. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dejado clara esta distinción:

“(...) situación que reviste una connotación diferente es cuando la administración la entidad pública omite realizar o entregar los estudios de suelos o del terreno en donde se realizará la obra, siendo su obligación contractual, pues allí compromete su responsabilidad a título de culpa por incumplimiento o infracción del contrato,

¹⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ. Bogotá D.C.: 19.06.1998. Exp. 10439.

¹⁸³ DEIK ACOSTAMADIEDO. Ob. cit., p. 69.

¹⁸⁴ Algunos autores como Matallana Camacho plantean como hipótesis que “*la ausencia de adecuados estudios previos puede ser una causa imputable a la Administración que genera **desequilibrio económico** de los contratos administrativos y su nulidad*”. Si bien los contratistas en muchos de los casos presenta propuestas artificialmente bajas con el fin de obtener la adjudicación de los contratos, para luego reclamara mayores valores por la ejecución del contrato, parte de la responsabilidad de que ello suceda se encuentra en el incumplimiento por parte de las entidades estatales de su obligación de elaborar unos adecuados estudios previos, en concordancia con el deber de evaluar la conveniencia del contrato de conformidad con los planes y programas de desarrollo económico y social. Negrilla fuera del texto. MATALLANA CAMACHO. Ob. cit., p. 421.

en el evento en que se presenten problemas o inconvenientes en su ejecución derivados de situaciones materiales que pudieron ser previstas o advertidas mediante su elaboración salvo que se trate de un riesgo asumido en el negocio jurídico por el constructor o de contratos cuyo objeto sea la construcción o fabricación exclusivamente con estudios y diseños de los proponentes. En este evento, el hecho imputable a la administración tiene su origen en el desconocimiento de los compromisos adquiridos en el contrato, de manera que no le resulta ajeno, lo que por tanto descarta una responsabilidad sin falta y objetiva como la denominada teoría de las sujeciones imprevistas. (...) Por eso la inobservancia de esta obligación por parte de la Administración infringe el principio de buena fe y la equivalencia de las prestaciones y, por tanto, hace incurrir en responsabilidad contractual por omisión.”¹⁸⁵.

Mediante Sentencia del 14 de marzo de 2013 (Exp. 20524), el Consejo de Estado reafirma la diferencia anteriormente señalada, al analizar un caso de inicio de obras 14 meses después de lo previsto, y en el que el demandante argumentaba un desequilibrio económico del contrato, toda vez que consideró que los hechos no le fueron imputables a él, circunstancia que le generaron, según afirmó, los correspondientes sobrecostos. No obstante para la Sala, los supuestos de hecho alegados no fueron constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de incumplimiento contractual.

En dicho pronunciamiento, efectivamente se determinó, que la entidad contratante incumplió las obligaciones a su cargo, toda vez que no hizo entrega oportuna de los planos y diseños al constructor, y se sustrajo además de la suscripción oportuna del acta de inicio de obra. De hecho, después de pasados tres meses de iniciado el término de ejecución, la entidad hasta ahora iniciaba el procedimiento administrativo tendiente a obtener la licencia de construcción, que fue expedida 10 meses después. Es decir que la entidad celebró el contrato sin contar previamente con la licencia correspondiente:

“(…) Sin duda alguna, las irregularidades que desencadenaron el incumplimiento contractual se comenzaron a gestar desde la etapa precontractual, pues la entidad

¹⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C.: 20.11.2008. Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031). Actor: Empresa Colombiana de Ingeniería Demandado: MUNICIPIO DE SABANETA (ANTIOQUIA) Referencia: Acción Contractual – Nulidad y Restablecimiento.

administrativa soslayó el principio de planeación previsto en el artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1983 (normatividad que rigió el proceso de selección del contratista en este caso), por cuanto no preparó de manera lógica, coherente y oportuna el proyecto constructivo y decidió adelantar el proceso de selección, tendiente a escoger el contratista que ejecutaría las obras estructurales del edificio, sin haber solicitado, siquiera, la licencia de construcción y sin tener los planos y diseños estructurales definitivos, según se desprende de la prueba allegada al proceso (ver numeral 6 de estas consideraciones). Una correcta planeación del proyecto implicaba que la entidad administrativa hubiera encomendado al contratista la consecución de la licencia de construcción y la elaboración de los planos y diseños estructurales o, en caso contrario, que hubiera iniciado el proceso de selección sólo cuando contara con éstos.”¹⁸⁶

En este caso, la falta de planeación trajo como consecuencia que la entidad pública incumpliera con las obligaciones a su cargo, de manera que los sobrecostos generados, de conformidad con lo señalado en la sentencia *“tienen origen en el comportamiento antijurídico de la entidad contratante, es decir, en el incumplimiento de la obligaciones contractuales a su cargo y no en la ruptura del equilibrio contractual determinado por la expedición de normas de carácter general, impersonal y abstracto, por el ejercicio de prerrogativas legales propias de la entidad contratante o por hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles que se ubiquen en la noción de imprevisión.”¹⁸⁷*

Para el caso que nos ocupa, la omisión de la entidad pública de cumplir adecuadamente con el principio de planeación se traduce en un incumplimiento contractual, por lo que *“(…) tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como*

¹⁸⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C.: 14.03.2013. Radicación: 760012331000199603577-01 Expediente: 20.524 Demandante: Jairo Antonio Ossa López Demandado: Superintendencia de Notariado y Registro - Naturaleza: Contratos.

¹⁸⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C.: 14.03.2013. Radicación: 760012331000199603577-01 Expediente: 20.524 Demandante: Jairo Antonio Ossa López Demandado: Superintendencia de Notariado y Registro - Naturaleza: Contratos.

efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.¹⁸⁸ Negrilla fuera del texto.

De tal manera que el incumplimiento del principio de planeación en la etapa precontractual, y concretamente en la adecuada y diligente elaboración de unos estudios previos, tiene como consecuencia ostensible o que genera mayor impacto, un daño antijurídico por la generación de sobrecostos. Circunstancia que se analizará con detalle a continuación, pues no es una regla general.

3.2. LOS SOBRECOSTOS Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO.

Tal como se referencio en el acápite anterior, una vez puntualizado que lo que aquí se estudia es el incumplimiento de la entidad pública respecto a la falta de planeación, se observa en la jurisprudencia reseñada, como efecto principal de dicho incumplimiento, la generación de un daño antijurídico a la parte contraria que ahora se entrara a analizar, por lo que resulta oportuno recordar previamente lo que el precedente jurisprudencial señala frente a la antijuridicidad y concretamente frente al daño antijurídico:

*“(...) La antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de **la no soportabilidad del daño por parte de la víctima**. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública*¹⁸⁹ Negrilla fuera del texto.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-254 de 2003.

La doctrina ha definido como daño antijurídico en el régimen de la responsabilidad contractual: “(...) *el detrimento o menoscabo del interés del contratista causado como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de la Administración Pública, sin que le asista el deber jurídico de soportarlo, por no existir una razón de justicia que lo obligue a soportarlo en su patrimonio.*”¹⁹⁰

La omisión del deber de planeación por parte de la administración, traducida por ejemplo en la no obtención de las exigencia jurídicas necesarias para poder ejecutar el objeto, o peor aún, en la no entrega de planos y diseños una vez suscrito el contrato, genera el inicio tardío de la obra o su paralización, con consecuencias directamente económicas no solo en contra del erario público sino también en contra del contratista, en determinados casos:

*“(...) iniciar el desarrollo de un objeto contractual sin la obtención de los correspondientes permisos o licencias puede acarrearle a la Administración no sólo sanciones de carácter pecuniario, como por ejemplo en materia urbanística, sino también graves detrimentos patrimoniales, cuando con ocasión de la ausencia de estas licencias la ejecución de los objetos contractuales deba paralizarse; paralización que tan solo puede ser imputable a su negligencia, lo cual puede dar pie para que se afecte la ecuación contractual en detrimento de los intereses del contratista y se generen mayores costos en el correspondiente contrato.”*¹⁹¹

Es importante mencionar, que dicha generación de daños antijurídicos como consecuencia de las actuaciones negligentes o improvisadas de la Administración pública o por sus omisiones, generan claramente responsabilidad de los funcionarios encargados, que puede ser de tipo patrimonial, fiscal, disciplinaria o penal.¹⁹²

¹⁹⁰ ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 521

¹⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos*. Ob. cit., p. 174.

¹⁹² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá D.C.:29.08.2007.; Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469).

Frente al daño antijurídico que se ocasiona al contratista por la falta de planeación de la entidad pública (incumplimiento contractual), la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho referencia a la retribución razonable a que éste tiene derecho y que se ha venido menoscabando, como consecuencia de la generación de mayores obras, o mayor permanencia en la obra en determinados casos, señalando lo siguiente:

“Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.”¹⁹³.

De tal manera que desde la suscripción del contrato, si existe una buena planeación, el provecho económico del contratista debe estar identificado y debe ser el mismo que se obtenga una vez se encuentre en ejecución el contrato, de tal manera que exista preservación de la ecuación financiera, siendo un criterio de equidad, justicia y garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas:

“(…) En otros términos, si bien el cocontratante debe soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, no tiene porqué asumir un riesgo anormal, que trastoque o altere de tal forma la economía del contrato ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente.”¹⁹⁴ (…) *“Incumplimientos de la administración, tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, **o no entregar oportunamente los terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra, pueden alterar la ecuación financiera del contrato** bajo la perspectiva de que usualmente dificultan el desarrollo de las prestaciones a la parte ofendida y generan mayores gastos y erogaciones para el contratista”¹⁹⁵* Negrilla fuera del texto.

¹⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C.: 31.08.2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Ob. cit.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.*

Un ejemplo de la anterior circunstancia fue la reportada en el laudo proferido el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal de arbitramento¹⁹⁶ constituido para dirimir las controversias entre Carlos Solarte Solarte y otros, y el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU, que condenó a este último por falta de planeación, debido a falla en los diseños que conllevo a la realización de obras adicionales no contempladas en el contrato inicial, deficiencia en los estudios previos, entre otros aspectos, todos estos relacionado con la construcción de las troncales de Transmilenio en la calle 26 y la carrera 10.^a. En el laudo arbitral referido, se encuentran afirmaciones tales como: “*equivocada concepción del proyecto*”, “*El diseño original no era viable geométricamente para la operación de los buses articulados*”, “*El proyecto construido resultó ser radicalmente distinto del previsto en los pliegos*”, entre otras expresiones.

El Consejo de Estado, igualmente, al estudiar la acción de controversias contractuales interpuesta en contra del Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de obras públicas¹⁹⁷, pese a que en esta ocasión no condenó por falta de planeación a la entidad demandada¹⁹⁸, si evidenció su ausencia en la etapa precontractual del contrato de obra N° 1-054, al no encontrar un estudio serio y completo acerca de la ubicación del objeto contractual (un puente), lo que generó el retraso de las obras y la paralización del proyecto, ocasionado por circunstancias que debieron preverse y evaluarse en el estudio de conveniencia y

¹⁹⁶ El Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 26 de febrero de 2014, confirmó el Laudo Arbitral referido. No obstante es importante mencionar, que la providencia de la alta Corporación no hizo de manera específica referencia al principio de planeación, toda vez que las causales invocadas por el IDU en el recurso extraordinario de anulación, estuvieron concentradas en la integración del litisconsorcio necesario. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: OLGA MELÍDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C: 26.02.2014. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101). Impugnante: Instituto de Desarrollo Urbano.

¹⁹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Dr. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá D.C: 13.11.2013. Rad.: 25000-23-26-000-1999-02430-01(23829). Actor: Pablo Gómez Silva, Demandado: Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Obras Públicas.

¹⁹⁸ Se confirmó la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2002 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

oportunidad. La razón por la que no se condenó a la entidad, no obstante evidenciarse la falta de planeación, tuvo que ver con la falta de pruebas que acreditará mayores costos como consecuencia del cambio del lugar.

En este punto de la investigación es importante mencionar lo siguiente: un gran porcentaje de las sentencias analizadas para la presente investigación, no condenaron al Estado por la falla en la planeación a pesar de evidenciarla y dejarla plasmada, ¿la razón? el 90% de los casos un tema probatorio:

“El Consejo de Estado en diversos pronunciamientos ha resaltado que no basta que se haya producido el incumplimiento del contrato por parte de la Administración Pública para que surja la responsabilidad patrimonial a su cargo, sino que es necesario que se verifique la existencia de los perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona. Además se requiere que el contratista acredite la cuantía del detrimento patrimonial, la que se determina con certeza mediante un dictamen pericial que realizan profesionales expertos en economía y administración de contratos, fundados en soportes objetivos (inversión de obras, costos del mercado, obras ejecutadas, etc.)”¹⁹⁹.

Aun así, se reitera, se observó en el análisis de las sentencias, la falla de planeación en la etapa precontractual, así no se logrará probar el detrimento, encontrándose que la mayoría de los casos se originaron por falla en los diseños, no consecución de licencias, entre otros aspectos relacionados con requisitos técnicos o jurídicos, necesarios para adelantar el proceso de contratación de obra pública.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, que la realización de una buena planeación en la etapa precontractual, independientemente de los inconvenientes que puedan surgir, sobre todo en la ejecución de los contratos de obra pública, minimiza la generación de sobre costos antijurídicos, y coadyuva a la defensa jurídica del Estado, al demostrarse la

¹⁹⁹ ESCOBAR GIL. Ob. cit., p. 524

gestión y previsión desplegada por la administración que contó con los estudios suficientes, serios y completos con anterioridad a la apertura del proceso de contratación:

“Ahora bien, en los eventos litigiosos derivados de la actividad contractual, la planeación es un factor que sirve para la defensa jurídica del Estado (Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección C 7 de marzo de 2011 Radicación n. °25000232600019970463801-20683). Toda vez que si se comprueba que la entidad contaba con un plan de obra y dispuso la partida presupuestal, aportó los estudios previos, los planos, la documentación para definir técnicamente los requerimientos a contratar e hizo la correspondiente apertura del proceso licitatorio, y se da por comprobado que cumplió con todas las exigencias en materia de planeación, es posible que sirva para la exoneración de responsabilidad desde el punto de vista jurídico formal, cuando el funcionario demuestra que su actuar fue ajustado a Derecho, pero en términos objetivos, el análisis deviene en más sencillo, pues basta con verificar in situ si las obras existen y si están funcionando, de manera adecuada con base en el objetivo propuesto al momento de su contratación.”²⁰⁰

Los casos revisados contenidos en la jurisprudencia referenciada, evidencian la celebración de contratos en contravía de las disposiciones legales que abarcan el principio de planeación en la etapa precontractual, aparentando su cumplimiento en la elaboración de “estudios” que resultan evidentemente insuficientes. En algunos casos la ausencia de los mismos resulta más evidente que en otros, pero tratándose de obra pública, su suficiencia o insuficiencia puede ser corroborada ocularmente. Adicional a lo anterior, se observa en la jurisprudencia referida, que en la mayoría de los casos –aun cuando resulta difícil probarlo– la falta de planeación en la etapa precontractual genera como consecuencia principal la generación de sobrecostos, produciéndose así un daño antijurídico. No obstante, tratándose de contratos de obra pública, estos sobrecostos deben ser determinados de conformidad con la modalidad y forma de pago pactada.

²⁰⁰ APONTE DÍAZ. Ob. cit., p. 198

3.2.1. Reconocimiento de mayores cantidades de obras que no generan sobrecostos antijurídicos.

Una aclaración pertinente en este apartado de los sobrecostos y el daño antijurídico, tiene que ver con los “sobrecostos permitidos” en los contratos de obra pública suscritos bajo la modalidad de precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos.

Como se señalaba en capítulos anteriores, la complejidad del contrato de obra conlleva a que no se conozca o no se pueda prever desde la etapa de planeación las reales cantidades de obra que se necesitan para cumplir con el objeto, por lo que frecuentemente se utilizan las modalidades mencionadas para estructurar y suscribir los mismos.

Tienen entonces como característica estas modalidades, que la cláusula de valor constituye solo un estimativo o indicativo, careciendo de fuerza vinculante u obligacional, conociéndose el verdadero valor una vez se concluya el objeto contractual, de tal manera que, en este tipo de contratos es dable encontrar mayores cantidades de obras.

De hecho en esta circunstancia, no es aplicable el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en cuanto establece un tope para adicionar los contratos, esto es, hasta el 50% del valor del contrato inicial, porque de lo que se trata en estas circunstancias descritas no es una adición, sino que solo se está procediendo a reconocer las mayores cantidades de obras, al aplicar por ejemplo el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obras ejecutadas, y si se ejecutaron mayores cantidades de obras a las previstas, el valor del contrato puede ser mayor, porque así fue como quedó pactado. Es en esos casos en donde coloquialmente se habla de sobrecostos permitidos, que por lo tanto no generan de ninguna manera un daño antijurídico:

“Por lo mismo, no se trata de que exista un “cambio” o “adición” en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinada en el contrato original. Es una operación matemática y no más.”²⁰¹

Cuestión diferente es si las mayores cantidades de obra tienen por origen cambios introducidos al alcance físico de los ítems determinados en el contrato, o si cambia el valor de un precio unitario.²⁰²

Igualmente, es una circunstancia contraria lo que sucede por ejemplo con la modalidad del contrato por precio global, en donde el valor establecido en la cláusula correspondiente es vinculante y genera obligaciones mutuas, generándose para el contratista sobre todo la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio pactado y determinado inicialmente.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1439 de julio 18 de 2002, que sirvió de base para el análisis del presente apartado, estudio un caso en el que posterior a la suscripción del contrato la administración se encontró con diseños insuficientes que necesariamente debían ser subsanados, lo que generaría, para ellos, una prórroga y adición que les superaba el monto permitido. Frente al tema, por tratarse de un contrato de obra suscrito a precios unitarios, se estableció, que lo que se pretendía no correspondía a la necesidad de una adición, sino a la generación de mayores cantidades de obra del objeto contractual como resultado de la corrección de errores de diseño en busca de soluciones técnicas que permitieran la ejecución del contrato y el cumplimiento de los fines estatales realizando la siguiente salvedad:

²⁰¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1439 de julio 18 de 2002. C.P. Susana Montes de Echeverry. Referencia: Contratos estatales dobra. Adición del contrato y contratos adicionales.

²⁰² *Ibíd.*

*“(…) Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; **si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes.**”²⁰³* Negrilla fuera del texto.

No obstante permitirse la corrección de estudios, y de hecho contar la administración con la facultad de modificarlos cuando estos adolezcan de errores, llama la atención sobre la forma de elaboración y estructuración de los diseños y estudios previos, así como el deber de verificación de la calidad e idoneidad de los trabajos efectuados, so pena de las responsabilidades a que haya lugar.

²⁰³ *Ibíd.*

CAPÍTULO 4

LA FALTA DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE OBRA. ¿PROBLEMA NORMATIVO O SOCIAL?

Mucho se ha señalado acerca de la contratación pública en Colombia, evidenciándose una percepción negativa. Las expresiones de la gente del común e incluso de los profesionales del derecho que dedican gran parte de su tiempo al estudio de la contratación, tienen que ver con una preocupante ausencia de planeación en la misma. Y es que resulta sencillo llegar a ese tipo de conclusiones si tan sólo se observa la cantidad de obras inconclusas con las que se cuenta.

Sin embargo, aún más grave que el resultado, es hallar la causa de la falta de planeación, por lo que vale la pena reflexionar en el presente capítulo si dicha causa es un problema social, cultural o de competencia funcional de las personas encargadas de la contratación -que eluden la normatividad aplicable en materia de planeación-, o si es la estructura normativa la que posibilita o permite su evasión resultando en dicho caso ineficiente o insuficiente.

La falta de planeación en la etapa precontractual ha sido examinada como una de las debilidades de la infraestructura física del país. En el libro “*Colombia un país por Construir*”, se deja en evidencia la **deficiencia en diseños y elaboración de especificaciones técnicas en la materia**, que hacen que los proyectos resulten insuficientes frente a las necesidades que presenta el país.²⁰⁴ Pero, además de la debilidad técnica en cuanto a los

²⁰⁴ Cfr. MEJIA, Francisco Javier. *Débil Infraestructura física*. Disponible en: AMAYA PULIDO, Pedro José. *Colombia Un País Por Construir. Problemas y retos, presentes y futuros*. Bogotá: UNIBIBLOS, Universidad Nacional de Colombia. Edición junio de 2000.

estudios y diseños, se empieza a plantear por parte de la doctrina otras causas que encajarían más en un tema social, como lo son la **corrupción, falta de visión de largo plazo y terrorismo.**

No es un mito que el tema de los contratos sea relacionado con problemas de corrupción. De hecho, de manera específica -en el libro referido-, el tema contractual es analizado en un capítulo denominado: “*corrupción*”, señalando cómo, en las licitaciones públicas, las irregularidades inician desde el registro de proponentes, en donde se afirma, empieza la negociación. Igualmente frente a la elaboración de los estudios previos se señala cómo “(...) *en la etapa de estudio, los funcionarios que deciden tienen amplia **discrecionalidad** para presentar recomendaciones ajustadas a su conveniencia, y para descalificar las propuestas que sencillamente no les interesa, acudiendo a acciones tales como manipular los requisitos.*”²⁰⁵. Negrilla fuera del texto.

El investigador *Benjamín Luna Burgos*, en su tesis de maestría “*Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación Estatal en Colombia*” de la Universidad del Rosario²⁰⁶ retoma la definición de la corrupción en la contratación pública señalada en el libro “*Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación estatal*” del Doctor *Carlos Guillermo Castro Cuenca*, en el que se define la misma “*como la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extraposicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por la administración pública con los particulares.*” Igualmente retoma del mismo autor la reflexión efectuada frente a los actos y prácticas corruptas:

²⁰⁵ *Ibíd.* Causas.

²⁰⁶ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación estatal*. En: ARAÚJO OÑATE, Rocío edit. académica. LA LEY 1150 DE 2007 ¿Una respuesta la eficiencia y transparencia en la contratación estatal? Citado por: LUNA BURGOS, Benjamín. “*Mecanismos Jurídicos contra la Corrupción en la Contratación Estatal en Colombia. Especial referencia en las Acciones Constitucionales en la lucha contra la corrupción*”. Trabajo de Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014. p.23

“(…) Respecto a los distintos actos y prácticas corruptas que se vienen presentando en los procesos de contratación pública, el Profesor Carlos G. Castro C. hace la siguiente reflexión: ‘(…) Lo peor es que mientras se persigue sin cuartel a muchos funcionarios imprudentes pero honestos, la corrupción más grave apenas si se ha comenzado a investigar: la variación de materiales, la estructuración amañada de los diseños de las obras, la modificación de los trazados y la subcontratación en cadena, lo cual permite que una multinacional se quede con más del cincuenta por ciento del valor de una obra sin colocar un sólo ladrillo. Esto se agrava cuando siquiera responden en caso de incumplimiento o cuando tampoco lo hacen algunas empresas aseguradoras, a las que se les pagan millones de dólares en pólizas de cumplimiento, para que luego se amparen en la corrupción para no cumplir.’”²⁰⁷

Como causal de corrupción igualmente, en el libro “*La Corrupción en Colombia*”, se identifica también la **ineficiencia** como la sub causa más importante de la misma, así como la **mala calidad del control** y la **discrecionalidad**, entre otras²⁰⁸, empezándose a vincular ya la corrupción con la ineficiencia de las personas encargadas de la contratación, que en muchos casos no identifican claramente el objeto a contratar, o los tiempos necesarios para su ejecución, así como un sin número de descuidos imputables a la administración:

“(…) la contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos (...)”²⁰⁹

Igualmente se ha señalado, que no siempre resulta ser ineficiencia de las personas encargadas de la contratación la causa del fracaso en la planeación, sino que la misma estructura de la entidad pública o la manera en que se distribuyen las cargas laborales, hacen que el talento humano no pueda responder a la totalidad de deberes que se les

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 24

²⁰⁸ Cfr. CEPEDA ULLOA, Fernando [Compilador]. *La Corrupción En Colombia*. Editores Tercer Mundo en coedición Facultad de Administración de los Andes, febrero de 1997. Cap. 4

²⁰⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Bogotá D.C.: 01.06.1995.

asigna para cumplir la misión institucional, en este caso, para adelantar los procesos de contratación. Lo anterior también, porque se le resta importancia a invertir tanto en personal como en estudios para la etapa previa, es decir de planeación precontractual:

“La contratación sin el cumplimiento adecuado de la fase de planeación ha sido, infortunadamente, una práctica reiterada en algunas entidades territoriales. Se considera, en ocasiones, que la realización de estudios resulta excesivamente onerosa y que no reporta beneficios políticos en la medida en que los estudios no se exteriorizan o concretan en forma inmediata en una ejecución materialmente perceptible por los asociados. En otros casos no se hacen estudios previos por falta de recursos de personal o recursos económicos.”²¹⁰

“(…) En realidad no existe argumento que pueda defender la contratación sin el cumplimiento de una adecuada fase de planeación. Lo que en principio podría considerarse como un gasto innecesario, terminará en un ahorro de tiempo y recursos. La parálisis de trabajos por suspensiones motivadas en la falta de estudios generará, no solamente un retraso en la satisfacción de las necesidades colectivas, sino el pago de un mayor valor al contratista.”²¹¹

Este último punto, de la inversión en talento humano, distribución de cargas de las entidades y definitivamente, de capacitación de las personas encargadas de la contratación, no sólo es considerado un problema social, sino que también se convierte en un problema funcional y estructural de la administración, siendo una de las observaciones efectuadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE-, en tanto recomienda, como se analizará en un capítulo posterior, profesionalizar la fuerza de trabajo de contratación, creando cargos específicos, e invirtiendo en las capacidades de los funcionarios.

Adicional a estas últimas causales, viene algo más ligado, plasmado en el artículo “*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*”, que advierte una estrecha relación de la planeación con el **ejercicio del poder**:

²¹⁰ GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., p. 236.

²¹¹ TRUJILLO MONJE. Ob. cit., p. 14.

“(…) la planeación es connatural a la administración y al ejercicio del poder; por lo tanto, toda planeación pública implica el campo de la política (Del Castillo, 2008), razón para entender la intrínseca relación entre planeación y Derecho, respecto a la contratación pública (Santofimio, 2009), que a su vez relaciona la economía, las finanzas públicas, la participación ciudadana, con el uso de los mecanismos de control que tiene la ciudadanía para elegir sus representantes y hacerse partícipe de las decisiones, de los planes de gobierno, mediante el denominado voto programático y los mecanismos constitucionales para exigir por medio de la acción de cumplimiento, de la revocatoria del mandato, de las acciones de grupo y demás mecanismos dispuestos por la Constitución Política de Colombia, que se cumpla con los planes de desarrollo a los que se han comprometido los gobernantes a nivel local, regional y nacional (Rodríguez, 1996).”²¹²

El ejercicio del poder, o las decisiones políticas, inciden directamente en Colombia en la falta de planeación, pues los gobernantes tanto en elecciones como en su periodo de ejecución del mandato, siguen haciendo campañas políticas y utilizando la contratación para dicho beneficio, convirtiéndose en una “herramienta” de popularidad, y, hay que señalarlo, de desvío de recursos:

“(…) De otro lado, las especificaciones técnicas de las obras admiten diferentes niveles de calidad y de estabilidad. Un pavimento, puede proyectarse para que tenga una larga estabilidad, o puede también tratar de calcularse para que su duración sea más breve, o su resistencia menor, en esta segunda hipótesis, se hará una falsa o aparente economía, pues, podrán por ejemplo pavimentarse en mayores áreas, pero ellas requerirán de una muy pronta reparación o conservación, so pena de destruirse, dada su reducida calidad.

En ocasiones suele jugarse con estas engañosas distracciones con propósitos políticos, cuando se pretende aparentar una gran eficiencia en la realización de la obra. Se mira solamente el teatral efecto que puede producir la terminación de unos trabajos, sobre los cuales, en sus primeros meses de funcionamiento no habrá objeción y generan elogios al funcionario de turno, pero con el correr de un breve lapso se evidenciara su acelerado deterioro, en esta ocasión, producto de la imprevisión y las políticas efectistas. En tales casos podrán adelantarse investigaciones al contratista de obra y a los consultores, pero la

²¹² APONTE DÍAZ. Ob. cit., pp. 177-207.

responsabilidad estará principalmente en quién tomo la decisión de ejecutar las obras con especificaciones pobres y de escasa calidad.”²¹³ Negrilla fuera del texto.

En atención a la anterior circunstancia, es importante tomar conciencia, puesto que las obras públicas no pueden ni deberían ser objeto de campaña o instrumento de favorabilidad con fines políticos. Utilizar la estructura de los proyectos para otros fines diferentes a los que busca la contratación es un detrimento de los recursos que se traduce en la insatisfacción de la necesidad y la deficiente prestación del servicio.

En todo caso, no puede desconocerse que el problema de falta de planeación tiene mucho que ver con la actuación o -en este caso- la omisión de las personas o funcionarios públicos frente al cumplimiento del deber, por lo que podría ser la ineficiencia consiente o no, la causa más grave de todas. En ese orden de ideas, la planeación no ocupa en la práctica el lugar que se merece, no se le invierte el tiempo necesario, o se efectúa en indebida forma. En el tema de la contratación de las obras públicas, se estructuran proyectos que no satisfacen realmente la necesidad que le dio origen, olvidando realizar seguimientos o evaluaciones que permiten constatar su cumplimiento a satisfacción:

“Las obras públicas, por práctica administrativa, se proyectan, presupuestan y ejecutan, la mayor parte de las veces, sin la participación de las comunidades. La Planificación realizada en el sentido de arriba hacia abajo, sin consultar las experiencias de vida de las comunidades y sin conocer sus necesidades directamente, formula proyectos consecuentes con ello, es decir que no responden a las necesidades reales, de igual forma que sucede con las construcciones que se quedan inconclusas y que terminan llamándose ‘elefantes blancos’, es decir grandes inversiones que no pueden cumplir la función para la cual fueron construidas. De igual manera, no se llevan a acabo procesos de control, seguimiento y evaluación de su ejecución o de evaluación de los efectos positivos o negativos producidos con su implantación o su respuesta a la necesidad identificada dentro del proceso de Planificación, es decir no existen bases para corroborar la efectividad del proyecto construido y tampoco se construye en las

²¹³ ESCOBAR HENRIQUEZ. Ob. cit., p. 326

*comunidades el sentido de pertenencia que debe existir para las obras realizadas en satisfacción de las necesidades colectivas.”*²¹⁴

De conformidad con lo anterior, la planeación no puede constituir sólo el cumplimiento de un requisito en materia contractual, sino que debe consistir en la realización de la acción de planear de manera adecuada, con sentido común y con una finalidad real y palpable. Lo anterior, porque por más esfuerzo que se haga desde la jurisprudencia y desde la legislación, su destinatario debe tomar conciencia de las disposiciones y procurar efectuar el mejor trabajo posible en la dirección correcta:

*“El éxito de dichos instrumentos -principio de planificación y de transparencia- depende fundamentalmente de su **adecuada aplicación por los funcionarios responsables de cumplir estas tareas, las cuales, sobre todo, no pueden convertirse en rutinarias, para evitar así que los documentos referidos, como por ejemplo la justificación de la modalidad de la contratación escogida o la justificación de la inclusión de determinados criterios de selección, terminen siendo copias o transcripciones de un discurso repetido por todos los procesos. La determinación de todos los aspectos que enumera la ley, con el objeto de asegurarse de que no se dejara de lado ninguno de ellos, solo tiene tal finalidad; su desarrollo debe realizarse en cada caso particular teniendo en cuenta el objeto preciso y las características propias del contrato que va a celebrarse.**”*²¹⁵ Negrilla fuera del texto.

Sin embargo, si bien se señalan como causas recurrentes la corrupción, la ineficiencia, discrecionalidad, falta de recursos, ejercicio del poder, falta de capacitación, entre otros problemas sociales, y en algunos casos estructurales o funcionales, existen autoridades en la materia que señalan que más que un problema social también existe como causa de la falta de planeación en la etapa precontractual un problema normativo o de modelo de contratación, tal como lo expone en el artículo “*Las obras públicas: ¿Qué falla? ¿Ingeniería, o el modelo de contratación?*”, Juan Martín Caicedo, Presidente Ejecutivo de la Cámara

²¹⁴ VARGAS CANTOR. Ob. cit., pp. 31-32.

²¹⁵ ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ. *Guía de Contratación Estatal*. Ob. cit., p. 12.

Colombiana de la Infraestructura²¹⁶. En dicho artículo se efectúan los siguientes interrogantes frente a la apertura de procesos sin la debida planeación:

*“(…) ¿Dónde radica entonces la fuente principal del problema? ¿Qué es lo que falla cotidianamente? ¿La ingeniería, el modelo de contratación o la fragilidad de algunas empresas? Con relación al último interrogante, es cierto que pecan en materia grave, y desdicen del buen nombre de la profesión, algunas firmas de ingeniería que incursionan en el mercado sin el debido músculo financiero o técnico, o que malgastan, desvían o atomizan los recursos de las obras. Pero afortunadamente, el caso de tales empresas es excepcional: no se trata, en efecto, de un problema extendido como una mancha por el territorio nacional. **En cambio, sí parece haber hecho metástasis la práctica estatal de impulsar procesos licitatorios sin la debida planificación, la que sin duda debe comenzar por una evaluación sobre el costo-beneficio económico y social de las obras. Son múltiples, en fin, los factores que afectan la buena marcha de los proyectos, debido a las fallas del modelo de contratación vigente**”²¹⁷* Negrilla fuera del texto.

Como fallas del modelo de contratación se plantean en el artículo las siguientes: la falta de planeación general de la infraestructura, insuficiencia de estudios y diseños, deficiencia en la elaboración de los presupuestos, demoras en la gestión social y ambiental, así como en la adquisición de predios, ausencia de coordinación interinstitucional, deficiencias en la gestión social previa con las comunidades, distorsión de las labores de la interventoría, etc.²¹⁸

Empero, ¿resulta ser el modelo de contratación la causa de la falta de planeación? Refuerza el anterior cuestionamiento el hecho de que se ha venido desarrollando el tema de manera amplia en la jurisprudencia y en la normatividad, pero, ¿si están regulados los elementos mínimos que deben tenerse en cuenta para una adecuada planeación y obtención del

²¹⁶ CAICEDO, Juan Martin. **Las obras públicas: ¿Qué falla?, ¿La ingeniería, o el modelo de contratación?** Cámara Colombiana de la Infraestructura. URL: http://www.infraestructura.org.co/noticiasprincipales.php?np_id=330. [26.03.2014]

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ Cfr. *Ibíd.* [Véase al respecto, el Cap. 7, en el que se hace referencia a la propuesta que surge del artículo: propuesta de política pública homogénea.]

objeto o servicio que se requiere, por qué la realidad arroja un resultado diferente?; ¿puede la normatividad ser la causa raíz que permita que la sociedad o los funcionarios no cumplan adecuadamente con dicho principio?, y ¿puede ser la misma normatividad la que se refuerce e impida que se generen dichas conductas y resultados de obras inconclusas por falta o falla en la planeación?.

En principio, podría decirse, que una de las soluciones a la falta de planeación -si se ve como un problema social o funcional-, puede hallarse en la gerencia pública, es decir, en la ejecución de un modelo de administración pública, que como lo propone también el desarrollo y la normatividad del principio de planeación, requiere que el funcionario actúe como un verdadero gerente público a la hora de estructurar los procesos contractuales, requiriéndose ahora *“no solo que los estudios previos sean cuidadosamente elaborados y que se hagan públicos, sino un intercambio de opiniones generoso y transparente con el mercado. A este último se le requiere para aprovechar esos espacios, pero a la vez **se exige diligencia y profesionalismo en su interlocución.**”*²¹⁹ Negrilla fuera del texto.

Sin embargo, una adecuada gerencia pública y eficiencia por parte de los funcionarios, que también se requeriría, no parece ser la solución única y exclusiva para combatir la falta de planeación en la contratación, toda vez que aun cuando se ejerce una gerencia pública ideal en algunos casos, en la práctica los procesos de selección, como por ejemplo para los contratos de obra pública, presentan particularidades que no están expresamente consagradas en la ley, y que requieren un conocimiento técnico, que no en todos los casos es contemplada por la Administración, aun cuando en principio cumpla con los requisitos mínimos señalados en la ley. ¿Cómo puede ocurrir esto?:

Como se señaló en un capítulo anterior, la estructura de los estudios previos se encuentra actualmente consagrada en el **Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015**, Parte 2

²¹⁹ SUAREZ BELTRÁN. Ob. cit.

Reglamentaciones, Título 1 *Contratación Estatal*, Capítulo 1 *Sistema de Compras y Contratación Pública*, Sección 2 Estructura y Documentos del Proceso de Contratación, Subsección 1 *Planeación*, artículo 2.2.1.1.2.1.1 elementos mínimos, estableciendo la planeación para los contratos de obra pública el siguiente elemento:

“(…) *Artículo 2.2.1.1.2.1.1 Estudios y documentos previos.*

(…) 2. *El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. (…)*” Negrilla fuera del texto.

Como se indicó previamente también, la ley 1474 de 2011, señala en el artículo 87, de manera particular para la realización de obra pública, el deber de contar con estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

Sin embargo, la norma no señala de manera expresa cuáles autorizaciones, permisos, licencias, diseños, estudios y documentos técnicos se requieren para el estudio previo de un proceso para la contratación de obra pública. Si bien, estos obedecen a las particularidades de cada caso, si hay unas autorizaciones, permisos y estudios técnicos comunes a las obras que pueden hacerse exigible de manera literal en la normatividad, para evitar, que pese al cumplimiento del elemento señalado en el estudio previo de contar con estudios técnicos y jurídicos –redactado de forma general-, el mismo no encuentre su cumplimiento con la presentación de un sólo estudio o la simple formalidad, sino con todos los necesarios para cumplir adecuadamente con el objeto a contratar. En algunos casos por encontrarse la normatividad dispersa es pasada por alto por la Administración.

En este punto, es interesante observar lo establecido por ejemplo en la **ley 1682 de 2013**²²⁰ “*Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias*”: Si bien, aplica a proyectos de obra pública de infraestructura de transporte, la misma presenta un ejemplo claro y pertinente de la consagración en la normatividad, de particularidades propias de los proyectos de infraestructura, que resultan necesarios en la etapa precontractual para la efectividad del proyecto en su ejecución. Para este caso el principio de planeación se ve desarrollado en los artículos 5, 7-9, 12 y 39:

De manera particular, en el artículo 7° se establecen los aspectos que deben ser identificados por las entidades y las personas encargadas de la planeación de dichos proyectos:

“ARTÍCULO 7o. *Las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos de infraestructura de transporte deberán identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, los siguientes aspectos, entre otros:*

a) Las redes y activos de servicios públicos, los activos e infraestructura de la industria del petróleo y la infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones;

b) El patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico;

c) Los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas;

d) Los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras, conforme a lo previsto en las leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o complementen;

e) Las comunidades étnicas establecidas.

²²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1682 de 2013 “*Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias*”. Diario Oficial No. 48.987 de 27 de noviembre de 2013.

f) *Títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación;*

g) *Diagnóstico predial o análisis de predios objeto de adquisición.*

(...) Consultados los sistemas de información vigentes al momento de la estructuración, tales como el Sistema Integral de Información de Carreteras (SINC), y el Sistema de la Infraestructura Colombiana de Datos Especiales, entre otros, y sin limitarse a ellos, y reunida la información de que tratan los literales anteriores, el responsable de la estructuración de proyectos de infraestructura de transporte deberá analizar integralmente la misma, con el objetivo de establecer el mejor costo-beneficio para el proyecto en función de los aspectos, programas, planes y proyectos que lo impacten. El estructurador mantendrá un diálogo permanente con los actores e interesados para garantizar el interés general (...).”

Esta ley 1682 de 2013 reconoce la importancia que realmente tiene la planeación en la etapa precontractual, estableciendo principios bajo los cuales se planeará y desarrollará la infraestructura de transporte. Por ejemplo, la planeación debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad ambiental, que implica que se deberá cumplir con cada una de las exigencias establecidas en la normatividad ambiental, contando para el efecto con las licencias ambientales expedidas por la autoridad competente.

En el artículo 12, párrafo 5, por ejemplo, esta ley establece de manera específica los estudios de ingeniería que se deben adelantar para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

“ARTÍCULO 12. *(...)Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:*

Fase 1. Prefactibilidad. *Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo*

de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

Fase 2. Factibilidad. *Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.*

En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

Fase 3. Estudios y diseños definitivos. *Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción.”*
Negrilla fuera del texto.

Dichas disposiciones, por la importancia que la infraestructura de transporte reviste en el país, deja las “*reglas del juego*” claras en materia de planeación para este tipo de contratos, que si bien no garantiza que soluciona de raíz la falta de planeación, si **contribuye a la disminución de realización de estudios previos deficientes, e impide la evasión de estudios indispensables** por parte de los responsables de la estructuración de los proyectos. Lo anterior -el fortalecimiento que existe en materia de planeación precontractual-, como ya se ha señalado, no es ninguna fórmula matemática o mágica, pues existen casos, en que, a pesar de la preocupación de la norma de exigir una planeación precontractual minuciosa, con estudios y diseños adecuados y suficientes, reportan

problemas de diseños, como el ocurrido en el puente Chirajara en la vía Bogotá - Villavicencio, cuya caída -el 15 de enero de 2018-, en el análisis preliminar, arrojó un error de cálculo en una de las vigas de la obra.²²¹

En materia de contratación de obra pública en Colombia, ni la jurisprudencia ni la doctrina han señalado de manera textual o abiertamente la necesidad de proponer o estipular en la normatividad de estudios previos, la consagración de elementos adicionales indispensables para la ejecución exitosa del contrato.

No obstante, lo que sí ha señalado la doctrina nacional en materia de contratación de obra públicas, es que la normatividad debe ir ajustándose a las necesidades actuales: "*Este ordenamiento y mandatos legales que marcan la actividad contractual pública, son de construcción continúa puesto que se van adecuando a las exigencias de la gestión del interés público*".²²²

En ese orden de ideas, podría ser la falta de taxatividad de elementos específicos para algunos contratos complejos, lo que permite que los funcionarios y contratistas no tengan en cuenta la totalidad de los estudios, permisos y licencias que se requieren para adelantar un proceso de selección para la ejecución de obras públicas y que las decisiones políticas sean desarrolladas utilizando la contratación.

Es decir, si bien hay circunstancias culturales, sociales y funcionales que generan la no elaboración adecuada de unos estudios previos, la normatividad permite que lo anterior ocurra, al ser general, al no ejercer controles efectivos que impidan su incumplimiento o su cumplimiento parcial, que en todo caso constituye una sistematización de elementos, caso

²²¹ URL: <http://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-se-cayo-el-puente-de-chirajara/555546>
URL: <http://www.dinero.com/pais/articulo/error-de-diseno-en-puente-de-chirajara/254873>
[31.01.2018]

²²² VARGAS CANTOR. Ob. cit., p. 35

en el cual, la falta de uno de estos estudios o permisos en la práctica, genera obras inconclusas, sobrecostos y daños antijurídicos.

No obstante, como se mencionó en la introducción, la crítica no busca proponer la estipulación de requisitos establecidos en otras normatividades y señalarlas de manera textual en la normatividad específica de estudios previos (una compilación). Lo que se pretende es generar conciencia, e incentivar la identificación en la práctica, de requisitos que han venido surgiendo de la ejecución de las obras públicas que pueden prevenir la ocurrencia de daños antijurídicos, en otros casos, de tal manera que las acciones correctivas que las entidades vienen realizando en la ejecución de contratos de obra pública cuando se han presentado inconvenientes, sirvan como medida preventiva para los casos futuros.

No puede conformarse la sociedad con ser mero espectador de la realidad de la contratación pública, y limitarse a afirmar que la falta de planeación en la etapa precontractual es una de las mayores causas de las obras inconclusas y el detrimento patrimonial del país. Se debe adoptar una posición más activa. Se deben buscar medidas que prevengan los daños antijurídicos que esto ocasiona. No es suficiente buscar los responsables sino la causa raíz del hecho. Es necesario crear conciencia y proponer medios de control que adecuen la conducta y el comportamiento de los servidores públicos de tal manera que se aprenda a planear. El hecho de verse inmersos recursos públicos, recursos de todos, exige una mayor planeación por parte de las Entidades, de tal manera que unas reglas del juego claras (elementos específicos), pueden ser la hoja de ruta a seguir por parte del gestor de lo público, así como la implementación de normatividad que señale consecuencias expresas por el incumplimiento del principio de planeación, por ejemplo. El problema no es netamente social, es la conducta que las personas asumen frente a la normatividad. En ese caso, sería una propuesta para mitigar dicha problemática, combatir la falta de planeación con una normatividad en estudios previos más rígida y completa, en materia de contratos de obra pública (como ya se ha implementado para otras tipologías contractuales), que impidan las malas prácticas en la contratación.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS DEL EJERCICIO PRECONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

5.1. ESTUDIOS Y ESTADÍSTICAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.

Como se señaló desde la introducción de la presente investigación, en el año 2004, el Departamento Nacional de Planeación, en virtud al proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP, realizó un estudio de diversos pronunciamientos judiciales, entre los que se incluyeron sentencias, providencias aprobatorias de acuerdos conciliatorios y laudos arbitrales, proferidos bajo la vigencia de la Ley 80 de 1993, respecto de los cuales se obtuvieron como resultado, 15 causas recurrentes por las cuales las entidades públicas son condenadas con ocasión a su actividad contractual. Dicha identificación, se convirtió también en la oportunidad para formular medidas de prevención del daño antijurídico en materia contractual y pretendió ser un instrumento para que las entidades públicas adoptaran su propio mapa de riesgos. Este análisis, que abarcó cada una de las etapas del proceso contractual, fue plasmado en el “*Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Pública Contractual*”, reportando lo siguiente:



Elaboración propia²²³



Elaboración propia

A pesar de que -tal como se observa en la gráfica anterior- la mayoría de las causas recurrentes por las cuales las Entidades públicas son condenadas con ocasión a su actividad contractual se encontraron en la etapa de ejecución del contrato, del desarrollo del principio de planeación descrito y analizado en la presente investigación, y del mismo "Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Pública Contractual",²²⁴ se puede concluir, que dichas causas en la mayoría de las ocasiones son el resultado de una **mala planeación en la etapa precontractual** y de manera concreta de una **falla en la elaboración de los**

²²³ "El análisis de causas en mención se realizó a partir del estudio de las providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 274 providencias, (de las cuales 145 resultaron absolutorias, extraídas de la compilación del Banco de Datos Jurídicos de Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia; laudos de los Tribunales de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá: 40 en total) – 13 absolutorios, recogidos en la publicación en medio magnético titulada *Laudos Arbitrales* – que lanzaron al mercado la firma Legis y la propia Cámara de Comercio; y 686 autos aprobatorios de conciliaciones prejudiciales dictados por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Las providencias analizadas resolvían controversias de naturaleza contractual estatal y fueron proferidas en el periodo comprendido entre los meses de enero de 1996 y diciembre de 2002." MONTENEGRO, Santiago [Director]. *Manual de Buenas prácticas para la Gestión Contractual Pública*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, Diciembre de 2004.

²²⁴ *Ibíd.* p. 9

estudios previos²²⁵, de tal suerte que las omisiones o errores que se cometen en esta etapa preliminar y de investigación -como se había referenciado en capítulos anteriores-, se ven reflejados en todas las etapas subsiguientes del proceso contractual, tanto en la etapa precontractual misma -en la selección del contratista-, como -y de manera predominante- en la etapa de ejecución del contrato.

En ese orden, dentro de la etapa precontractual, que en el *Manual* referido se divide en la etapa de planeación y la de selección, se encuentra en la primera de ellas, como causa recurrente No. 1.1 la falta de planeación del contrato presentando las siguientes evidencias²²⁶:

EVIDENCIAS DE LA FALTA DE PLANEACIÓN DEL CONTRATO		
<p>Errores cometidos por la entidad en el momento de definir la naturaleza jurídica del contrato que se propone celebrar, así como del procedimiento de selección que se aplicará.</p>	<p>Prórrogas de los términos definidos en los pliegos de condiciones para las diversas etapas del procedimiento de contratación, por ejemplo, cuando se fija un cronograma de actividades para el procedimiento licitatorio que no es cumplido por la entidad y abre espacio al oportunismo de los proponentes para reclamar por sobrecostos (revisión de precios) originados en el retardo, o para sustraerse al carácter vinculante de su oferta.</p>	<p>Realización de obras o servicios no previstos en el contrato o de mayores cantidades de obras, bienes o servicios, que son consecuencia de la precariedad de los estudios previos pero que ordinariamente se presentan en la ejecución del contrato.</p>

Elaboración propia



Esta última evidencia, constituyó, tal como se hizo referencia en su momento, el punto de partida -como resultado estadístico-, para el desarrollo de la presente investigación. Razón

²²⁵ *Ibíd.* p. 11

²²⁶ *Ibíd.* p. 10

por la que se focalizó el principio de planeación, en la etapa de planeación o precontractual, y esta a su vez en los estudios previos con énfasis en los contratos de obra pública.

Este estudio del Departamento Nacional de Planeación se convirtió en una importante y útil herramienta para la práctica contractual de las entidades públicas al momento de su presentación -año 2004-, y aún a la fecha sigue siendo un referente de consulta indispensable. No obstante, a efectos de la presente investigación, y teniendo en cuenta que desde dicha fecha y hasta la actualidad, han transcurrido más de 13 años, durante los cuales el principio de planeación -como se observó en los capítulos anteriores de la investigación- ha tenido un desarrollo progresivo, se genera la necesidad, para efectos académicos, de obtener estudios, recomendaciones, estadísticas o indicadores de la práctica contractual de las entidades públicas en los últimos años, con la finalidad de indagar principalmente, si se siguen presentando las mismas causas recurrentes por las cuales las entidades públicas son condenadas con ocasión a su actividad contractual y específicamente si la falta de planeación es una de ellas, evidenciándose esto en la mala elaboración de los estudios previos.

Siguiendo dicha metodología, se consultó nuevamente en el Departamento Nacional de Planeación las publicaciones efectuadas, en aras de encontrar una segunda edición o versión del "*Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Pública Contractual*", con información de los últimos años, o alguna guía similar que proporcione herramientas para las entidades públicas en materia de contratación, sobre la misma base de estudio, esto es, enfocado en un análisis particular del acervo jurisprudencial y de pronunciamientos en circunstancias litigiosas, que permitieran obtener resultados comprobados como los presentados en el año 2004. Sin embargo, no se halló estudio similar correspondiente a los últimos años.

Estando el tema enfocado, en principio, a los resultados de la actividad litigiosa, se dirigió la indagación directamente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²²⁷, creada en el año 2011 mediante la Ley 1444, y cuya misión consiste en liderar la defensa jurídica de la Nación, adquiriendo de dicha práctica conocimientos que permitan a las entidades públicas prevenir el daño antijurídico, así como el fortalecimiento de los interés del Estado y la optimización de los recursos públicos²²⁸. Se pretendió encontrar en dicha Agencia, reportes que permitieran evaluar el comportamientos de las entidades públicas respecto al principio de planeación contractual.

Como resultado de lo anterior, de los diferentes informes publicados en el portal web de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, efectivamente se encontró de manera específica el link de Informes sobre la actividad litigiosa de la Nación, respecto del cual para la fecha de consulta (segundo semestre de 2017) se encuentra publicado el correspondiente al corte del año 2013²²⁹. En este informe se encuentra eficientemente descrito el reporte y estadística sobre el pago de sentencias y conciliaciones años 2000-2013, pasivo contingente, informe nacional y sectorial; reporte de las gestiones adelantadas por la Agencia frente a los 25 procesos más cuantiosos para el Estado, procesos finalizados, depurados, estudios jurídicos, recomendaciones, análisis de riesgos de condena, protocolos de defensa; informe de gestión de la defensa en asuntos internacionales; informe sobre el comportamiento de la conciliación extrajudicial, entre otros. Sin embargo, pese a que el estudio es acucioso, en el mismo no se especifica o tipifica por temas generadores del litigio, o de problemas jurídicos, sino que detalla el comportamiento por sectores o entidades. Dicho reporte, aunque se reitera, muy completo, no permite efectuar análisis o sacar conclusiones en tema puntuales como el que se abarca para la presente investigación respecto del principio de planeación, seguramente porque esa no fue la finalidad de dicho informe.

²²⁷ URL: <https://defensajuridica.gov.co/>

²²⁸ URL <https://defensajuridica.gov.co/agencia/quienessomos/Paginas/mision-vision.aspx> [21.09.2017]

²²⁹ URL: <https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Paginas/default.aspx> [07.09.2017]

Igual circunstancia ocurre al estudiar el Informe de Gestión presentado por la doctora Adriana Guillén Arango, correspondiente al periodo en el cual ejerció como Directora General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -septiembre 2012 a enero de 2017-, frente al cual, pese a contener información valiosa, tampoco se puede evidenciar lo pretendido para efectos de la investigación.

En resumen, informes específicos frente al comportamiento de la contratación pública, relacionado con el principio de planeación aplicado por las entidades, como se presentó en el año 2004 por el Departamento Nacional de Planeación, -de conformidad con la investigación realizada- no se encuentra publicado en la actualidad. Si bien existe un amplio desarrollo y progreso sobre el principio de planeación y elaboración de estudios previos, así como la generación de mecanismos para su fortalecimiento, no se encuentra un estudio que evidencie la efectividad -en materia litigiosa- de dichas herramientas respecto al comportamiento en la práctica de la Entidades. Ni la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ni la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente-, ni la relatoría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, así como tampoco la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-, Transparencia Internacional, Transparencia Colombia, el BID a través de su sistema de evaluación PROVED (SEP), entre otros entes de control nacionales, han evaluado puntualmente el comportamiento de las entidades públicas del principio de planeación que permita obtener un indicador general.

Tampoco, de manera indirecta, se puede realizar algún tipo de análisis de los indicadores de gestión con los que cuentan dichas agencias o entidades. Por ejemplo, el Departamento Nacional de Planeación, respecto al programa *compra y contratación pública* correspondiente a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- reporta cuatro indicadores, relacionados con la gestión²³⁰: 1. Ahorro aproximado

²³⁰ URL: <http://sinergiapp.dnp.gov.co/#ProgSectores/3/> [07.09.2017]

derivado del uso de los Instrumentos de Agregación de Demanda; 2. Entidades estatales utilizando el SECOP II; 3. Sistema de información del sistema de compra público implementado; 4. Valor de transacción en la tienda virtual del Estado Colombiano. Indicadores que si bien son importantes para evaluar y determinar la gestión de la Agencia, no permiten un análisis de temas puntuales como estadísticas frente a la planeación en la contratación, aunque sí una afirmación general del fortalecimiento del mismo mediante estas herramientas que proporciona. Pero también, con esa misma generalidad, se encuentran afirmaciones contrarias como la señalada en Informes de la OCDE, en el que se menciona cómo *“Colombia se encuentra rezagada con respecto a otros países latinoamericanos y a la mayoría de los países miembros de la OCDE en cuanto a la cantidad y la calidad de su infraestructura.”*²³¹ Pronunciamiento, que no adjudica el problema de la infraestructura de manera concreta a una falta de planeación en la etapa precontractual, sino que va más allá, empezando por analizar el diseño de los planes de desarrollo de los países, insuficiencia de datos, recursos y tiempo para su elaboración e implementación, teniendo en cuenta factores geográficos de inversión pública, talento humano, entre otros aspectos.

Lo anterior, impide realizar cualquier tipo de afirmación respecto a la realidad del ejercicio precontractual de las entidades públicas, constituyéndose una percepción de la comunidad la falta de planeación tratándose específicamente de contratos de obra pública. Dicha percepción se quedaría en eso, en una especulación, sin ningún tipo de comprobación verídica y significativa respecto a la generalidad de la contratación en Colombia, percepción obtenida principalmente de los datos reportados por entes de control en determinados sectores -a manera de indagación o hallazgos fiscales-, programas de opinión, o estudios particulares realizados, pero sobre contratos de obras públicas específicos inconclusos, datos, que aunque importantes, no constituirían una muestra significativa respecto de la cual se pueda señalar la falta de planeación como causa recurrente en el universo de contratación en Colombia.

²³¹ Serie de estudios Gobernanza multinivel. Inversión pública más eficiente en Colombia: Mejorar la Gobernanza multinivel, OCDE publicación, Paris, 2016.

Sin embargo, el estudio de casos específicos, lo que sí podría permitir, es la generación de un análisis en el cual se obtenga a través de dichas experiencias y hallazgos, herramientas, primero, frente a la aplicación por parte de las entidades públicas del principio de planeación, y segundo de los errores o aciertos frente a la estructuración particular de los estudios previos.

Esta metodología, es decir, el análisis de contratos específicos para analizar el comportamiento de las entidades frente al principio de planeación en la etapa precontractual, ha sido utilizado en diferentes estudios académicos, tanto para optar a títulos de pregrado en derecho, arquitectura o ingeniería civil, así como títulos de posgrado. Ejemplo de lo anterior son los siguientes resultados obtenidos de algunos de estos estudios, en los que se logra evidenciar falta de planeación en la etapa precontractual:

Estudio No. 1: Importancia de la planeación en proyectos de obra pública para satisfacer necesidades básicas insatisfechas y la infraestructura en Bucaramanga y su Área Metropolitana.²³²

RESULTADOS	
Municipio de Floridablanca	
Contrato estudiado	Evidencia de falta de planeación
	No disponibilidad de predios. (Origen de la suspensión #1)

²³² PICO DELGADO, Yenny; BARBOSA BARAJAS, Nicolás. “Importancia de la planeación en proyectos de obra pública para satisfacer necesidades básicas insatisfechas y la infraestructura en Bucaramanga y su Área Metropolitana.” Trabajo para optar al título de Ingeniero Civil. Colombia: Bucaramanga. Universidad Pontificia Bolivariana, Facultad de Ingeniería Civil, año 2014.

Construcción de 6 aulas y una batería sanitaria, en el Colegio Técnico Industrial José Elías Puyana (Sede B)	Falta de estudio de suelos, lo que generó a su vez mayores cantidades de obras, realización de actividades no previstas en el contrato.
	No se contaba con los permisos y licencias con anterioridad a la apertura del proceso.
Recuperación del eje vial de la carrera 26 entre el round point de Molinos y la calle 20 del Barrio Molinos altos	*No presento falta de planeación.
Recuperación de la malla vial de los Barrios de las Comunas 1-4-7 y 8 (Fase 1)	Suspensión del contrato por 6 meses por no haberse adelantado el contrato de la interventoría.
Adecuación y mantenimiento de los box culvers ubicados en acceso Barrio los Cerros de las Villas y la plaza de mercado Barrio Villa Luz y calle 51 A con diagonal 18 del Barrio las Villas	Deficiencia de diseños previos, que no correspondían a las condiciones que presentaba el terreno.
Municipio de Piedecuesta	
Contrato estudiado	Evidencia de falta de planeación
Construcción Ciudadela Educativa Bicentenario Fase 2 Instituto de Promoción Social	Falla en la elaboración de los estudios previos, toda vez que no se tuvieron en cuenta las condiciones reales del terreno y la existencia de árboles que se debían talar, no estando dentro del presupuesto el costos de la tala y los permisos correspondiente ante la C.D.M.B.
Construcción de puente en concreto pre reforzado y accesos en el sector Barroblanco-Portal del Valle sobre el Rio de oro.	No se tuvo en cuenta el verdadero alcance de la obra inicialmente pactada. Diseños insuficientes, se dejaron por fuera obras necesarias para poner en funcionamiento la obra.
Instalación de semaforización en las intersecciones de la calle 7 entre las carreras 15 y 16, e intersecciones de la carrera 8 con calle 9 y 10	*No presento falta de planeación.

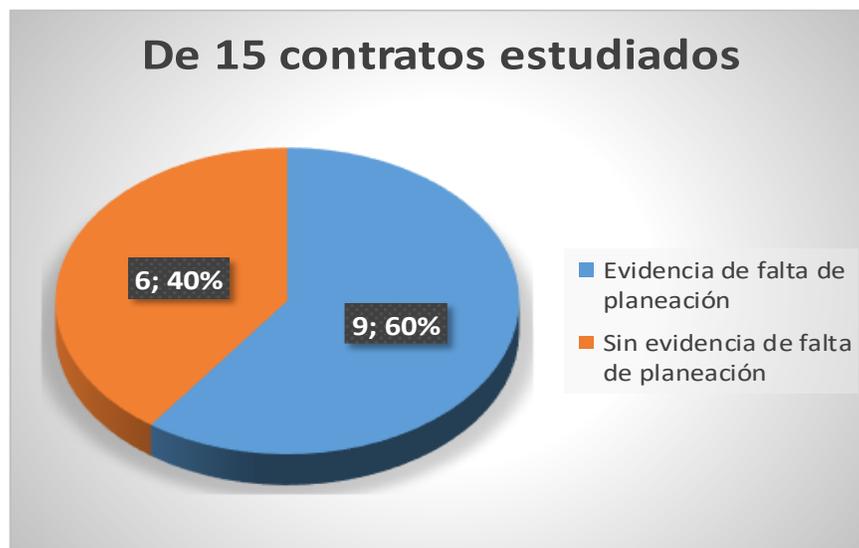
Bucaramanga	
Contrato estudiado	Evidencia de falta de planeación
Contratar la obra pública para la construcción del CAI Kennedy ubicado en la calle 17 N con carrera 14 del Barrio Kennedy	Modificaciones en las cantidades contractuales y establecimiento de ítems no previstos
Construcción alcantarillado pluvial Barrio Cristal parte alta	*No presento falta de planeación.
Construcción de obras de estabilización Barrio de Miraflores sector ubicado en la calle 22 con carrera 21 parte baja	Se realizó socialización del proyecto en algunos sectores, después de firmada el acta de inicio de la obra.
Contratar la obra pública consistente en la construcción de obras de control de erosión, en el talud sur oriental, del conjunto Montemayor, Quebrada la Cacica, Barrio la Floresta, por el sistema de precios unitarios.	Mayores cantidades de obra en cuanto a la generación de ítems no previstos
Municipio San Juan de Girón	
Contrato estudiado	Evidencia de falta de planeación
Construcción pavimentación vía de acceso a los Barrios Villas de Don Juan 1, Villampis, Vida en primavera, y la Meseta	*No presento falta de planeación.
Construcción de 14 aulas de clase y 2 baterías sanitarias en el Colegio Roberto García Peña Sede A, Rincón de Girón	*No presento falta de planeación.
Mejoramiento de la vía veredal Peñas-Cantalta del Sector de la Culebrilla	*No presento falta de planeación.
Construcción de un muro de contención en la vía de salida a la doble calzada de Bucaramanga-	No se efectuó un estudio completo correspondiente a la instalación de servicios públicos.

Lebrija en el sitio conocido como puerta del Municipio de Girón	Devolución de diseños por parte del contratista porque no coincidían las medidas planteadas en el plano, respecto a las existentes en el terreno.
---	---

Elaboración propia

Como causas recurrentes de falta de planeación se encontraron en el estudio referido las siguientes deficiencias en los estudios previos:

- ✚ Inadecuada elaboración de diseños, sin tener en cuenta la realidad del predio.
- ✚ Falta de gestión predial, permisos y licencias.
- ✚ Falta de estudios técnicos y de delimitación del alcance de la obra a ejecutar, así como análisis de suelos.
- ✚ No haberse adelantado el contrato de la interventoría.
- ✚ Modificaciones en las cantidades contractuales y establecimiento de ítems no previstos
- ✚ Realización de la socialización del proyecto en algunos sectores, después de firmada el acta de inicio de la obra.



Elaboración propia.

Si bien, dentro de las conclusiones del estudio se generan porcentajes altos al determinar el número de contratos a los que se les efectuaron prorrogas o adiciones (12 de los 15 contratos), no en todos los casos la causa de estas modificaciones tuvo como origen la falta de planeación. Es decir, que en los casos en que se reportó que no se halló falta de planeación, quiere decir, que las circunstancias que originaron las suspensiones o problemas en la ejecución, resultaron siendo generadas por eventualidades respecto de las cuales no había forma de prever en la etapa precontractual y de elaboración de estudios previos, o que obedecieron a circunstancias como la ola invernal, hallazgo de especies - como por ejemplo caracoles africanos que debían ser retirados de manera especial con el fin de evitar problemas de salubridad-, entre otras. Lo anterior, de conformidad con lo analizado en el estudio referido.

Estudio No. 2: Estudio comparativo de dos casos de contratación pública de obras de malla vial en la ciudad de Bogotá entre los años 2012 y 2013.²³³

Resultados contratos estudiados suscritos por el IDU	
Contrato 1920-2013	Contrato 047-2012
Objeto: Complementación y/o actualización de obra y/o ajustes de los estudios y diseños y construcción de las obras de estabilización del sector denominado San Jerónimo de Yuste, ubicado en la avenida los cerros por la calle 13 sur, en la Localidad de San Cristóbal, en Bogotá D.C.	Objeto: Construcción de obras de estabilización geotécnicas del talud ubicado en la Calera entre el restaurante Tramonti y el mirador la paloma localizado en el costado oriental de la vía a la Calera en Bogotá D.C.
Plazo: 6 meses.	Plazo: 5 meses.

²³³ REALES, Yakcenia; LÓPEZ, John; FORERO, Brian. “Estudio comparativo de dos casos de contratación pública de obras de malla vial en la ciudad de Bogotá entre los años 2012 y 2013” Trabajo para optar al título de Especialista en gerencia de Obras. Colombia: Bogotá. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Ingeniería Civil, año 2015.

<p>De conformidad con los parámetros del ciclo de vida del proyecto se observó desde el inicio que no conto con una rigurosa planeación, observando fallas en los tiempo, tales como la suscripción del acta de inicio a los 8 meses después de adjudicado el contrato, cambios en zonas de intervención que requirieron de nuevo análisis geométricos. A la fecha de realización del comparativo, la fase de construcción del presente contrato no había iniciado y se encontraba suspendido por ajuste de diseños y obtención de permisos.</p>	<p>De conformidad con el ciclo de vida del proyecto se logró determinar en el estudio, que este contrato, pese a que previa a la etapa de ejecución no contaba con todos los documentos que son pre requisitos, lo que genero un incremento en el valor de la ejecución de la obra en tiempo y dinero, finalmente cumplió con la entrega de la obra a la comunidad. Es decir, que aunque hubo problemas en la etapa de planeación, respecto al ciclo del proyecto, lograron ser subsanados en la ejecución del contrato.</p>
--	--

Elaboración propia

Este estudio, realizado para optar por un título en Ingeniería civil, analiza dos contratos teniendo en cuenta el ciclo de vida de los proyectos y su organización -componente de la Guía del PMBOK-, presentando -para el caso que nos ocupa-, en el esquema, una etapa de identificación del problema o necesidad y otra de factibilidad, en la que se reúnen todos los componentes que deben encontrarse en la elaboración de los estudios previos, identificado cada uno de los estudio que para obras de infraestructura son indispensable, tales como estudios urbanístico, de topografía, geotécnico, de tránsito y transporte, de redes, pavimento, ambiental, predial social, diseño geométrico, diagnostico de estructuras, entre otros. En la comparación de los contratos se obtuvo como resultado, que pese a que los dos presentaron fallas en la etapa de prefactibilidad y factibilidad, uno de ellos en la etapa de ejecución, debido a que la falla fue menor, pudo regularizar su proceso, mientras que el otro, presento fallas de planeación que a la fecha del estudio académico no se habían podido subsanar. Con dicho estudio se pretendió demostrar que se requiere una buena estructuración en la fase de planeación a fin de garantizar el éxito de un proyecto de obra civil.

Estudio No. 3: Diagnostico del proceso de contratación Colombiano en su fase de prefactibilidad e identificación de iniciativas para su optimización.²³⁴

RESULTADOS OBTENIDOS	
Contrato	Evidencia de la falta de planeación
Planta procesadora de yuca	Se evidenciaron actividades de planeación en la primera fase, no obstante, no se analizó que la región no contaba con la producción de materia prima que garantizará la labor de la planta procesadora.
Parque de la aguas	Es considerada una obra inconclusa. Contrato, que pese a cumplir en principio con lo estipulado en la normatividad frente a estudios previos, no contaba con un suministro garantizado de agua.
Hospital de Yopal	Pese a que se terminó la obra civil, no se contó con la dotación necesaria para su eficaz funcionamiento, que por demás, sumaba el mismo valor que la construcción, de tal manera que se ofrecen los servicios en condiciones difíciles y precarias.
Solución vial Dosquebradas Pereira	La entidad pública suscribió el acta de inicio sin haber adquirido los predios en los cuales se iba a ejecutar el objeto contractual.

Elaboración propia.

Con el estudio técnico de la fase de prefactibilidad se pretendían identificar iniciativas para el mejoramiento del proceso contractual. Dicho trabajo se dividió en varias etapas, siendo una de estas, el estudio de los contratos referidos a través de un “Diagrama de Ishikawa”

²³⁴ RODRIGUEZ, Leonardo; BUSTOS, Diego. “*Diagnóstico del proceso de contratación Colombiano en su fase de prefactibilidad e identificación de iniciativas para su optimización*”. Trabajo para optar al título de Ingeniero Civil. Colombia: Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada, Programa de Ingeniería Civil, año 2016.

que permitía clasificar las causas y los efectos en el análisis de los proyectos. Estos contratos fueron mencionados, según se señala en el informe, en los debates que se adelantaron en el Congreso de la República y que culminaron con el Acto Legislativo 05 de 2011 que reglamento el nuevo sistema de Regalías. En dicha oportunidad, tal como se observó en los resultados reportados, se arrojaron deficiencias de planeación técnica, mala administración, cálculos errados de presupuesto, en general, estudios incompletos.

De hecho, los primeros tres contratos del estudio en mención también fueron referidos por la doctrinante *Iriana Aponte Díaz*, en el artículo ya citado de “*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*”²³⁵, para demostrar su hipótesis, en cuanto a la existencia de contratos que pese a que “cumplieron” con los mínimos de planeación precontractual, no llegaron a feliz término o su realización no tuvo en cuenta importantes requerimientos financieros, técnicos, sociales, ecológicos, entre otros, para su sostenibilidad.

Sin embargo, de conformidad con lo analizado hasta el momento, las evidencias identificadas y recurrentes de la falta de planeación, resultaron ser los mismos ya identificados en los estudios anteriormente referidos, pese a que presentan un aparente cumplimiento de los requisitos legales:

Deficiencia de estudios previos:

- ✚ Inadecuada elaboración de diseños, sin tener en cuenta la realidad del predio.
- ✚ Falta de gestión predial, permisos y licencias.
- ✚ Falta de estudios técnicos y de delimitación del alcance de la obra a ejecutar, así como análisis de suelos.

²³⁵ Ob. Cit. APONTE DÍAZ. pp. 199-200

- ✚ Cambios en zonas de intervención.
- ✚ No se analizó que la región no contaba con la producción de materia prima necesaria.
- ✚ No se contó con la dotación necesaria para el eficaz funcionamiento de objeto contractual.

Estos tres estudios referenciados, tienen en común, su elaboración por parte de Ingenieros Civiles, o candidatos a grado de Ingeniero Civil, en el que por la especificidad del tema, en la manera en que se aborda en la presente investigación, esto es, enfocado la etapa precontractual y en los estudios previos, a la parte de planeación técnica, aportan un grado de especialidad frente a la manera de analizar los diferentes contratos de obra, ya que a través de diversos métodos propios de su carrera, presentan un diagnóstico de las etapas de prefactibilidad y factibilidad en aras de mejorar la fase de planeación, otorgando y siendo conscientes de la importancia que el principio reviste para la ejecución de la obra. En la totalidad de los casos de estudio, la preocupación por examinar la contratación pública, tiene como origen el enfoque que los medios de comunicación otorgan a los casos no exitosos.

Finalmente, con relación a los estudios de casos particulares, se encuentra la tesis: *“Parámetros técnicos y legales a observar en los contratos estatales para determinar deficiencias de planificación que puede conllevar a responsabilidad fiscal ante las contralorías en Colombia”*²³⁶, mediante la cual, se estudia un proceso real de la Contraloría General de la Republica en el que se evidencia la presunta responsabilidad fiscal de un gestor, a causa de la indebida planeación en la contratación:

²³⁶ PERDOMO, Andrés. *“Parámetros técnicos y legales a observar en los contratos estatales para determinar deficiencias de planificación que puede conllevar a responsabilidad fiscal ante las contralorías en Colombia.”*. Trabajo para optar al título de Especialista en gestión pública. Colombia: Pasto. Universidad Nacional Abierta y a Distancia –UNAD–, año 2016.

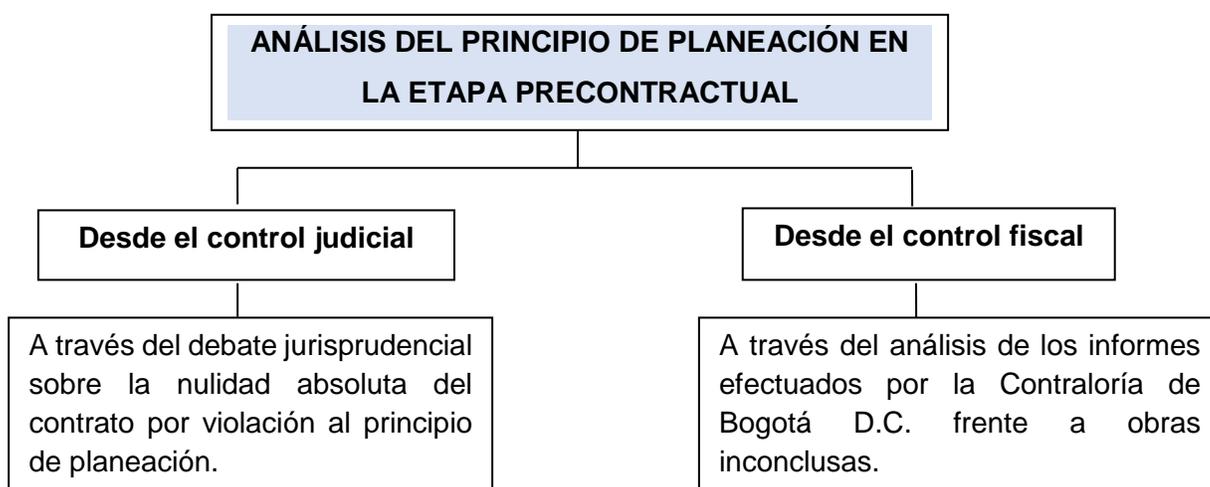
RESULTADOS OBTENIDOS	
Contrato	Evidencia de la falta de planeación
Contrato de Obra No. 200 de 2011. Objeto: Construcción de muro de contención en concreto de 300 psi en zona crítica de la rivera del Rio. Valor: \$233.497.890	Se evidenció ausencia de diseños completos como los estructurales, de suelos, hidrológicos, hidráulicos, geomorfológicos, entre otros. Solo existía un plano sin los soportes de cálculos preliminares. Lo anterior generó malos cálculos en las cantidades de obras y durante la ejecución del contrato se modificó el alcance del mismo.
	En la visita de inspección se evidenció que el muro era técnicamente inservible por cuanto se ejecutó incompleto.

Elaboración propia

Adicional a este contrato, en el estudio referido, se utilizan igualmente casos hipotéticos, en aras de facilitar a los funcionarios de la Contraloría el ejercicio del control fiscal, respecto a hallazgos, cuyo origen se encontraran en deficiencias u omisiones de planeación, de tal manera que se pudiera efectuar un listado de parámetros a tener en cuenta. En los resultados obtenidos de los casos, nuevamente se observa que la deficiencia en la planeación se da desde el momento mismo de la identificación del objeto a contratar teniendo en cuenta todas las variables técnicas (diseños, visitas, materiales, etc.). La deficiencia inicia en la elaboración del diseño, por lo que era previsible la realización de una obra inconclusa.

En ese orden de ideas, si bien no hay un estudio reciente que determine estadísticamente el cumplimiento o no del principio de planeación en la etapa precontractual -con la misma metodología aplicada en el año 2004-, de los estudios particulares referidos se demuestra, cómo del análisis de casos, se puede llegar a examinar el comportamiento de las entidades públicas, desde diferentes escenarios, de tal manera que se pueda evidenciar omisión, fallas o aciertos, así como causas recurrentes a prevenir, y por supuesto, las consecuencias

que su inobservancia conlleva desde cada uno de los ámbitos utilizados para el análisis. Igualmente de dichos estudios se pueden examinar temas puntuales referentes al principio de planeación en la etapa precontractual que aporten al campo de estudio objeto de investigación. De tal manera, que dos escenarios importantes en tema de planeación, lo constituyen la jurisprudencia y los informes de contraloría, que han venido desarrollando este principio de manera significativa, por lo que se efectuará una revisión de los casos sometidos a estos controles:



Es importante precisar que cada uno de los escenarios mediante los cuales se va a analizar el comportamiento precontractual de las entidades públicas con referencia al principio de planeación, si bien presentan el mismo objeto de estudio: *la gestión contractual pública*, conllevan controles distintos, competencias diferentes, autoridades diversas y por supuesto, consecuencias jurídicas diferentes, que serán descritas en cada uno de los subcapítulos. Lo importante en este apartado es aclarar, que a partir de estos dos campos de estudios diversos, se puede llegar a la identificación de herramientas indispensables a través del desarrollo empírico de las mismas entidades, examinadas a la luz de la máxima autoridad contenciosa administrativa -Consejo de Estado-, y de la Contraloría General de la República, que mediante su control fiscal aporta en gran medida a la protección de los recursos públicos.

5.2. CONTROL JUDICIAL: DEBATE JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.

El Control judicial de la contratación pública es efectuado en Colombia a través de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, siendo el tribunal supremo el Consejo de Estado, cuyas atribuciones se encuentra consagradas en el artículo 237 de la Constitución Política de Colombia, desarrolladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011 artículo 104 y ss.-.

CONTROL JUDICIAL

JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Objeto	La efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley, así como la preservación del orden jurídico.
Autoridad	El Consejo de Estado es el máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
Competencia	La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos , hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.
Competencia en materia de contratación pública:	(...)Igualmente conocerá de los siguientes procesos: (...)2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

	<p>3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.</p>
<p>Medios de Control en materia de contratación pública y consecuencias</p>	<p>Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se <u>declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.</u> Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.</p>
	<p>Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.</p>
	<p>El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.</p>

Elaboración propia

Ahora bien, como se ha venido señalando en la investigación, el principio de planeación ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, cada vez con

mayor profundidad y sin cambios drásticos diferentes a ampliar su ámbito de observancia. Sin embargo, hay un tema en particular que ha proporcionado sí un cambio en la perspectiva y aplicación práctica de dicho principio, generando hasta ahora debates jurisprudenciales en la misma Corporación Pública, quedando pendiente el análisis de los efectos que producirá en el futuro para las partes involucradas.

El análisis de este debate, además de enriquecer el estudio frente al principio de planeación, evidencia en los casos analizados, las falencias y experiencias que en la práctica presentan las entidades, a través de las cuales se podrán hallar elementos, que contenidos de manera imprescindible en los estudios previos, fortalecerán la estructuración de los proyectos para los contratos de obra pública. Igualmente, permitirá determinar la consecuencia que en el control judicial -presenta en la actualidad-, la violación al principio de planeación en la etapa precontractual.

Es importante señalar de manera previa, que dentro de los cambios que ha traído la jurisprudencia frente al principio de planeación, se encuentra la de responsabilizar a los particulares contratistas del cumplimiento del mismo. Este principio, si bien en esta investigación es desarrollado desde el ámbito de la Administración, como deber de las entidades públicas y herramienta para prevenir la causación de daños antijurídicos de conformidad con la normatividad, ya no es exclusiva o predicable sólo de la Administración, pues esta también es vinculante para los contratistas, que como colaboradores deben detectar las deficiencias en la planeación a la hora de contratar, y abstenerse de participar en procesos o suscribir contratos respecto de los cuales se observa imposibilidad de ejecución, y aún más, abstenerse de solicitar reclamaciones que en dicho caso constituirían apropiación indebida de recursos públicos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia.

Lo anterior hace parte del desarrollo en materia del principio de planeación de los últimos años, que tiene que ver con la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación, que ha venido siendo declarada de oficio por el Consejo de Estado. Este debate

será abordado mediante la revisión cronológica de la jurisprudencia frente al tema particular, su evolución, desarrollo y posición actual:

La nulidad del contrato declarada de oficio, ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en diversos fallos, dentro de los cuales se destacan los siguientes, aplicables al caso objeto de estudio -contratos estatales de obra-:

- ***Nulidad absoluta de cláusulas que contrarían el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en objeto ilícito.***

El Consejo de Estado, tratándose de contratos de obra pública, mediante sentencia del **14 de marzo de 2013**, del Magistrado Ponente Carlos Alberto Zambrano (Sección Tercera)²³⁷, declara de oficio la nulidad absoluta de dos cláusulas contenidas en el contrato de obra No. 013 del 24 de marzo de 1994 suscrito entre Jairo Antonio Ossa López y la Superintendencia de Notariado y Registro, que correspondían al anticipo pactado y a la oportunidad del pago del saldo correspondiente. Si bien, las pretensiones de la demanda en el presente caso estaban orientadas a la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la Superintendencia, como requisito para su análisis, el Consejo de Estado estudio previamente la existencia y validez de las disposiciones presuntamente incumplidas. De esta manera la Corporación realizó un estudio sobre la **nulidad del contrato por objeto ilícito**, examinado la normatividad establecida para el efecto en la ley 80 de 1993 y en el Código Civil, así como el deber del juez de decláralo de oficio cuando observe dichos vicios. En esta ocasión, como se señaló, se declaró la nulidad absoluta de las cláusulas debatidas, por pactar un anticipo superior al 50% del valor del contrato, en contravía de las disposiciones legales.

“(...)En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la ley 80 de 1993 consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales,

²³⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C.: 14.03.2013. Radicación: 760012331000199603577-01 Expediente: 20.524. Ob. cit.

cuando éstos adolezcan de vicios de tal raigambre, situación que también contempla el artículo 1742 del C.C.²³⁸ al señalar que el juez puede pronunciarse, de oficio, respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos, cuando éstas aparezcan de manifiesto en el respectivo acto o contrato, todo lo cual tiene como fin garantizar la prevalencia del orden público jurídico que debe regir las relaciones de la misma índole.

Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de salvaguardar al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad²³⁹.

(...) Como se dijo párrafos atrás, el régimen jurídico que gobierna el contrato en cita, es el contenido en la ley 80 de 1993 (ver título II de estas consideraciones) y, a términos del parágrafo del artículo 40 de dicha ley, las partes pueden pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos que no excedan el cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

*En el sub examine, las partes pactaron la entrega de un anticipo, a favor del contratista, del 70% del valor contrato, con lo cual desconocieron de manera protuberante el precepto imperativo, de orden público y de obligatorio cumplimiento, citado en el párrafo anterior; en tales condiciones, las cláusulas décima del contrato 013, del 24 de marzo de 1994 y segunda del contrato adicional 01, del 28 de diciembre de 1994, están incursas en la causal de **nulidad por objeto ilícito** prevista por el artículo 1741 ibídem, la cual se integra al artículo 44 de la ley 80 de 1993, por expreso mandato del inciso primero de esta misma norma, **por cuanto fueron concebidas contra normas que hacen parte del orden público jurídico.***

(...)El artículo 40 ibídem prevé que en los contratos que celebran las entidades estatales pueden incluirse las cláusulas que las partes consideren convenientes, pero la misma ley señala que las estipulaciones contractuales no pueden ser contrarias "... a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y

²³⁸ "Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declara por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria." COLOMBIA. CODIGO CIVIL. Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2º.

²³⁹ BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s. Citado por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C.: 14.03.2013. Radicación: 760012331000199603577-01 Expediente: 20.524. Ob. cit.

finalidades de esta ley y a los de la buena administración” y sucede, precisamente, que la estipulación contractual analizada desconoce las normas imperativas de los artículos 4 (numeral 8), 5 (numeral 1), 27 y 28 de la ley 80 de 1993 y el principio de mantenimiento de la ecuación contractual.

*Por lo anterior, el párrafo segundo de la cláusula novena del contrato 013 del 24 de marzo de 1994, al igual que las cláusulas analizadas párrafos atrás, **está viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, conforme a lo dispuesto por los artículos 1519 del C.C. (en armonía con el 1741 ibídem) y 44 de la ley 80 de 1993. Así lo declarará la Sala en la parte resolutive de esta providencia.***”
Negrilla fuera del texto.

De conformidad con lo anterior, en esta sentencia se analiza la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta por objeto ilícito, específicamente por contener el contrato cláusulas contrarias a las que hacen parte del ordenamiento jurídico, expresamente consagradas.

- ***Declaratoria de nulidad del contrato por la causal de objeto ilícito, porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados – El Deber de planeación también abarca a los contratistas.***

Ahora bien, de manera puntual el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante **Sentencia del 24 de abril de 2013**, en esta ocasión, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa²⁴⁰, **analiza la declaratoria de nulidad del contrato por la causal de objeto ilícito, al desconocer el principio de planeación.** En este caso, precisamente, se estudia un contrato de obra pública con una mala elaboración de estudios previos y una ostensible falta de planeación, al pretender suscribir el contrato de obra sin la adquisición de los predios sobre los cuales se construiría la misma y ni siquiera haber adelantado las

²⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: 24.04.2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Actor: Jairo Ospina cano. Demandado: Área metropolitana de Bucaramanga. Referencia: Acción de controversias contractuales [Apelación sentencia].

diligencias necesarias para su obtención. Adicional a lo anterior se dispuso de un plazo de ejecución demasiado breve.

En esta sentencia, como se anunció previamente, el Consejo de Estado hace precisión que en materia contractual, los particulares, de conformidad con lo establecido en la ley 80 de 1993, inciso 2 artículo 3, son colaboradores de la administración, **por lo que se les atribuye igualmente el deber de planeación que se les endilga a las entidad públicas**, debiendo poner de presente a la entidad las deficiencias que se evidencien, de tal manera que puedan subsanarse, o caso contrario abstenerse de celebrar dicho contrato que de la manera en que está estructurado se observa que no podrá cumplirse: En el presente caso la falta de planeación, fue atribuible no sólo a la Administración sino al contratista, quien suscribió el contrato conociendo dicha irregularidad:

*“ (...) Finalmente, no debe olvidarse que a las voces del inciso 2º del artículo 3º de la ley 80 de 1993 los particulares ‘tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones’ y por consiguiente de este precepto se desprende que **el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración** puesto que no solo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse.*

Mucho menos podrán pretender los contratistas, en este último caso, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

*Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un lapso de tiempo muy corto (v/gr. 60 días) **y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición**, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas*

de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse.

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.” Negrilla fuera del texto.

- ***Declaratoria de nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto de acuerdo con el derecho común, por omisión del principio de planeación.***

Esta misma sentencia, frente a la declaratoria de nulidad, retoma el análisis efectuado en la sentencia del 14 de marzo de 2013 anteriormente referida, pero incorpora un aparte especial, en este caso, porque se analiza la omisión del deber de planeación, **constituyéndose una prohibición no explícita**, es decir, no enlistada en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, sino de conformidad con lo establecido en el derecho común:

(...)3. El artículo 44 de la ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.

(...) 5. *En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en el contrato que celebraron el señor Jairo Ospina Cano y el Área Metropolitana de Bucaramanga el 14 de diciembre de 1994, distinguido con el número 0366-1, se violó el deber de planeación toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría el puente peatonal de San Antonio de Carrizal, ni haber adelantado las diligencias necesarias para ello, a pesar de que se pactó como plazo de ejecución de la obra un lapso de tiempo muy breve como lo fue el de 60 días que las partes convinieron, lo que desde ese momento ya indicaba, como efectivamente ocurrió, que la obra contratada no podría ejecutarse en esas circunstancias y en ese plazo.*

En efecto, el plenario da cuenta de que más de dos años después de haber sido celebrado el contrato, los terrenos no habían sido adquiridos en su totalidad, tal como se deduce de la comunicación del contratista del 4 de febrero de 1996 y de que la obra finalmente no se construyó.

La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato 0366-1 que las partes celebraron el 14 de diciembre de 1994 ya que infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; los numerales 6º, 7º y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3º del artículo 26, de los numerales 1º y 2º del artículo 30, todos de la ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 1 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.²⁴¹ Negrilla fuera del texto.

²⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.: **24.04.2013**. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Ob. cit.

Se hace énfasis en esta sentencia, de los parámetros del principio de planeación, otorgando especial relevancia al parámetro de oportunidad, mencionado igualmente en el capítulo primero de la presente investigación, en los dos enfoques referidos en dicha oportunidad, esto es, respecto del momento en que debe celebrarse el contrato, una vez previstos todos los factores jurídicos, técnicos, económicos, climáticos, etc.; y en cuanto a la duración del objeto contractual, que influirá en el precio, el proceso de selección y la objetividad en el estudio y evaluación de las propuestas, entre otros. Igualmente se analiza la declaratoria de nulidad de oficio, el tema de la restitución²⁴², la prohibición de sanearse la nulidad absoluta por ratificación de las partes, el principio de *reformatio in pejus*²⁴³, entre otros.

- ***No toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud en su objeto.***

La misma argumentación expuesta en esta sentencia del 24 de abril de 2013, frente a la nulidad del contrato por objeto ilícito en virtud al desconocimiento del principio de planeación, es retomada por el Consejo de Estado, mediante **Sentencia del 13 de junio**

²⁴² “(...) El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos. (...) Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido. Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el ‘aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*’ y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.” *Ibid.*

²⁴³ “(...) En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas. Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la *reformatio in pejus* porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.” *Ibid.*

del mismo año²⁴⁴, al estudiar un contrato cuyo objeto consistía en la construcción de la solución vial Pereira-Dosquebradas grupo II, sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría la obra²⁴⁵, adicionando la siguiente precisión frente al tema:

“(…) Pero por supuesto que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud en su objeto, toda vez que las falencias que producen esta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.”

Manteniendo la misma postura y argumentos frente al tema, en la **Sentencia del 26 de febrero de 2014**, el Consejo de Estado²⁴⁶ agrega lo siguiente frente al tema:

“(…) En este orden de ideas no puede concluirse de manera inmediata e irreflexiva que en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que

²⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.: 13.06.2013. Rad.: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637). Actor: Consorcio Concreto S.A. y Dragados y Construcciones S.A. Demandado: Instituto Nacional de Vías —Invías— Proceso: acción contractual. [Asunto: recurso de apelación.]

²⁴⁵ “(…)5. En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en el contrato que celebraron el consorcio Dragados y Construcciones S.A. y Concreto S.A. y el Instituto Nacional de Vías —Invías— el 27 de junio de 1994, distinguido con el número 351, se violó el deber de planeación toda vez que él se celebró sin haber adquirido los predios sobre los cuales se construiría la solución vial Pereira-Dosquebradas grupo II pues desde ese momento ya se advertía que la obra contratada no podía ejecutarse en el plazo de 14 meses que había sido pactado.”. Ibíd.

²⁴⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D. C.: 26.02.2014. Rad.: 68001-23-15-000-1997-13341-01 (26.551). Actor: Luis Jesús Ochoa Reina. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. Proceso: acción contractual. [Asunto: recurso de apelación].

no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución.”²⁴⁷

En la misma línea jurisprudencial, el Consejo de Estado, Sección Tercera, a través del Magistrado Ponente, Dr. Hernán Andrade Rincón (E), en **Sentencia del 11 de junio de 2014**²⁴⁸, al estudiar un contrato celebrado de manera directa, desprovisto de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, cuyo objeto consistía en la “(...) *pavimentación de la calle 40 Acopi del Municipio de Yumbo (...)*”, examinó y decretó la declaratoria oficiosa de nulidad del contrato por incumplimiento al principio de planeación, pues sólo se acreditó la celebración del contrato, es decir sin las etapas requeridas, no aportándose el anexo No. 1 que presuntamente contenía las especificaciones técnicas del objeto contractual:

“(...) Por el contrario, es el mismo municipio el que en sus argumentaciones sostiene que nunca existieron “estudios de factibilidad, diseños, proyectos o cantidades de obra estimada” (...). “(...) En ese sentido, si bien es cierto que no le era posible al municipio de Yumbo dar por terminado unilateralmente el contrato por fuerza de la mencionada circunstancia, no lo es menos que nada impide que, en aquellos casos en los cuales se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, el juez, de oficio, proceda a declararla (...).”

²⁴⁷ “(...) Sin embargo las probanzas que obran en el plenario no dan cuenta de que la no adquisición del derecho de dominio sobre el predio en el se construyó la obra del Cuartel de Policía de Floridablanca, era un hecho que desde el mismo momento de la celebración del contrato ya ponía en evidencia que la obra no se ejecutaría o que en razón de él se produciría una excesiva demora en su ejecución. En efecto, hasta el momento en que se venció el plazo contractual, que lo fue el 18 de agosto de 1995, las partes reconocieron que el primer retraso se debió a que el contratista encargado de la ejecución de la primera etapa no entregó oportunamente las obras a su cargo tal como lo manifiesta el aquí demandante en su comunicación del 25 de febrero de 1995 y con fundamento en ello pide una prórroga de 65 días que le fue concedida(...)Luego, en síntesis por ninguna parte se vislumbra que la no adquisición del predio para construir la obra haya sido el motivo determinante para la inejecución de la obra o para su excesivo retraso, de tal manera que se evidenciara una violación al deber de planeación que condujera a la invalidez del contrato”. *Ibíd.*

²⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá: 11.06.2014. Exp.: 34649. Sentencia 2000-01764, Rad.: 760012331000200001764 01. Ob. cit.

En este caso, para estudiar el tema de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito en virtud al incumplimiento al principio de planeación, nuevamente se examinaron los artículos 45 de la ley 80 de 1993, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo²⁴⁹, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, relacionados con la facultad del juez de declarar de oficio la nulidad. Igualmente se transcriben las causales de nulidad establecidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993 y las causales establecidas en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil, haciendo referencia a la integración normativa que en caso de nulidad absoluta de los contratos estatales se debe tener en cuenta:

“(...)Así las cosas, comoquiera que el procedimiento de contratación directa adelantado por el municipio de Yumbo para la pavimentación de la calle 40 Acopi de dicho ente territorial, de conformidad con las razones anteladamente expuestas, estuvo desprovisto de los principios que rigen la actividad contractual del Estado, específicamente los de planeación, transparencia y selección objetiva, se transgredieron las disposiciones que sobre su observancia y desarrollo imponían los artículos 23, 24, 25 y 26 de la ley 80 para la selección del contratista, razonable resulta concluir que dicha circunstancia da lugar a que se configure la causal de nulidad prevista en el artículo 1519 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 1741 ibídem —incorporada en el Estatuto Contractual—, consistente en la configuración de objeto ilícito por la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de los aludidos principios regulados en el Estatuto de Contratación Estatal.(...)”²⁵⁰

- **Debate dentro de la misma Corporación.**

No obstante la anterior línea jurisprudencial acabada de referenciar, relacionada con el principio de planeación y la nulidad del contrato con ocasión a su inobservancia, el mismo Consejo de Estado, pero en esta ocasión la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante el **fallo de tutela de fecha 21 de agosto de 2014**²⁵¹, a través del

²⁴⁹ Decreto 01/84 Derogado.

²⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá: 11.06.2014. Exp.: 34649. Sentencia 2000-01764, Rad.: 760012331000200001764 01. Ob. cit.

²⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá: 21.08.2014. Ref.: Expediente N°: 11001031500020130191900. Ob. cit.

Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas, contraría el análisis referido, señalando variación en la jurisprudencia proferida por la Sección Tercera. En esta oportunidad la Sección Cuarta abordó tres problemas jurídicos a saber: “(I) Si la sentencia acusada incurrió en un defecto sustantivo cuando dijo que el deber de planeación está instituido como principio rector de la actividad contractual del Estado. (II) Si la sentencia incurrió en defecto sustantivo cuando declaró la nulidad por objeto ilícito del contrato 352 de 1994, suscrito entre el INVIAS y CONCRETO, por violación del principio de planeación. (III) ¿Cuáles serían las consecuencias de que se desconozca el principio de planeación imputable a las partes del contrato?”.

Frente al primer problema jurídico planteado, la Sección Cuarta compartió las conclusiones señaladas por la Sección Tercera, al reconocer y reiterar la planeación como principio de la actividad contractual, concluyéndose lo anterior del análisis e interpretación integral del ordenamiento jurídico, señalando que el principio de planeación, si bien no se encuentra expresamente consagrado, se halla implícito y se deduce del análisis de los mandatos constitucionales y legales, por lo que es de obligatoria observancia por las entidades estatales.

Frente al segundo problema jurídico, en el Fallo de tutela que se referencia, se declaró un defecto sustantivo en la sentencia del 13 de junio de 2013 dictada por la Sección Tercera, por interpretación errónea, dejando sin efecto la sentencia y ordenándole resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 12 de diciembre de 2002, dictado por el Tribunal Administrativo de Risaralda, amparando así “*el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en la modalidad de tutela judicial efectiva, de la Constructora Concreto S.A.*”. Lo anterior por cuanto se señala en el fallo de tutela, que la inobservancia del principio de planeación no entraña per se la celebración de un objeto ilícito, y por ende la nulidad del contrato, señalando para el efecto las siguientes consideraciones:

*“(...) Ahora, **por tratarse de la sanción más grave que se puede imponer a los contratos, la nulidad absoluta sólo puede declararse por las causales expresamente definidas en la ley.** Es decir, las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva. Frente al tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 15.324, explicó que ‘las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas’²⁵².*

Se señala en esta oportunidad, para el efecto, las causales establecidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, que a su vez remite a los casos previstos en el derecho común (artículo 1741 del Código Civil y al Código de Comercio artículo 899):

“(...)En lo que aquí interesa, la causal de nulidad por objeto ilícito (que fue la que se halló probada en el caso particular) tendría fundamento en los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, que, en su orden, establecen que ‘Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación’ y que ‘hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes’ Según la anterior definición, que se enmarca dentro de lo que se llama el derecho común, si las partes de un contrato van en contravía de una expresa prohibición legal, por ejemplo, habría un caso de objeto ilícito por violación de la ley o como cuando el contrato se ajusta en medio de escenarios delictuales, como cuando el contrato se vuelve un instrumento para cometer delitos.”

“(...) La Sala no ignora que la expresión objeto ilícito, como causal de nulidad del contrato, es un concepto jurídico indeterminado, pero no por eso le confiere al juez del contrato discrecionalidad para decir cuándo hay y cuándo no hay objeto ilícito. Es evidente que la expresión objeto ilícito alude muy particularmente a las mutuas prestaciones que las partes acordaron, prestaciones que devienen ilícitas porque estaba prohibido que se pacten o porque se pactaron para facilitar la violación de otras normas o para perjudicar a terceros. O, al decir de Ospina Fernández, cuando las cláusulas también resultan contrarias al orden público y a las buenas

²⁵² De conformidad con lo señalado en la Sentencia referida: “También puede consultarse la sentencia del 1 de diciembre de 2008, dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Miryam Guerrero de Escobar. Exp. 15.603”

costumbres. Lo ilícito, en consecuencia, debe predicarse de una, varias o todas las obligaciones asumidas por las partes, pues estas obligaciones son el objeto del contrato.”

*“(…) para concluir la ilicitud del contrato 352, la autoridad judicial demandada acudió no propiamente a las cláusulas del objeto del contrato, sino a la etapa previa a su suscripción, de ahí que el juez se haya dolido de que, al 27 de junio de 1994, fecha de la celebración del contrato, no se habían adquirido los predios para construir la solución vial Pereira - Dosquebradas y que esa situación se prolongó hasta vencido el plazo inicial de ejecución. La violación del principio de planeación que halló demostrada la autoridad judicial demandada radicó en la incuria o improbidad de la administración para alistar las condiciones de la ejecución del contrato, puesto que lo celebró sin haber antes adquirido los predios necesarios para la obra. De ahí derivó el objeto ilícito del contrato. **A juicio de esta Sala, la violación del principio de planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito.** En efecto, la ilicitud que la sentencia encontró probada se trasladó del objeto del contrato propiamente dicho a la etapa previa a la celebración, en cuanto exigió que, en últimas, ambas partes debían tener certeza de la disponibilidad de los predios, antes de celebrar el contrato de obra. Es decir, que halló probada una supuesta ilicitud en la fase previa a la celebración del contrato y no propiamente en las cláusulas de lo que sería el contrato.*

*Que las partes debieron, entonces, cumplir con el principio de planeación (prever la disponibilidad de los predios antes de la celebración) y como así no procedieron terminaron incurriendo en una conducta ilícita, tan ilícita como que viciaron de nulidad absoluta el objeto del contrato, que era la construcción de la solución vial de marras. De hecho, como generalmente es la administración la que adquiere los predios, la sentencia cuestionada estaría imponiéndole al contratista la obligación de no celebrar el contrato hasta asegurarse de que el INVIAS los adquiriera. Más o menos de ese modo, no se habría violado el principio de planeamiento y las partes no habrían incurrido en la celebración de un contrato con objeto ilícito. La Sala estima que hay una interpretación errónea en la deducción que ha hecho la sentencia cuestionada. Aun aceptando, como se acepta, que el principio de planeación es inherente a la actividad administrativa contractual y de ineludible acatamiento, una cosa es la etapa previa a la celebración del contrato, incluida la etapa de planeamiento, y otra es el momento de la celebración del contrato. **Al ajustarse el contrato queda configurado el objeto, esto es, quedan descritas las mutuas obligaciones y son estas las que deben estar libres de ilicitud: no deben ser contrarias a una expresa prohibición legal, deben respetar el orden público y las buenas costumbres.”***

“(...) Así pues, para la Sala, la sentencia objeto de tutela abordó con inexactitud el entendimiento de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y, por ende, incurrió en defecto sustantivo, por interpretación errónea, defecto que se configura cuando el precepto que se aplica es el que regula el asunto por resolver, pero el juzgador lo entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendido, lo aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma o normas un sentido o alcance que no les corresponde, según los hechos del caso.”

*“El principio de planeamiento obliga a los interesados a actuar con diligencia y cuidado desde la misma fase precontractual. Los potenciales contratistas también deben saber, conocer y enterarse de las proyecciones que hace la administración para formular propuestas serias, que respondan a las reales condiciones técnicas y financieras del bien o servicio que necesita la entidad. **Pero la consecuencia de la violación de este principio no se traduce automáticamente en una conducta constitutiva de objeto ilícito, que conlleve a la nulidad del contrato.** De ser así, la nulidad del contrato implicaría incluso la presencia de conductas penalmente reprochables, pues la celebración de contratos de objeto ilícito va de la mano de la comisión de los delitos de prevaricato y abuso de función de parte de los servidores públicos que intervinieron en la celebración del contrato viciado de nulidad.”* Negrilla fuera del texto.

Finalmente el fallo de tutela, frente al tercer problema jurídico, relacionado con las consecuencias del desconocimiento del principio de planeación imputable a las partes del contrato, señala, que si bien no debe quedar impune la suscripción de contratos mal planeados, endilgarle también responsabilidad al contratista por la falta de planeación, solo sería procedente de concluirse que dicho contratista a la suscripción del contrato podía conocer esa situación y advertir a la administración la circunstancia que le impedirían cumplir los plazos de ejecución, caso en el cual, sí compartiría responsabilidad con la administración por la no ejecución de la obra en los tiempos establecidos. De tal manera que la falta de previsión por parte del contratista, debe ser examinada según el caso y el tipo de obligación, en tanto si tenía la obligación profesional de saber, por ejemplo, que los predios no se habían adquirido, y que dicha circunstancia le impediría iniciar la obra dentro de los cronogramas pactados. Se reitera, que, en caso de comprobarse esta circunstancia, compartiría responsabilidad con la administración, pero por el incumplimiento, por la falta de previsión, mas no podría declararse -según la Sección Cuarta- la nulidad absoluta del contrato.

- ***La Sección Tercera da cumplimiento al fallo de tutela, pero ratifica su posición.***

Sí bien, la Sentencia del 13 de junio de 2013, del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, tuvo que ser nuevamente estudiada en cumplimiento al fallo de tutela del 21 de agosto de 2014 proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la **sentencia del 20 de Octubre de 2014**²⁵³ que da cumplimiento al fallo de tutela, se vislumbra la discrepancia en sus argumentos frente a lo resuelto de fondo acerca de la nulidad del contrato por objeto ilícito, y pese a cumplir con lo solicitado, se hacen precisiones en dirección a mantener la postura inicial:

*“(...) Así que tampoco es cierto, como desatinadamente lo pregona el fallo de tutela que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto, **no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen esta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.***

(...)Luego, si el principio de planeación en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo.

Y no se olvide que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y en el artículo 45 de la ley 80 de 1993, la nulidad absoluta puede y debe ser

²⁵³ Se da cumplimiento al Fallo de Tutela del 21 de agosto de 2014 proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y se revoca la sentencia del 12 de diciembre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, y en su lugar se niegan la totalidad de las pretensiones de la demanda. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: 20.10.2014. Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809). Acción contractual. [Asunto: Recurso de apelación.]

decretada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes que lo celebraron, posibilidad que constituye un poder-deber para el juzgador y por lo tanto, como deber, no puede eludirse ni excusarse cada vez que se reúnan los presupuestos para decretar oficiosamente la invalidez absoluta.”

Con relación a la responsabilidad del contratista frente al principio de planeación, en esta sentencia que da cumplimiento al fallo de tutela, se menciona brevemente la posición de la sección cuarta, en relación a que debe indagarse si el contratista sabía o no de la falta de planeación, como por ejemplo, si podía saber que la administración no había adquirido los predios, para efecto de determinar su responsabilidad, circunstancia frente a la cual la Sección Tercera resalta el efecto interpartes de las decisiones de tutela. No obstante como se acaba de referir, señala de manera general que la falta de planeación **debe ser evidente desde el momento de la suscripción del contrato**, que sea posible establecer de los documentos precontractuales, y den lugar a las circunstancias anteriormente transcritas, lo que debe tenerse en cuenta también al momento de evaluar la responsabilidad del contratista.

- ***Posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado. (Sección encargada de conocer lo relativo a los contratos estatales).***

Las precisiones efectuadas en esta sentencia del 20 de octubre de 2014, son reiteradas en la **Sentencia del 26 de noviembre de 2015**²⁵⁴, y aún con mayor detalle en la **Sentencia del 10 de diciembre de 2015**²⁵⁵ del Consejo de Estado (Sección Tercera), dejando clara su posición frente al principio de planeación, sobre su alcance en la contratación estatal, la

²⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: 26.11.2015. Radicación: 41001-23-31-000-2007-00355-01 (51.362). Actor: Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva. Demandados: Departamento del Huila. [Asunto: Acción Contractual (Sentencia)].

²⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

forma de evaluar la responsabilidad de los particulares, y la nulidad absoluta del contrato por desconocimiento del mismo:

*“(…)Así, por ejemplo, si una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o sólo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que **desde ese instante ya es evidente** que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado.*

(…) Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén 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.

Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobre costos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.

Así, también, puede concluirse que no en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y

planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución.” Negrilla y subrayado fuera del texto.

- ***Nulidad absoluta por desconocimiento del principio de planeación.***

En esta última sentencia a la que se viene haciendo referencia –que como se observa retoma lo que ha venido desarrollando frente al tema los últimos años el Consejo de Estado-, de diciembre de 2015, la sección tercera deja clara la posición que viene adoptando, de decretar la nulidad absoluta del contrato cuando encuentra que adolece de objeto ilícito por desconocimiento del principio de planeación y de los artículos constitucionales y legales que contienen el mismo, referenciados en capítulos anteriores, y según los cuales, los contratos estatales deben estructurarse en estricto orden para la adopción de decisiones que materialicen los objetos contractuales a fin de satisfacer el interés general, de forma tal que se realice un uso eficiente de los recursos. Y, reconociendo que no puede pasar por alto el fallo de tutela proferido por la sección cuarta, da cumplimiento al mismo, no sin dejar sentada su posición frente a las consideraciones del fallo a acatar, frente al cual resalta los efectos inter parte de los fallos de tutela:

“(…) los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que ‘... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...’ y que ‘hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...’, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente.

Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden

público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito.

Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.”

Eventos en que el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito	
Cuando las falencias que producen sean:	
1	Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse.
2	Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.
3	Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

“(…) En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto.”²⁵⁶

²⁵⁶ Analizados los eventos señalados en la misma sentencia para el caso concreto se concluyó lo siguiente: “Valorado el material probatorio, en el caso de autos la Sala observa que no era evidente ab initio de la relación contractual que pudieran presentarse retardos en la ejecución del contrato. Por el contrario, antes de la apertura de la licitación pública los proyectos contaban con los certificados de elegibilidad proferidos por Findeter, los cuales constituyen un concepto favorable y de viabilidad frente a la verificación y evaluación de la documentación aportada sobre los planes de soluciones de vivienda y del cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas urbanísticas, arquitectónicas y de sismo resistencia, entre otras.

Del mismo modo, ni en la visita realizada al lugar de las obras, ni en los pliegos de condiciones ni en el contenido contractual se observa situación alguna de la que pudiera evidenciarse la presencia de

En ese orden de ideas, una vez analizada la posición del Consejo de Estado, se obtendría que, de conformidad con lo señalado por la sección encargada de conocer los asuntos relacionados con los contratos estatales, desde la perspectiva del control jurídico, el desconocimiento del principio de planeación en la etapa precontractual tiene como consecuencia jurídica, en los casos señalados en la jurisprudencia, la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. No obstante, es imperioso el estudio concreto de cada caso en particular, pues no toda deficiencia en la aplicación del principio de planeación conlleva automáticamente a dicha consecuencia. En los demás casos no señalados, su desconocimiento conlleva el incumplimiento de un deber legal.

El tema de la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación, también ha sido abordado por autores como Ernesto Matallana Camacho, quién además de señalar la generación de un desequilibrio económico, indica, como consecuencia adicional a dicho desequilibrio, la nulidad del contrato que fue modificado en sus especificaciones técnicas por ejemplo, toda vez que se vulnera el principio constitucional de igualdad y la violación de una norma legal, como sería el numeral 13 del artículo 25 de la ley 80, modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, que hacen referencia a la obligación de contar con los estudios previos con antelación a la apertura de los procesos. “(...) *La nulidad sería una*

inconvenientes frente a la propiedad, adquisición o urbanismo de los lotes sobre los cuales habría de ejecutarse el proyecto.

Por el contrario, todo indicaba que la propiedad de los lotes había sido adquirida, que los mismos se encontraban urbanizados y que se contaba con los recursos suficientes para la ejecución de los proyectos.

En razón a lo anterior, la Sala considera que en el caso de autos no se configuran los presupuestos del objeto ilícito por desconocimiento del principio de planeación, por supuesto, sin que ello indique que tal principio no se haya vulnerado sino, simplemente, que tal vulneración no conlleva la configuración del objeto ilícito, y en este sentido habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y entrar a desatar las pretensiones de la demanda.” COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

*nulidad absoluta, prevista en el numeral 2 artículo 44 de la ley 80, que preceptúa que los contratos son absolutamente nulos cuando se celebran con expresa prohibición constitucional o legal. La nulidad en mención se configura por cuanto con la ausencia o la inadecuada elaboración de los estudios previos no se logran los ofrecimientos acordes con las necesidades de la entidad, situación que no es subsanable en el tiempo, pues la realización de aquellos es una obligación que se efectúa con antelación al proceso de selección y a la suscripción del contrato.*²⁵⁷ Aquí el doctrinante enmarca -en la edición del año 2013-, la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación en el numeral 2 artículo 44 de la ley 80/93, que se diferencia con las posiciones adoptadas por las secciones del Consejo de Estado, tomando un poco de cada una, lo que lo hace parte activa del debate.

El anterior desarrollo jurisprudencial ha generado reacciones de diferente índole y presenta efectos adversos o positivos dependiendo la perspectiva desde la que se examine: Por ejemplo, en el artículo *“La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura”* de la Universidad del Rosario²⁵⁸, se analiza el debate presentado como un cambio jurisprudencial negativo que plantea graves problemas con relación a la teoría jurídica del derecho administrativo y del derecho de las obligaciones, así como frente a la realidad Colombiana:

“Tal razonamiento expuesto en esas sentencias de abril y junio de 2013 plantea graves problemas de cara a la teoría jurídica del contrato estatal y de las cargas que se imponen al contratista. Ello precisamente así lo puso de presente el Dr. Gil Botero en su salvamento de voto a la sentencia del 24 de abril de 2013 al indicar que la tesis adoptada en el fallo implica que el contratista se constituye en un garante del comportamiento de un tercero, es decir, de la administración pública, respecto de quien es exigible el cumplimiento del principio de la planeación y, en ese sentido, la consecuencia más gravosa para el contratista es que entra a responder por actuaciones de las cuales ni siquiera fue partícipe.

²⁵⁷ MATA LLANA CAMACHO. Ob. cit., p. 425.

²⁵⁸ UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. *“La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura”*, Vol. 2 Ed 16 » Omnia » Revista Nova et Vetera, ISSN: 2422-2216 / Volumen 2 - N° 16 Junio 2016.

Según se señala en el artículo, el nuevo razonamiento expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado genera efectos adversos al querer del legislador plasmado en la normatividad de contratación pública, esto es, a la satisfacción oportuna y eficiente del interés general. Lo anterior, porque según se indica, la nueva posición jurisprudencial va a promover todo lo contrario: que las entidades sean menos rigurosas a la hora de estructurar proyectos y desatiendan el principio de planeación “(...) *por cuanto en últimas, los funcionarios del estado ni siquiera enfrentarán un juicio de responsabilidad por incumplimiento contractual, sino que se predicará la nulidad absoluta del contrato celebrado.*”

Igualmente se predica de la posición analizada, efectos comerciales y económicos negativos, primero porque la corresponsabilidad al contratista que se le adjudica haciéndolos partícipes de las actuaciones y omisiones relacionadas con el principio de planeación, en los términos establecidos, constituye un imposible fáctico, pues según señala el artículo, no se puede pretender que el contratista como colaborador de la administración revise y subsane en un corto plazo la viabilidad y ejecutabilidad de proyectos que la administración ha estructurado durante incluso años, empeorando la situación que ya vienen enfrentando las empresas constructoras. Y segundo, porque aumenta los riesgos que implica ya contratar con el estado, desentivando aún más las firmas constructoras nacionales e internacionales, afectando el desarrollo de la infraestructura y la inversión extranjera.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta todo lo anterior, podría concluirse, que pese al pronunciamiento de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y de las posiciones en contra y a favor, la jurisprudencia administrativa ha mantenido la postura de la nulidad absoluta del contrato por desconocimiento del principio de planeación, en los eventos señalados por la Sección Tercera, a quien por competencia le corresponde los temas contractuales. Esto sin pretender tomar ningún tipo de posición ni desconocer el análisis efectuado por la sección cuarta en su fallo de tutela, y por los doctrinantes y juristas.

Sin embargo los efectos adversos o favorables de la nueva postura sólo se comprobarán en el futuro y merecerán un análisis independiente y profundo. No obstante podría decirse, que aunque son fundados los razonamientos de quienes consideran adversos los efectos, -sobre todo a nivel económico y comercial-, la rigurosidad exigida a las partes contratantes en la postura de la sección tercera del Consejo de Estado, lejos de pretender desincentivar a las firmas constructoras y a los particulares de colaborar con la administración, procura de manera primordial el mejoramiento en el manejo de la contratación pública, la estructuración de los procesos, la protección y eficiencia de los recursos públicos y específicamente la celebración de contratos que garanticen la ejecución de sus objetos y por ende la prestación del servicio y la satisfacción del interés general. Del análisis de dicha postura se considera también, que constituye un intento más de lucha contra la corrupción, sin observar ningún tipo de disminución en la responsabilidad de la Administración, quien en últimas sigue siendo el principal responsable y garante del cumplimiento del deber de planeación.

Es importante señalar, que del estudio de los casos referidos por la jurisprudencia, respecto de los cuales se analizaba la consecuencia de la falta de planeación, se encontraron como reiteradas fallas en la planeación de la etapa precontractual, la omisión en la planeación jurídica y técnica, en tanto por ejemplo, no se contaba a la fecha de suscripción del contrato, con los predios sobre los cuales iba a ejecutarse la obra.

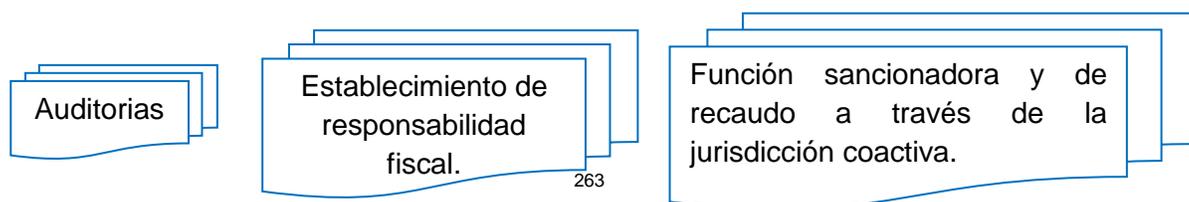
5.3. CONTROL FISCAL: ANÁLISIS DE LOS INFORMES EFECTUADOS POR LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. FRENTE A OBRAS INCONCLUSAS.

La Constitución Política de Colombia²⁵⁹ consagra en su artículo 267, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, a través de la Contraloría General de la Republica; función pública que

²⁵⁹ Constitución Política de Colombia 1991.

en los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde ejercerlas a éstas. Dicho control fiscal se desarrolla de forma posterior y selectiva de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley²⁶⁰ e incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales de los sujetos de control fiscal.²⁶¹

En ese orden, la Contraloría ejerce entre otras, las siguientes funciones en ejercicio del control y vigilancia fiscal²⁶²:



Elaboración propia

Tal como lo señala la Contraloría General de la República, las sentencias C-840 de 2001, C-382 de 2002 y C-557 de 2009, resumen las funciones básicas de la entidad de manera asertiva, estableciendo dos momentos importantes:

“Así, en un primer momento, las contralorías de todos los órdenes llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, dentro del ámbito de sus

²⁶⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.” Diario Oficial No. 40.732, de 27 de enero de 1993.

²⁶¹ *Ibíd.* artículo 267 y 272

²⁶² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN Contralor General de la República. Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República 2015-2016. p. 15.

²⁶³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.” Diario Oficial No. 44133 del 18 de agosto de 2000.

respectivas competencias, de conformidad con la ley. Esta primera labor se desarrolla mediante la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control fiscal selectivo. A partir de este seguimiento se produce la formulación de las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados. En un segundo momento, y si de la labor de vigilancia primeramente practicada surgen elementos de juicio a partir de los cuales se pueden inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, se inicia el proceso de responsabilidad fiscal, orientado a “obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.”²⁶⁴

CONTROL FISCAL²⁶⁵

Objeto	La vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación en todos sus órdenes y niveles, y el control de resultado.
Autoridad	Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República , las Contralorías departamentales y municipales.
Competencia	La Contraloría General de la Republica vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. (Ley 42 de 1993).

²⁶⁴ Citado por: Ibíd. p. 15

²⁶⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 42 de 1993 y Ley 610 de 2000. Ob. cit.

	<p>La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.</p>
<p>Competencia en materia de contratación pública:</p>	<p>De manera general, como el objeto de control son las entidades y particulares que manejen recursos del estado, la contratación pública se convierte en el propósito principal de análisis y control para las autoridades fiscales:</p> <p>Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.</p> <p>Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden.</p> <p>La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permitan determinar en la administración, en</p>

	<p>un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.</p>
<p>Medios de Control en materia de contratación pública y consecuencias</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Auditorias - Proceso de Responsabilidad Fiscal - Proceso de Jurisdicción coactiva
	<p>El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.</p>
	<p>La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.</p> <p>De tal manera que el proceso de responsabilidad fiscal es un proceso declarativo, de naturaleza administrativa y no tiene otro fin que la reparación del patrimonio público.</p>

	El fallo con responsabilidad fiscal establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondiente.
--	--

Elaboración propia

Actualmente la ley permite declarar la responsabilidad fiscal por daños al patrimonio público originados por una inadecuada planeación. El control fiscal inicia entonces con las auditorias, denuncias, indagaciones preliminares, entre otros mecanismos de control, a través de los cuales se puede determinar o no un hallazgo fiscal. En el caso en que se identifique dicho hallazgo, es necesario que se den los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal: el daño patrimonial al Estado, la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza la gestión fiscal y el nexo causal. Cuando como resultado del ejercicio de control, se encuentre establecida la ocurrencia de un daño patrimonial al Estado e indicios sobre el posible autor se ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal:

“Los proceso propios que llevan las contralorías (auditorias, denuncias, indagaciones preliminares, procesos de responsabilidad fiscal) se desarrollan sobre hallazgos de carácter fiscal los cuales se refieren a las deficiencias de control u observaciones encontradas que inicialmente se presentan como tal y se configuran como hallazgos un vez evaluados, valorados y validados en una mesa de trabajo (guía de auditoria CGR, 2015, p. 49). Para lograr fundamentar jurídicamente un hallazgo fiscal es necesario que se especifique la norma violada o no aplicada en forma coherente con los hechos y condiciones de dicho hallazgo, es decir, se debe definir la fuente (norma o ley) y el criterio (lo que dicta específicamente la norma o ley) según la estructura de un hallazgo definida en la guía de auditoria de CGR (2015). Para el caso particular de estudio, las normas a analizar se aplican a hallazgos fiscales que se originan en

*deficiencias u omisiones de planeación contractual y ocasionen una presunta responsabilidad fiscal.*²⁶⁶

De tal manera que, una vez definida la normatividad aplicable en materia de planeación en la etapa precontractual y lo desarrollado por la jurisprudencia frente a este principio de la contratación desarrollado en capítulos anteriores, se tendría como elementos para que exista responsabilidad fiscal por falla u omisión de este principio en la etapa precontractual, la existencia o hallazgo de una conducta dolosa o culposa producida en la etapa previa del contrato de realización de estudios previos y diseños, por parte de los gestores fiscales que intervienen en razón de su competencia en los actos administrativos y documentos de estructuración de los proyectos, y que por deficiencias, errores o inexactitudes producen un daño patrimonial, con un nexo causal entre estos dos elementos. Es importante dejar claro que para que la imputación de responsabilidad fiscal se produzca, la conducta del gestor fiscal debe haberse realizado con dolo o culpa grave.

En ese orden, en principio, una vez ya definida la normatividad que debe tenerse en cuenta en materia de planeación, la verificación y control por parte de las autoridades de control fiscal se centrarían en las omisiones de la administración por falta de estudios y diseños definitivos, que como ya se analizó, generan serias consecuencias, siendo en la mayoría de los casos daños patrimoniales, sobretodo en el caso de los contratos de obra, donde la falta de planeación en la etapa precontractual, en casos específicos, conduce a la modificación de precios, las cantidades, condiciones técnicas, incremento de los costos del proyecto, paralización del contrato, y/o imposibilidad de cumplimiento contractual, entre otros, que además terminan en demandas ante la jurisdicción. De tal manera que la consecuencia por la violación al principio de planeación en el control fiscal, por el daño patrimonial al estado, entendido, de conformidad con lo establecido en la ley²⁶⁷ como el menoscabo, la disminución, perjuicio, detrimento, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos como producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente o inoportuna que no busque el cumplimiento de los fines esenciales de Estado, que como se analizó pueden

²⁶⁶ PERDOMO, Andrés. Ob. cit. p.p. 44-45

²⁶⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 610 de 2000 Ob. cit.

tener como origen una falta o falla de planeación, conllevaría a la declaratoria de responsabilidad fiscal y a la imposición de la reparación del patrimonio público.

Una vez establecida la competencia, el objeto de estudio, y las consecuencias del control fiscal en materia de contratación pública por desconocimiento del principio de planeación en la etapa precontractual, como se señalaba al analizar los estudios y estadística del ejercicio precontractual de las entidades públicas, la labor y función que desarrollan los entes de control en casos particulares, se convierten en un insumo valioso para la identificación de causas por las cuales se falla en dicho principio contractual.

En este caso, como metodología de análisis, con base en el primer momento, esto es, en el desarrollo de la función de vigilancia **a través de auditorías** a los sujetos de control fiscal, la Contraloría General de la Republica y concretamente la Contraloría de Bogotá D.C., han venido adelantado seguimiento a obras públicas adjudicadas por el Distrito, cuyos resultados han arrojado la necesidad de generar pronunciamiento específicos frente a obras inconclusas y la generación de visitas fiscales especiales a alguna de estas.

De estos informes, se encuentra la oportunidad de analizar -una vez identificadas-, si en algunas de estas obras, la causa de su no culminación, puede tener como origen una falta de planeación en la etapa precontractual y concretamente en la elaboración de estudios previos. La razón de lo anterior, es la afirmación encontrada en uno de los informes a analizar del ente del control, en el que señala de manera categórica, que dichas obras inconclusas expresan en definitiva la ineficacia de la función administrativa, derivadas de falla de planeación, control y vigilancia en la ejecución, incumplimiento los principios administrativos y desprotección del patrimonio público.²⁶⁸

²⁶⁸ CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Informe de visita fiscal obras inconclusas*. Dirección Sector Gobierno Instituto Distrital de la Participación Ciudadana – IDPAC. Vigencia: 2014. [octubre de 2014]. Pág. v

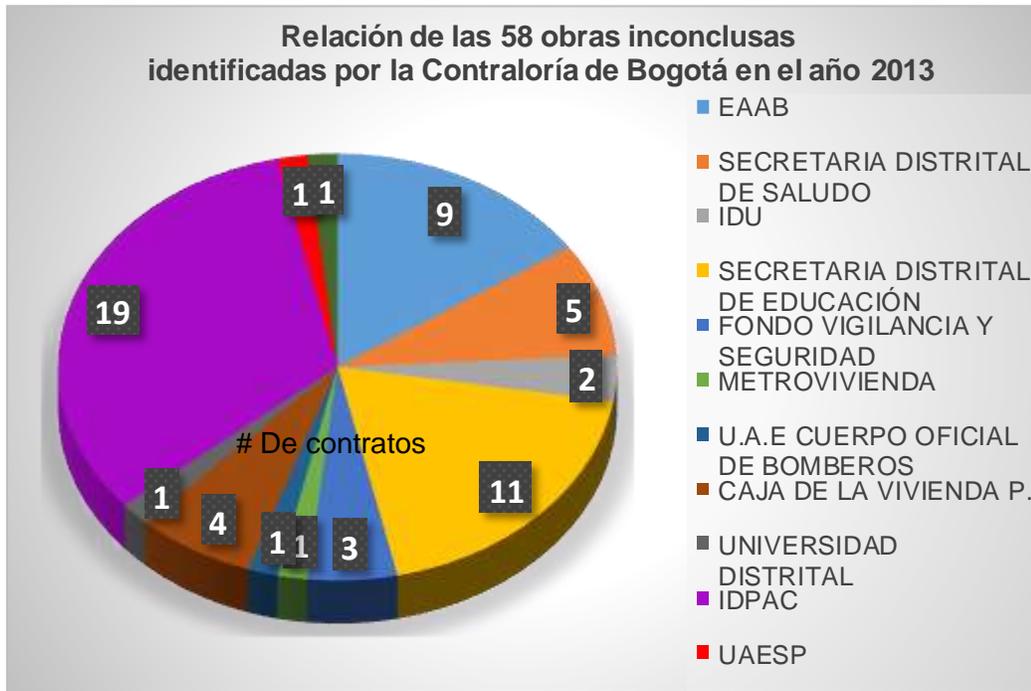
Es importante contextualizar, que la Contraloría de Bogotá define como *Obra Civil Inconclusa*: “*Construcción, mantenimiento, instalación o realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago, sin que al término de la intervención física o de la relación contractual, aquella haya concluido de manera satisfactoria para el interés general y para el definido por la entidad estatal que contribuye a su financiación.*”²⁶⁹

En virtud de lo anterior, la Contraloría de Bogotá, desde el **año 2013** ha venido prestando especial atención en materia de contratación pública, a los contratos suscritos por la Alcaldía Mayor de Bogotá cuyo objeto consistía en la realización de obra pública, en sus diferentes modalidades de pago. Lo anterior, en razón a que en desarrollo de sus funciones encontró una cantidad considerable de obras inconclusas.

La identificación de dichas obras fue reportada en su momento por la Contraloría de Bogotá, mediante **Pronunciamiento** dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá para la época de radicación, Gustavo Francisco Petro Urrego -radicado de la Contraloría N° #2-2013-18258 (10000-21723) de fecha **18 de septiembre de 2013**²⁷⁰-, reportando las siguientes **58 obras como inconclusas**:

²⁶⁹ *Ibíd.* Pie de Página 1. Pág. iv

²⁷⁰ CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Pronunciamiento relacionado con las obras inconclusas existentes en el Distrito Capital, como quiera que no obstante los cuantiosos recursos invertidos, a la fecha no atienden vlos fines estatales perseguidos con la actividad contractual adelantadas para ejecución de las mismas.* Radicado No. 10000-21723, dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá de la época Gustavo Francisco Petro Urrego. 18-09-2013.



Elaboración propia

De este pronunciamiento presentado en el **año 2013** por la Contraloría de Bogotá, se mencionan entre los casos representativos y que revelan como causa de su no terminación, una **presunta falta de planeación**, los siguientes contratos:

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

Contrato 1-01-25500-1115-2009, Interceptor Tunjuelo Canoas, con un valor de \$243.117.273.906 de los cuales se ha ejecutado y girado la suma de \$230.961.410.211, con un porcentaje de obras del 95%.”



Falta de planeación
en la gestión
predial. P. 10

Elaboración propia.

Fondo de Vigilancia y Seguridad – FVS

Contrato No. 0730 de 2010 suscrito con la Constructora Castell Camel LTDA por valor de \$43.794.257.360 para la construcción por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste de la nueva sede del Comando de Policía Metropolitana de Bogotá D.C. MEBOG.



La obra fue contratada desde el año 2010, la que debió entregarse en marzo de 2012, no obstante, año y medio después se encuentra suspendida. P. 16

Elaboración propia.

Universidad Distrital Francisco José de Caldas

Contrato de obra pública No. 121 de 2010. Objeto: “(...) *realización de los estudios, diseños y construcción de las obras para el proyecto del edificio B de la Sede Macarena de la Universidad*”.



Falta de presupuestación P. 17

Elaboración propia.

Es importante mencionar, que la Contraloría de Bogotá en dicho informe, sugirió a la Administración la implementación de mecanismos para el seguimiento, control y prevención de obras públicas inconclusas.²⁷¹

²⁷¹ A nivel Nacional, con la finalidad de efectuar seguimiento a las obras inconclusas, se presentó el Proyecto de ley No. 018 de 2010 – Senado, “*Por medio de la cual se dictan medidas para la detección y evaluación de Obras Inconclusas de las entidades públicas y se dictan otras disposiciones*”, no obstante fue archivado el proyecto en la Cámara de Representantes. Igualmente en el año 2012 se presentó nuevamente un proyecto de ley “*Por medio de la cual se dictan medidas para la detección*

Igualmente, en Octubre de 2013, la Contraloría de Bogotá D.C. presentó el **informe final de visita fiscal a obras inconclusas, relacionado con la vigencia 2013²⁷², y practicada a entidades del Sector Gobierno** como el *FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD – FVS²⁷³*, *UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS – UAECOB²⁷⁴* y el *INSTITUTO DISTRITAL DE LA PARTICIPACION Y ACCION COMUNAL –IDPAC²⁷⁵*, mediante el cual evidenció deficiencias en la etapa precontractual y por consiguiente en la etapa de ejecución de los contratos suscritos por estas entidades, acompañada de una débil supervisión de los mismos, lo que conlleva a la no realización de la necesidad a satisfacer y a un presunto detrimento patrimonial, no sólo porque no se pueda utilizar el bien, sino por las posibles reclamaciones por parte de los contratistas y mayores obras en que se puede incurrir al procurar llevar a cabo el objeto contractual con ítems no previstos desde los estudios previos, en los casos en que haya lugar.

En este informe se hace especial referencia a la deficiencia en los estudios previos, como presunta causa de la obra inconclusa, en los siguientes contratos:

y evaluación de Obras Civiles Inconclusas de las entidades públicas y se dictan otras disposiciones. [Obras Civiles Inconclusas], el cual fue archivado por tránsito de legislatura el 24 de junio de 2014.

²⁷² CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Informe final de Visita Fiscal a obras Inconclusas*, y efectuada al Sector Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.: el Fondo De Vigilancia Y Seguridad – FVS, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial De Bomberos – UAECOB y el Instituto Distrital De La Participación Y Acción Comunal –IDPAC, Vigencia: 2013 [octubre de 2013].

²⁷³ Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. –FVS- actualmente en liquidación. Misión: “*Proporcionar bienes y servicios a las autoridades competentes con el fin de coadyuvar en la efectividad de la seguridad y convivencia humana en Bogotá D.C.*” URL: <http://fvs.gov.co/transparencia/organizacion>

²⁷⁴ Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. –UAECOB-. “*Misión: Proteger la vida, el ambiente y el patrimonio de la población de Bogotá D.C., mediante la atención y gestión del riesgo en incendios, rescates, incidentes con materiales peligrosos y otras emergencias, de manera segura, eficiente, con sentido de responsabilidad social, fundamentadas en la excelencia institucional del talento humano.*” <http://www.bomberosbogota.gov.co/content/view/27/80/>

²⁷⁵ Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal –IDPAC-. Misión: “*Garantizar a la ciudadanía del Distrito Capital el derecho a la participación incidente y fortalecer las organizaciones sociales, mediante información, formación y promoción, para la construcción de democracia.*” http://www.participacionbogota.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=1244:idpac-intituto&catid=400:idpac-instituto

Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C.

Contrato No. 491 de 2012	
<p>Objeto: Construcción de un polideportivo en la Brigada XIII del Ejército Nacional, suscrito el 30 de julio de 2012, con un plazo de ejecución de 3 meses, por un valor de \$345.549.009</p>	<p>Reporte de la Contraloría de Bogotá: Hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria.</p>
	<p>El acta de inicio se suscribió el 31 de agosto de 2012, por lo que la culminación de la obra se esperaba tuviera lugar el 29 de noviembre de 2012 de conformidad con el plazo establecido en el contrato. Sin embargo, para la fecha de la visita fiscal (octubre de 2013), el polideportivo no se había construido, evidenciado el ente de control que lo anterior obedeció principalmente a deficiencias de estudios previos de la contratación, señalando que desde la solicitud por parte del Ejército Nacional se podía observar la carencia de análisis técnicos suficientes, estipulando lo siguiente en el informe: “(...) <i>antes del inicio del proceso de adjudicación ya se había determinado la construcción de una obra que frente al diseño presentado por el Ejército quedaría inconclusa (...)</i>”²⁷⁶</p>

Elaboración propia.

Contrato No. 064 de 2013	
<p>Objeto: Contrato de obra suscrito por la Brigada XIII del Ejército, en virtud al Convenio interadministrativo 911 de 2013, cuyo objeto consistió: “<i>Aunar esfuerzos económicos, técnicos, financieros y</i></p>	<p>La Brigada XIII del Ejército, suscribió el contrato de obra No. 064 de 2013 el día 16 de abril del mismo año, por un valor inicial de \$2.020.000.000 de conformidad al presupuesto asignado por el FVS en el Convenio Interadministrativo. Sin embargo el presupuesto determinado por el Ejército incluía obras por valor de \$340.708.180 necesarios para ejecutar completamente</p>

²⁷⁶ Ob. cit. pp. 19 y 20

<p><i>ambientales para que el ejército nacional contrate el suministro e instalación de alojamientos militares mediante construcciones no convencionales y no permanentes (...)</i>”</p>	<p>la obra. Finalmente, estableció la Contraloría de Bogotá, una adición del contrato de obra por \$400.000.000, que se invirtieron, de conformidad con lo señalado, en mayores cantidades de obras no previstas.</p>
	<p>Se estipula lo siguiente en el informe: (...) <i>Lo anterior, evidencia deficiencias de planeación, al no determinar el FVS, con relativa precisión dentro de los estudios previos a la suscripción del convenio interadministrativo No 911 de 2013, el presupuesto a ejecutar, (...) las cantidades y especificaciones a ejecutar. (...)</i>²⁷⁷ Negrilla fuera del texto.</p>

Elaboración propia.

Contrato No. 351 de 2008	
<p>Objeto: <i>“Construcción por el sistema de precios unitarios fijos de las obras exteriores y complementarias de la nueva sede de la Estación de Policía E-19, Localidad de Ciudad Bolívar (...)</i>”.</p>	<p>Este contrato ya había sido objeto de auditoría por parte de la Contraloría en la vigencia 2008, hallando en su momento deficiencias en la planeación, concretamente en la elaboración de estudios previos, toda vez que fue suspendido el contrato por no contar con la respectiva autorización del diseño y construcción de la acometida de agua potable, por parte de la EAAB.</p>
	<p>Para la fecha de la visita fiscal (octubre de 2013), 5 años después, el contrato seguía suspendido, toda vez que tenía pendiente ejecutar la obra de conexión hidráulica y sanitaria definitiva, estando a las espera de las gestiones de la EAAB, entidad a la cual solicitaron la viabilidad, sin tener la licencia de urbanismo y construcción vigente, según lo reporta la Contraloría.</p>

Elaboración propia.

²⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 23

En los anteriores contratos, según el informe de la Contraloría de Bogotá D.C., se pretendieron subsanar errores de la planeación en una etapa de ejecución. Igualmente, dentro de los contratos objeto de estudio y suscritos por el FVS, nuevamente se relaciona en este informe el **Contrato N° 730 de 2010**, cuyo objeto consiste en la construcción de la nueva sede del Comando de Policía Metropolitana de Bogotá, pero refiriéndose en esta oportunidad, no a la falta de planeación en la elaboración de estudios previos, sino centrándose en la suspensión de dicho contrato por falta de interventoría presentada una vez que el contrato se encuentra en ejecución.

Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. –UAECOB-

Contrato No. 163 de 2007	
<p>Objeto: Ejecutar las obras de Construcción de la Estación de Bomberos de San José de Bavaria B - 14 de acuerdo a los planos, especificaciones, detalles constructivos y cantidades de obra entregada por la UAECOB. Valor: \$5.905.080.000</p>	<p>De conformidad con lo reportado por la Contraloría de Bogotá, el contrato de obra estaba planeado para ejecutarse en 240 días contados a partir de la suscripción del acta de inicio, esto es, el 20 de diciembre de 2007. Sin embargo, la obra fue terminada y entregada 3 años después de la fecha inicialmente estipulada, en razón a que se adjudicó y suscribió el contrato sin contar con la licencia de construcción.</p>
	<p>Reporta igualmente la Contraloría de Bogotá en su informe, lo siguiente: “(...) <i>Los estudios iniciales aportados por la UAECOB, no incluyeron el diseño del muro perimetral. De acuerdo con comunicaciones del interventor PAYC, (...) los diseños iniciales entregados por la UAECOB, no cumplen con los requerimientos técnicos necesarios para los planos de construcción, en el mismo sentido para la fecha, la UAECOB, no</i></p>

	<p><i>contaba con los diseños definitivos hidráulicos y sanitarios.</i>²⁷⁸</p>
--	---

Elaboración propia.

Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal –IDPAC-

<p>Contrato No. 01-006-06</p>	
<p>Objeto: <i>“Realizar el proceso de capacitar, formular, ejecutar y garantizar la sostenibilidad de un proyecto social participativo, conformado por un componente de obra y uno social (...).”</i></p>	<p>La Contraloría de Bogotá reportó para el presente contrato falta de planeación, manifestando que es la razón por la que se originaron adiciones y prórrogas, señalando como ejemplo la justificación para la prórroga No. 4, en la que se menciona ajustes a los diseños y trabajos de unos de los componentes, en este caso de la Construcción de la pista atlética.</p> <p>Reporta la Contraloría de Bogotá en su informe, lo siguiente: <i>“(...) Estos aspectos, son generados tanto por el incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, como el desconocimiento de los mandatos contenidos en las leyes mencionadas y de los principios constitucionales; así mismo, la falta de una adecuada planeación y controles efectivos tanto de los supervisores, interventores, contratistas de la obra como también y de los funcionarios encargados de la gestión de la Entidad.</i>²⁷⁹</p>

Elaboración propia.

²⁷⁸ *Ibíd.*, Pág. 54 - 55

²⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 27 y 28

Se mencionan igualmente en el caso del **IDPAC**, contratos de consultoría con deficiencia en los estudios previos, o la pérdida de los mismos, así como falta de planeación, pero no directamente relacionado con los estudios previos, sino por presentar doble contratación.

En ese orden de ideas, de conformidad con el informe de la Contraloría de Bogotá D.C. las tres entidades referidas y respecto a la cuales se mencionaron algunos contratos de obra, presentan en común una falta de planeación en la elaboración de los estudios previos, y, de manera concreta, se identifican las siguientes sub causas:

- ✚ Carencia de análisis técnicos suficientes.
- ✚ Falta de presupuestación.
- ✚ Falta de autorizaciones, permisos o licencias.

Finalmente, de los contratos objeto de estudio en el Informe de referencia por parte de la Contraloría -Vista Fiscal al sector Gobierno, octubre de 2013-, es importante precisar que se hallaron algunos contratos, cuya causa de su no culminación (obra inconclusa) no se encontraba relacionada de manera directa con la falta de planeación en la etapa pre contractual, sino que ello obedecía a una mala supervisión en la ejecución, falta de gestión, abandono de la obra y omisión en la liquidación de contratos, etc. Algunos otros contratos analizados en dicho informe no correspondían a contratos de obra pública como tal, sino a contratos de infraestructura de transporte.

El diario el Tiempo, en su edición del 12 de marzo de **2016** publicó un artículo titulado: “*Más de \$1 billón de pesos están en riesgo por 83 obras inconclusas. No se terminaron por falta de planeación, corrupción o abandono. En Bogotá hay 18 casos*”²⁸⁰. Como causas

²⁸⁰ No obstante se señalan 83 obras inclusas en el artículo periodístico, se identifican con precisión 71: “*La Secretaría de Transparencia de la Presidencia tiene registros –hasta finales del 2015- de 24 obras de infraestructura vial comprometidas. Además, los complejos deportivos, con 11 casos, son el segundo tipo de obras que más presentan retrasos. Por entes territoriales la mayoría de los*

principales que originaron las obras inconclusas, la Secretaria de Transparencia de la Presidencia de la Republica en dicho artículo, hace referencia, según se señala, a la politiquería y el clientelismo, así como a la falta de planeación, no estableciéndose dentro de los proyectos, por ejemplo, los costos de mantenimiento, transito inoportuno de licencias ambientales y permisos, entre otros aspectos a tener en cuenta. El artículo finaliza con una reflexión importante sobre la adecuada estructuración de los proyectos y elaboración de estudios previos, exponiendo como ejemplo el Estadio de Pasto, referenciándolo de la siguiente manera:

“Elefantes’ históricos. Para Enciso -Secretario de Transparencia de la Presidencia de la República-, alguna de las obras inconclusas o abandonadas que ya cumplen incluso más de una década en estas condiciones, como el Estadio de la Pastusidad, en Pasto, no se van a poder terminar, pues por situaciones con el licenciamiento ambiental, la consulta previa no realizada o episodios sísmicos, se pueden poner en peligro a las personas y en esos casos la expectativa para que se finalicen los proyectos es baja, porque enfrentan situaciones que se debían haber previsto con mucha anticipación. ‘Lo que cabe en estos casos son las acciones de repetición en contra de los funcionarios responsables de la aprobación de esos contratos de infraestructura pública en los cuales hubo inversión de recursos públicos, que se perdieron por no tomar la precaución de sacar las licencias ambientales, las consultas previas o estudios de cualquier naturaleza que se necesitaran para acabar con esas obras’, sentencia.”

Posterior al informe de Visita Fiscal del año 2013, el siguiente reporte frente al tema de obras inconclusas presentado por parte de la Contraloría de Bogotá, se profirió como pronunciamiento, publicado en la página web de la entidad de fecha **10 de mayo de 2016**²⁸¹

proyectos cuestionados identificados están en Bogotá, donde hay 18. La Capital es seguida por los departamentos de Cundinamarca, con 7 casos, el Valle (6) y Cesar (5).” Dentro de las obras inconclusas del Distrito se señala como ejemplo nuevamente la construcción del Comando Metropolitano de Bogotá. <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/obras-e-infraestructura-sin-terminar-en-colombia/16534744>. Diario el Tiempo Online, [publicación del 12 de marzo de 2016].

²⁸¹ CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Pronunciamiento relacionado con la necesidad de que la Administración a su cargo en el Plan de Desarrollo Distrital “Bogotá Mejor para Todos” 2016-2020, incluya y garantice la terminación de las 25 obras inconclusas, en las cuales el Distrito ha invertido recursos por valor aproximado de \$836.284 Millones; dado que de no ser así, se causaría en los términos que lo prevé el Artículo 6° de la Ley 610 de 200, un eventual daño patrimonial. Existen*

con alcance de fecha 12 de mayo del mismo año²⁸², dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá para la época, ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO, a través del cual se relacionaron **25 obras inconclusas** respecto de las cuales el Distrito habría invertido recursos por valor aproximado de \$837.169 millones de pesos m/c. Dicho pronunciamiento tenía como finalidad, que las obras inconclusas relacionadas fueran tenidas en cuenta en el Plan de Desarrollo Distrital “*Bogotá Mejor para Todos*” 2016-2020. De no ser así, es decir, de no incluir la terminación de las mismas en el Plan de Desarrollo Distrital, se podría generar, desde el punto de vista de la Contraloría de Bogotá, un eventual daño patrimonial.

En ese orden, el informe del año 2016 reportó obras que incluso, después de 10 años de iniciadas, no han sido culminadas, y consecuente con lo anterior, no han sido puestas al servicio de la comunidad:

“Según lo evidencio este Organismo de control, existen en el Distrito Capital obras que no se encuentran totalmente ejecutadas, a pesar que tuvieron su origen en Planes de Desarrollo correspondientes a las tres Administraciones anteriores.

*Según lo evidenció este Ente de control, el estado de inconclusas de las referidas obras,(...) es consecuencia de las graves fallas presentadas en los respectivos procesos contractuales adelantados por 12 de las entidades distritales, **al igual que la vulneración en la mayoría de los casos de los principios de la Contratación Pública(...)**”²⁸³ Negrilla fuera del texto.*

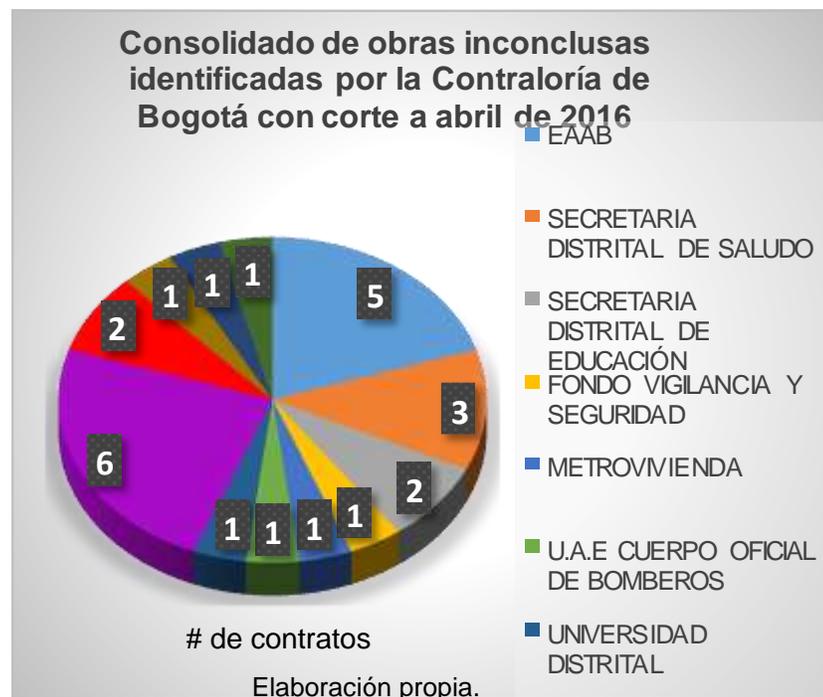
La Contraloría de Bogotá justifica este pronunciamiento como parte del seguimiento que ha venido efectuando desde el año 2013 al tema de obras inconclusas, y respecto del cual no obtuvo en su momento respuesta alguna por parte de la Administración, frente a la implementación sugerida, de instrumentos que garantizaran un seguimiento, una gestión y un monitoreo de la obras. De esta manera se reportó por parte de la Contraloría de Bogotá en esta ocasión lo siguiente:

obras que a pesar de ser contratadas desde el año 2006, después de 10 años no están terminadas, ni tampoco se han puesto al servicio de la comunidad. Radicado No. 10000-10730, dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO. [10-05-2016]

²⁸² CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. Alcance al oficio No. 2-2016-08596 del 10 de mayo de 2016, relacionado con el tema de las 25 obras inconclusas del Distrito Capital. Radicado No. 10000-10979, dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO. [12-05-2016]

²⁸³ CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. Pronunciamiento del 10-05-2016, radicado No. 10000-10730. Ob. cit. p. 2.

- ✚ Una vez se presentó el reporte del **año 2013**, se evidenciaron posteriormente veintiséis (26) obras inconclusas adicionales, que junto con las cincuenta y ocho (58) reportadas, arrojarían en realidad un total de **ochenta y cuatro (84) obras inconclusas** para dicho periodo.
- ✚ De las cincuenta y ocho (58) obras inconclusas inicialmente reportadas, **veinticinco (25)** continúan para el **2016** en el mismo estado, sin solución técnica, jurídica o financiera que permita su culminación.²⁸⁴



Este informe del año 2016, también reporta de manera específica para algunos contratos, como causa de su no culminación, una presunta falta de planeación, como se entrará a describir:

²⁸⁴ "(...) 2.1 Según lo detectó esta Corporación aún persisten 25 obras inconclusas, en algunas de las cuales no ha sido identificada la solución técnica, jurídica y financiera que garantice su total terminación; como tampoco la Administración ha ejecutado las acciones determinadas para ponerle fin al estado que cada una de las mismas presenta." *Ibíd.*, p. 3.

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá

Contrato No. 1-01-25500-1115

<p>Interceptor Tunjuelo Canoas.</p>	<p>Para la fecha del informe, el contrato continuaba con una ejecución de 95%, como se reportaba en el pronunciamiento del año 2013. Hace parte de las cinco obras del proyecto del río Bogotá, estando las otras 4 concluidas. No obstante la operación de todo el proyecto está supeditado a la terminación y puesta en funcionamiento de este contrato referido.</p> <p>El contrato fue liquidado en agosto de 2015 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, quedando pendiente el 5% de la obra.</p> <p>En este informe del año 2016 se sigue ratificando por parte de la Contraloría de Bogotá una presunta falta de planeación, toda vez que no se evidencio solución técnica que permitiera la culminación de la obra a partir de la extracción de las maquina tuneladoras.</p> <p>De tal manera que una de las causas que reporta la Contraloría de Bogotá de su no terminación, se encuentra la relacionada con la gestión predial.</p> <p>La entidad, para la fecha del informe, se encontraba por demás, pendiente de adelantar un nuevo proceso contractual para las obras no ejecutadas en virtud del presente contrato. Proceso que adjudicara (...) <i>la construcción de la llamada Estación Elevadora de Aguas Residuales Canoas y la PTAR Canoas, como la conexión subterránea de los tuneles (...)</i>²⁸⁵</p> <p>A principio del año 2017, este contrato fue también objeto de críticas por parte de los medios de comunicación por presuntos problemas de corrupción.</p>
-------------------------------------	---

Elaboración propia.

²⁸⁵ *Ibíd.* p. 6

Secretaría Distrital de Salud

Contrato No. 1697 de 2011	
<p>Objeto: Construcción de la Unidad Primaria de Atención UPA Antonio Nariño, la Secretaria Distrital de Salud – SDS-FFDS. Valor: \$2.479.9 millones</p>	<p>Las obras objeto del presente contrato debieron ser entregadas en marzo de 2014, no obstante el contrato fue terminado el 5 de mayo de 2014 con un avance de ejecución físico y financiero del 59.91%.</p> <p>Si bien este contrato no fue analizado de manera específica en el informe del año 2013, en esta ocasión se clasificó por parte de Contraloría de Bogotá como obra inconclusa, señalando como una de las causas de la misma, las deficiencias en la planeación, concretamente en la elaboración de estudios previos:</p> <p><i>“(…) Las deficiencias que presentó la referida obra pública, que llevaron a su paralización, conforme lo constató esta Contraloría, están relacionadas con la falta de diseños, conceptos técnicos, permisos y trámite de licencias urbanísticas, lo que afectó el normal desarrollo de la obra, y condujo a aclararlos, modificarlos e incluso efectuar nuevos diseños, como también adelantar los respectivos trámites ante las empresas prestadoras de servicios públicos y demás entidades.”²⁸⁶</i></p> <p>Para la fecha del pronunciamiento de la Contraloría se adelantaba proceso de liquidación del contrato por incumplimiento de la constructora, y se suscribió el 4 de noviembre de 2015 un nuevo contrato para la terminación de la obra pública. No obstante a marzo de 2016 no se había dado inicio.</p>

Elaboración propia.

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 8

Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –FVS-

Contrato No. 0730-2010	
<p>Objeto: Construcción por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste de la nueva sede del Comando de Policía Metropolitana de Bogotá D.C. MEBOG. Valor: \$43.794.257.360</p>	<p>Como se señaló en el pronunciamiento anterior de la Contraloría de Bogotá, la obra quedo paralizada desde el 29 de diciembre de 2012, con un avance físico del 60%. La respuesta de la Entidad auditada consiste en señalar que se adelantan las gestiones necesarias.</p>
	<p>Sin embargo señala el ente de control lo siguiente: <i>"(...)Lo cierto, es que no se conoce aún cuál es la alternativa que permita la terminación y puesta en funcionamiento de la concebida obra, en la que el Distrito Capital ha comprometido recursos por valor total \$43.794 millones, con un valor ejecutado en obras de \$35.822 millones."</i>²⁸⁷ Pág. 9.</p>

Elaboración propia.

Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá –FVS-

Contrato No. 121-2010	
<p>Objeto: Construcción del Edificio B de la sede la</p>	

²⁸⁷ *Ibíd.* p. 9

<p>Macarena. Valor: \$12.441.6 millones.</p>	<p>Este contrato continua con el mismo reporte del año 2013 frente al porcentaje de ejecución que correspondía a un 16%.</p>
	<p>Inicialmente el contrato tenía un plazo de 21 meses, siendo suspendido el 30 de noviembre de 2014 en cumplimiento a la suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Decreto 364 de 20132, relacionado con la modificación del POT.</p> <p>Razón por la que argumenta el ente de control, como causa de la obra inconclusa, problemas de planeación, específicamente en la obtención de permisos y licencias de construcción: “(...) <i>Las situaciones irregulares que dieron lugar a la suspensión de las obras están relacionadas con la falta de la correspondiente Licencia de Construcción y demás permisos requeridos para la construcción del Edificio B, entre otros.</i>”²⁸⁸</p>

Elaboración propia.

De tal manera que la falta de planeación en la etapa precontractual y la falla en la elaboración de estudios previos estudiados por la Contraloría de Bogotá, nuevamente se ve reflejado, para estos contratos de obra pública del Distrito, en la carencia de estudios técnicos y falta de autorizaciones, permisos o licencias. Lo anterior originado además por una escasa preparación y gestión previa a la apertura del proceso de selección, así como al precario conocimiento del objeto a contratar y el contexto en que la obra va a ser ejecutada.

En estos casos referidos, se siguen repitiendo entonces, los mismos errores hallados en los estudios particulares descritos en el acápite anterior.

²⁸⁸ *Ibíd.* p. 10

5.4. ESTUDIO DE CASO: Contrato N° 730 de 2010 suscrito por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C.

Una vez analizados los diferentes Informes de Auditoría realizados por la Contraloría de Bogotá D.C., y de identificar aquellos que tuvieran relación directa con el objeto de la presente investigación, se seleccionó el siguiente contrato de obra pública, señalado de manera reiterada por la Contraloría de Bogotá D.C. y por los medios de comunicación, para el análisis de sus estudios previos:

Estudio Documental: Contrato 730 de 2010²⁸⁹

Objeto: “*El contratista se obliga para con el Fondo a realizar la CONSTRUCCIÓN POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTE DE LA NUEVA SEDE ADMINISTRATIVA DEL COMANDO DE POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ D.C.*”

Presupuesto oficial: \$44.012.000.000

Plazo: quince (15) meses

El Contrato N° 730 de 2010 suscrito por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C., y la Constructora CASTELL CAMEL LTDA, no sólo fue referenciado por la Contraloría de Bogotá en el informe de obras inconclusas y en los pronunciamiento del 2013 y del 2016, sino que además fue objeto de análisis individual en un informe final de visita fiscal, *Nuevo Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá - MEBOG, Dirección Sector Gobierno, Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D. C. FVS (vigencia 2013)*, presentado en abril de 2014.

²⁸⁹ <https://www.contratos.gov.co/consultas/resultadoListadoProcesos.jsp#> Consulta de procesos.

En dicho informe individual, de manera general, evidencio la Contraloría de Bogotá, ejecución de obras por parte del contratista, sin acatar instrucciones o recomendaciones de la interventoría, así como la ejecución de ítems no autorizados por esta, lo que ha ocasionado el no recibo por parte del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá de dichas obras, el no pago de las mismas, así como la suspensión de los contratos de obra y de interventoría. La circunstancia anterior, considera el ente de control, es atribuida al incumplimiento del contratista, la falta de gestión del personal que hace parte de la entidad pública y a los inconvenientes técnicos en la estructura de la obra, circunstancias que sumadas han generado un presunto detrimento patrimonial.

Con relación al principio de planeación en el contrato de obra en estudio se señala por parte de la Contraloría en el año 2014 lo siguiente:

*“Durante el tiempo en el cual se encontraba el FVS, haciendo la entrega oficial del predio al contratista para el inicio de los trabajos, aproximadamente un mes, **no se evidenció la ejecución del análisis del proyecto al que se debe el contratista y la Interventoría para identificar las diferencias, inconsistencias y observaciones a los diseños del proyecto, éstos se fueron realizando de forma paralela a la ejecución de las obras, lo que denota la deficiente gestión técnica de cada una de las partes para realizar los ajustes y requerimientos de diseño a que hubiera lugar.***

*(...) Se presentó por el contrario en el desarrollo de este proyecto, el desconocimiento de la experticia de la Interventoría descatando las recomendaciones técnicas emitidas, por el contrario **se toma la decisión unilateral dada por el contratista de cambio de especificaciones y ejecución de las obras, no contó con el aval de la Interventoría,** lo que pone de manifiesto que toda modificación técnica por el contratista debe ser asumida por él mismo. Situación que desato un retraso y parálisis de las obras y del contrato de obra hasta la fecha.”²⁹⁰ Negrilla fuera del texto.*

²⁹⁰ CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Informe final visita fiscal, nuevo comando policía metropolitana de Bogotá - MEBOG, Dirección Sector Gobierno, Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D. C. FVS.* Vigencia 2013. [abril de 2014]. pp. 10-12

Igualmente, según se observa del informe de la Contraloría, se presentó un error en uno de los ítems de la obra (ítem 03.01.02), que consistió en un yerro de transcripción en los diseños resultado del contrato N° 417 de 2008, al señalar una unidad de medida de unas pantallas en concreto visto blanco por m² siendo el correcto m³, lo que genera incidencia en la valoración económica del contrato de obra.

Señala igualmente el informe, transgresión al principio de planeación, por no garantizar la calidad del servicio, refiriéndose a los diseños de la obra Comando MEBOG (*Contrato de Consultoría N° 417 de 2008, correspondiente a los estudios y diseños arquitectónicos y técnicos complementarios para la nueva sede*), que cubrieran por lo menos la terminación de la obra. Dicha garantía se estableció únicamente por dos años a partir del recibo a satisfacción de los mismos que se llevó acabo el 21.11.2009, por lo que con esa garantía se contó hasta el 21.09.2011:

*“(...) es decir, que el FVS, no garantizó, siquiera que el cubrimiento de esté riesgo, cobijara la terminación de las obras proyectadas inicialmente de quince (15) meses, sea ello, hasta el 12 de marzo de 2012, dejando sin este amparo al proyecto por cuatro meses en sus inicios; **lo que evidencia la transgresión del principio de planeación por los funcionarios competentes en el FVS para la ejecución de este tipo de contratación, y la deficiente gestión para el efectivo control y garantías de una inversión de esta magnitud.**”²⁹¹* Negrilla fuera del texto.

Ahora bien, frente al contenido de los estudios previos²⁹² del contrato 730 de 2010 se tienen los siguientes elementos:

1. Descripción de la necesidad
1.1 Antecedentes

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 14

²⁹² Folio 4 Tomo N° 1 de la Carpeta de Contrato 730 de 2010.

1.2 Identificación de la Necesidad
1.3 Plan de Contratación

2. Descripción del Objeto a contratar
2.1 Descripción de actividades generales
2.2 Objeto
2.3 Tipo de Contrato
2.3.1 Sistema de Pago – Cantidades de obra – Precio Unitario Fijo – Mayores Cantidades de obra
“2.3” (sic) Presupuesto oficial
2.4 Plazo
2.5 Forma de pago
2.5.1 Anticipo
“2.5.1” (sic) Para el manejo de anticipo deben tenerse en cuenta los siguiente requerimientos”
2.5.2 Liquidación del anticipo
2.5.3 Reintegro de saldos del anticipo a favor del FVS
2.5.4 Pagos al contratista parciales o finales
“2.5” (sic) Lugar de ejecución
2.6 Visita al sitio donde se desarrollarán las labores
2.7 Garantías
2.8 Obligaciones del contratista

3. Justificación de la modalidad de selección
--

4. Análisis Técnico – económico que soporta el valor estimado del contrato

5. Justificación de los factores de selección
“5.3.1” (sic) Capacidad Residual de Contratación KRC
“5.3.2” (sic) Experiencia General
“5.3.4” (sic) Plan de Manejo Ambiental
“5.3.5” (sic) Factores de Evaluación
“5.4” (sic) Criterios de Desempate
“5.5.” (sic) SICE
“5.6” (sic) RUP

“8” (sic) Causales técnicas de rechazo de la oferta

Anexo Presupuesto Oficial

Elaboración propia.

Revisados los mismos, en términos generales, los estudios previos “parecen” contener todos los aspectos exigidos en la ley, y prever la totalidad de las circunstancias, tanto por la descripción de los temas y la extensión del mismo, así como por la tecnicidad contenida en estos. Sin embargo la realidad contraría lo anterior, de tal manera que es importante analizar ítems por separado para establecer verdaderas particularidades:

Por ejemplo en los estudios previos adelantados en el mes de septiembre de 2010 por parte del personal del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C., en el Ítem N° 1 de la descripción de la necesidad, al establecer los antecedentes (N° 1.1), se deja constancia de manera explícita, de la necesidad de adelantar contratación de actividades y servicios **conexos** para poder llevar a cabo la ejecución de la obra, tales como contrato de seguro, impuestos, auditoria y honorarios de personal que apoya la ejecución del proyecto y las reclamaciones judiciales o extrajudiciales que se llegaran a presentar. Igualmente señala que para adelantar dicho proceso contractual se cuenta ya con todos los estudios técnicos de consultoría y licencia de construcción necesarios para adjudicar el contrato: “*Todos los estudios preliminares necesarios para establecer la factibilidad de desarrollar el objeto del contrato fueron adelantados mediante contrato de consultoría 417 de 2008, celebrado con FAWCETT-AMP.*” (Folio 5 de la carpeta del contrato). No obstante en dicho acápite no se señala por ejemplo la vigencia del contrato de consultoría, ni las garantías contractuales frente a los diseños, como efectivamente lo reseñó la Contraloría de Bogotá en su informe de Visita Fiscal.

Dentro de las estipulaciones de los estudios previos también se identifica, que se dejó claro, tanto en la descripción de actividades generales, como en el acápite de sistema de pago (numeral 2.3.1²⁹³), que teniendo en cuenta la modalidad de pago, esto es, por precios unitarios, se elabora una aproximación de las cantidades necesarias para llevar a cabo las obras establecidas, no obstante, durante la ejecución del contrato se podría presentar mayores cantidades de obras de las inicialmente proyectadas. Sin embargo se señala categóricamente, que en dicha eventualidad, es decir, en caso de presentarse mayores cantidades de obras, las mismas deben contar con la autorización previa de la interventoría. Circunstancia que es una de las causas por las cuales la obra continuaba inconclusa, toda vez que se ejecutaron obras sin la autorización correspondiente, siendo la interventoría la encargada de analizar si corresponden a las mayores cantidades de obras previstas en los estudios previos (se encontrarían dentro de lo previsto), o si corresponden a ítems no contemplados en los mismos que podrían llegar a generar sobrecostos.

En el numeral 2.6 (visita al sitio donde se desarrollarán las labores), se deja claro por parte de la entidad en los estudios previos, que los interesados podrán realizar la visita al sitio de la obra, siendo facultativa la misma, es decir, su no asistencia no genera causal de rechazo, pero tampoco podrá alegarse el desconocimiento de las condiciones donde debe adelantarse el objeto contractual para fundamentar mayores valores al contratistas, pues se entiende que al no asistir asume dicho riesgo (Folio 10). Se resalta esta anotación realizada por la entidad, porque si bien, de conformidad con lo establecido en la ley, y tal como lo ha dejado claro la jurisprudencia²⁹⁴, no tiene la entidad la facultad de estipular como obligatoria la visita al sitio de obra, pues no tiene la competencia para crear prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades o causales de exclusión o de rechazo no previstas en la

²⁹³ “El contratista está obligado a ejecutar mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual, a los mismos precios contenidos en el (Anexo No 07) “Propuesta Económica”, previa autorización de la Interventoría. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el contratista, con la supervisión del FVS”. Ibid.

²⁹⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: 14.03.2013. Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). Actor: Sociedad Avila Limitada. Demandado: Departamento de La Guajira. Referencia: Apelación sentencia - acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Constitución o la ley que impidan la participación de los interesados, la no asistencia al sitio donde se desarrollara la obra, de conformidad con los casos mencionados en el desarrollo de la presente investigación, ha sido una de las evidencias recurrentes de falta de planeación y de generación de obras inconclusas, por lo que la asunción del riesgo que se estipula en los estudios previos, comporta de manera implícita una conminación, al ejercicio de una buena práctica de contratación por parte de los proponentes, de visitar el sitio donde ejecutara el contrato en caso de serle adjudicado, de tal manera que se minimicen los riesgos que su inobservancia comporta, por las condiciones propias del lugar, tales como mayores obras no previstas o actividades no establecidas.

Para finalizar el análisis de los estudios previos del contrato No. 730-2010, dentro de las obligaciones del contratista, numeral 2.8, de manera particular se contemplan las siguientes: “(...) 4. *Realizar con la interventoría la coordinación completa de los planos del proyecto, cualquier inconsistencia debe ser informada al FVS dentro de los siguientes diez (10) días hábiles a partir de la firma del acta de inicio del contrato de obra. (...) 8. Únicamente el FVS, entidad promotora del proyecto, podrá autorizar el cambio de especificaciones, obras adicionales o modificaciones al proyecto inicial de obra, que impliquen reconocimientos económicos para el constructor previo concepto de la interventoría. En ese caso se debe formalizar previamente el aspecto contractual, si no está considerado dentro de éste.*” (Folio 11). Es en este punto, se reitera, donde se han presentado los mayores problemas entre las partes contractuales, toda vez que no se han logrado acuerdos por cambio de especificaciones, ya sea por error o no de transcripción o digitación, ni respecto a si se presentan mayores cantidades de obras o actividades no previstas inicialmente, así como sobrecostos por mayor permanencia. Lo que se señala es la presunta ejecución de obras adicionales sin seguir el protocolo establecido en los estudios previos (autorizaciones), que impidieron identificar en su momento, si las mismas se encontraban dentro de lo previsto, caso en el que habría sido procedente el reconocimiento, o si se trató de ejecución de actividades no estipuladas.

Las últimas noticias obtenidas por los medios de comunicación en marzo de 2016²⁹⁵ frente al contrato de la construcción del Comando de la MEBOG, daban cuenta del vencimiento del contrato y de la licencia de construcción estando la obra paralizada desde el año 2012. En mayo de 2017 la Fiscalía imputo cargos al exgerente del Fondo de Vigilancia y Seguridad (FVS) Mauricio Fernando Solano Sánchez –designado en el gobierno de Samuel Moreno– por su presunta responsabilidad en las irregularidades que tienen paralizada la construcción. Se menciona que el cuestionamiento va encaminado a la inexistencia de acciones tendientes a la activación de la obra, imputando cargos que van desde contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevaricato por omisión y peculado por apropiación en favor de terceros, los cuales él no aceptó.



Imagen tomada de la publicación del mes de mayo de 2016 del periódico el Tiempo²⁹⁶:

Si bien el ejercicio precontractual de las entidades del Distrito y en general de la totalidad de las entidades públicas es compleja, la estructura de los estudios previos debería garantizar, que de su contenido se encuentren fórmulas para resolver los imprevistos que se presenten en la ejecución. En el contrato en estudio, aunque se contempló el procedimiento en caso de presentarse mayores cantidades de obra o modificaciones u obras adicionales, no se siguió de manera adecuada el protocolo de verificación, que dejó

²⁹⁵ URL: <http://www.wradio.com.co/noticias/bogota/vence-contrato-para-construccion-de-nuevo-edificio-de-mebog-sin-avances/20160315/nota/3085278.aspx> y

<http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/3-2016-vence-contrato-para-sede-de-la-mebog>

²⁹⁶ URL:<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/primer-imputado-por-obra-inconclusa-del-comando-de-policia-de-bogota-86796> [10.05.2017]

en evidencia a su vez, una presunta falta de planeación técnica, que se pretendió “resolver” durante la ejecución del contrato, generando el efecto contrario: la suspensión de la obra.

De otro lado, los informes de la Contraloría de Bogotá dejan al descubierto no sólo obras inconclusas o la falta de planeación en algunos contratos del Distrito –sin desconocer que ha bajado el número de obras inconclusas-, sino que dan cuenta de falta de instrumentos para el seguimiento, consecución y terminación de dichas obras, que eviten un daño antijurídico por los sobrecostos que se generan, en los eventos en que haya lugar.

En principio, de los casos en este acápite recopilados y analizados, se observa cómo algunas entidades (las señaladas), identifican el principio de planeación de manera exclusiva en la etapa precontractual (definición en sentido estricto), desconociendo que el mismo ha evolucionado y va mucho más allá de esta etapa previa. Aun así, ubicando el principio en esta etapa inicial, y especialmente en la elaboración de los estudios previos, donde podría exponerse la planeación en su máxima expresión, las entidades públicas estudiadas -no todas-, en los contratos referidos, asumieron la elaboración de documentos previos como una actividad estática, limitándose al cumplimiento de una serie de requisitos sin un nivel de análisis, detalle, concentración y dedicación, para identificar plenamente el objeto a desarrollar, su contexto, los estudios necesarios, el presupuesto, los requerimientos legales, y en general todo lo necesario, para que previo a la apertura del proceso, se tenga con cierto grado de certeza que la obra podrá ejecutarse.

CAPÍTULO 6

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA.

-REFERENCIA A LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRA-

La legislación Española ha sido una fuente de referencia para diversos estudios; su estructura y evolución han permitido ser una guía para el derecho, siendo uno de los destinos donde con frecuencia recurren los grandes doctinantes e investigadores. En esta oportunidad la legislación española se convierte en el marco normativo respecto del cual se efectuará un análisis comparativo frente al principio de planeación, de tal modo que de este se puedan obtener aspectos a seguir, evitar o modular. La comparación pretende, en dicho caso, encontrar las similitudes o las divergencias existentes, de tal manera que en cualquiera de los dos casos, el resultado será provechoso para el objeto de investigación.

Como contextualización es importante mencionar, que la legislación Española presenta dos importantes momentos que explican la esencia y el espíritu de la normatividad de hoy en día: El primero de estos lo constituye la aprobación de la Constitución Española de 1978, y el segundo, su ingreso a la Unión Europea en el año 1986.

Frente a la aprobación de la Constitución Española de 1978, esta consagra a dicho país como un Estado social y democrático de derecho, con valores predominantes como la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político, residiendo la soberanía nacional en el pueblo, y conservando una forma política de monarquía parlamentaria.²⁹⁷

²⁹⁷ “Artículo 1 I. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.” ESPAÑA. CONSTITUCIÓN DE 1978.

Por su parte, con ocasión de su ingreso a la Unión Europea en el año 1986, toda su normatividad interna, encuentra su fuente o directriz en las disposiciones que esta emana, las cuales deben transponerse a su ordenamiento interno. De tal manera que en general, y particularmente para el caso que nos ocupa, en materia de contratación pública, si la finalidad es examinar la normatividad existente en España, deberá iniciarse con el examen de las disposiciones que sobre la materia establece la Unión Europea.

En ese orden de ideas, es importante establecer la ruta a seguir, describiendo la normatividad vigente que será objeto de estudio:

En materia de contratación, se publicó por parte de la Unión Europea en el año 2014 tres Directivas a saber: la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la **Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública** y la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Estas Directivas son denominadas por algunos autores como directivas de cuarta generación, cuya transposición, en el caso de la Directiva 2014/24/UE, finalizaba el 18 de abril de 2016, siendo en este caso una **reforma reciente** en la legislación de contratación pública en la Unión Europea y en las legislaciones internas.²⁹⁸

Actualmente la ley Española que transpone esta última Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, es la reciente Ley proferida 9/2017²⁹⁹, cuyo proyecto venía siendo elaborado incluso desde antes de la aprobación definitiva de las Directivas y deroga el Real

²⁹⁸ Cfr. MAFÉ LLOPIS, Aurelia. *La Directiva 2014/24/UE Sobre Contratación Pública: Novedades y Aspectos prácticos en los que incide*. Trabajo fin de grado en Gestión y Administración Pública. Valencia: Aurelia. Universitat Politècnica de València. Facultad de Administración y Dirección de Empresas, diciembre de 2015. p. 15

²⁹⁹ España. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado No. 272.

Decreto Legislativo 3/2011 por el cual se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del servicio público, que a su vez derogó y sustituyó la ley 30 de 2007 de Contratos del Sector Público³⁰⁰ -que fue el resultado de la trasposición de la Directiva anterior 2004/18/CE-.

En la normatividad comunitaria, al igual que en Colombia, la contratación pública encuentra fundamento en el establecimiento de principios que rigen todas las etapas de la contratación, y que serán la base del análisis a efectuar a continuación:

*“(..). En el ámbito del Derecho Comunitario Europeo y en referencia exacta a los principios que rigen la contratación pública actual, no sobra advertir que los mandatos contenidos en las directivas comunitarias versan sobre el mejoramiento y extensión en la aplicación de la **transparencia, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos**, pero también el sometimiento de todos los Estados miembros de la UE para que se respete la prohibición de las restricciones a la **libre circulación de mercancías** que en últimas constituyen las bases de las directivas sobre el tema contractual.”³⁰¹* Negrilla fuera del texto.

Se pretende analizar en dicha normatividad la presencia de principios como el de planeación, referido especialmente a los contratos de obra pública, ya sea textual o implícitamente desarrollado en el texto articulado.

6.1. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Al hablar en general de los principios que rigen la normatividad de contratación de la Unión Europea, como se mencionó anteriormente, se encuentran “(..) **los principios básicos de**

³⁰⁰ España. Ley 30 de 2007 “de Contratos del Sector Público”. Órgano JEFATURA DEL ESTADO. Publicado en BOE núm. 261 de 31 de Octubre de 2007. [Vigente hasta 16 de Diciembre de 2011]

³⁰¹ EXÓSITO VÉLEZ. La configuración del contrato de la administración pública en el derecho Colombiano y Español. Ob. cit., p. 611

transparencia, publicidad, objetividad, igualdad, concurrencia, el de plenas garantías, -siendo- premisas obligatorias en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo, que al tratar de encuadrar un mercado único ha obligado a sus Estados miembros a incluir en los ordenamientos internos sobre contratos la aplicación de dichos principios.³⁰²
Negrilla fuera del texto.

Ahora bien, en España la normatividad vigente en materia de contratación pública encuentra su fundamento en la **Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014**, y por la que cual se deroga la Directiva 2004/18/CE³⁰³ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 -sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios-, cuyo plazo para la transposición por los Estado miembros fue hasta el 18 de abril de 2016, sin perjuicio de algunos apartados que contaban con tiempos más amplios.

Previo a hacer referencia a la Directiva publicada en el 2014, es primordial resaltar la importancia que tuvo la Directiva 2004/18/CE para la legislación comunitaria, y respecto de la cual se mantiene en la nueva Directiva una gran cantidad de estipulaciones normativas. En la misma, hablando de principios, los cuatro más relevantes para el modelo de contratación pública que se establecieron fueron los principios de tratamiento igualitario, no discriminación, transparencia y libre competencia o libre concurrencia. Los tres primeros se encontraban establecidos de manera expresa en el artículo 2º de la Directiva referida, que señalaba los principios de adjudicación de contratos, y el cuarto principio de libre concurrencia o libre competencia, se encontraba plasmado en la totalidad de los artículos de manera tacita, constituyendo una de las finalidades y una política pública.

³⁰² *Ibíd.*, p. 531

³⁰³ “*Artículo 91 Derogaciones. Queda derogada la Directiva 2004/18/CE con efecto a partir del 18 de abril de 2016.*” Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE). 28.3.2014. Diario Oficial de la Unión Europea L94/143.

La Directiva 2014/24/UE por su parte, en el artículo 18, mantiene los mismos principios de la Directiva anterior y en general los parámetros del derecho comunitario, siendo más amplio y literal, en que dichos principios deben estar presentes en la totalidad de la contratación pública, cambiando el título de “*principios de adjudicación de contratos*” que mantenía la anterior Directiva, a “*Principios de la contratación*”, desarrollando los mismos, a saber:

“Artículo 18 Principios de la contratación

1. *Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de **igualdad y sin discriminaciones**, y actuarán de manera **transparente y proporcionada**.*

La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

2. *Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.”* Negrilla fuera del texto.

Respecto a los principio del Derecho Comunitario los doctrinantes sosteniente lo siguiente: “(...) Ambos autores –Moreno y Domínguez (2014)- aprecian una considerable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos de los diferentes Estados miembro, promovida por la aprobación de directivas comunitarias en este sector que procuran garantizar el respeto de los **principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación; principios caracterizados en palabras de los autores ‘por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias’.**”³⁰⁴ Negrilla fuera del texto.

³⁰⁴ MAFÉ LLOPIS. Ob. cit., p. 19

En ese orden de ideas, en el derecho comunitario, si bien los principios predominantes en materia de contratación pública son el principio de objetividad, publicidad, igualdad, transparencia, de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, no señalándose de manera expresa principios tales como el de planeación, este se encuentra implícito en los articulados de la normatividad, al referirse por ejemplo, a contratos de obra pública.

La Directiva 2014/24/UE³⁰⁵ como se señaló, hace parte de lo que algunos han llamado, las directivas de cuarta generación, desarrollada dentro de la “*estrategia Europa 2020*” para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador:

*“(...) (2) La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, (...) como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. (...)”*³⁰⁶

En cuanto a los objetivos que persiguen las Directivas denominadas de cuarta generación, señala el doctrinante *GIMENO FELIU* (2015) lo siguiente: “(...) *persiguen dos objetivos complementarios: por un lado incrementar la eficiencia del gasto público y por otro permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes tales como la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático, promover la innovación o la inclusión social. También coincide en que los principios de estas nuevas Directivas se extienden a todas las fases de la contratación y que optan por promover objetivos de simplificación y eficiencia.*”³⁰⁷ Negrilla fuera del texto.

³⁰⁵ “(4) (...) *Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público. (...)*” Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

³⁰⁶ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

³⁰⁷ MAFÉ LLOPIS. Ob. cit., p. 20

En resumen, esta Directiva propende por la modernización y logro de la eficiencia en la contratación y por ende del gasto público, flexibilizando los trámites y procedimientos de adjudicación³⁰⁸, maximizando la seguridad jurídica de los poderes adjudicadores, fortaleciendo la utilización de medios electrónicos, fomentando la innovación y el crecimiento económico sostenible, facilitando la participación de las pequeñas y medianas empresas, así como contribuyendo al cumplimiento de los objetivos sociales de la UE, además de la incorporación de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la UE, de tal manera que se cumplan con los principios del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad.

De esta manera, la Directiva 2014/24/UE, introduce un enfoque estratégico en materia de contratación pública:

“La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (...) justifica la necesidad de revisar y modernizar las normas vigentes sobre contratación pública, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando la participación de las PYME en la contratación pública y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes.

“(...) Plantea, asimismo, la necesidad de aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.”³⁰⁹

³⁰⁸ “(...) la Directiva 2014/24/UE configura un esquema en el que: i) los procedimientos abiertos y restringidos ven disminuida su relevancia, en el sentido de que, en la práctica, los supuestos de hecho habilitantes para la utilización de los restantes procedimientos se amplían notablemente; ii) se reducen los plazos para la recepción de ofertas; y iii) se potencia la utilización de los mecanismo electrónicos (...).”Cfr. PAPILIO ABOGADOS. *Las Nuevas Directivas De Contratación (I). Comentarios a Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE de 28-3-2014)*. Nota Informativa N° 2/2014. Marzo/Abril 2014. p. 22

³⁰⁹ MAFÉ LLOPIS. Ob. cit., pp. 58-59

*“(…) Durante la tramitación de la Directiva 2014/24/UE se reiteró la necesidad de que la nueva regulación instaurase un marco jurídico flexible que simplificase los procedimientos de licitación y maximizase las alternativas de los poderes adjudicadores, a la vez que garantizase el acceso a los mercados de la contratación pública para todos los operadores económicos, y **que preservase los principios derivados de los Tratados de la UE.**”³¹⁰* Negrilla fuera del texto.

A pesar de que en materia de principios de la contratación, el principio de planeación no se encuentra ubicado de manera literal en la norma, el mismo constituye implícitamente un elemento esencial, si lo que se quiere es propender por una objetividad, transparencia, no discriminación, entre otros principios. De tal suerte que en la totalidad de su articulado deben encontrarse insumos que permitan a las Entidades estructurar de manera adecuada los proyectos, y a los sectores económicos participar en igualdad de condiciones con las reglas precisas, claras e inequívocas.

De tal manera que una vez identificados los principios reguladores y las características de la nueva directiva, resulta indispensable examinar lo que en materia de obra pública se establece, de tal forma que pueda hallarse en dichas disposiciones materialización del principio de planeación en la etapa precontractual.

6.1.1. El contrato público de obra en la Directiva 2014/24/UE

La Directiva 2014/24/UE³¹¹, al igual que lo hacía la directiva anterior, precisa lo que debe considerarse como contrato de obra pública:

³¹⁰ PAPILIO ABOGADOS. Ob. cit., p. 19

³¹¹ Uno de los cambios importantes de la Directiva 2004/18/CE es el relacionado con los umbrales: “Sección 2 Umbrales Artículo, 4 Importes de los umbrales. La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales: a) 5 186 000 EUR, en los contratos públicos de obras;(…)”

“(8) Un contrato debe considerarse un contrato público de obras solo si su objeto incluye específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el anexo II, aunque el contrato puede implicar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades. Los contratos públicos de servicios, en particular los relativos al ámbito de los servicios de gestión de la propiedad, pueden incluir obras en determinadas circunstancias. No obstante, cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia posible o complemento del mismo, el hecho de que tales obras estén incluidas en el contrato no justifica que el contrato público de servicios se considere un contrato público de obras.

No obstante, dada la diversidad que presentan los contratos públicos de obras, es conveniente que los poderes adjudicadores puedan prever tanto la adjudicación por separado como la adjudicación conjunta de los contratos para el proyecto y la ejecución de las obras. La presente Directiva no pretende imponer una adjudicación separada o conjunta.

(9) La realización de una obra que cumpla los requisitos especificados por el poder adjudicador requiere a su vez que dicho poder tenga que haber tomado medidas para definir el tipo de obra o, al menos, que haya ejercido una influencia decisiva en su proyecto. El hecho de que el contratista ejecute toda o parte de la obra por sus propios medios o vele por su ejecución por otros medios no debe modificar la calificación del contrato como contrato de obra, siempre que el contratista asuma una obligación directa o indirecta, ejecutable jurídicamente, de garantizar que las obras se ejecuten.”³¹²

En el acápite de “Objeto y Definiciones”, se delimita nuevamente en la Directiva, qué se entiende por contrato público de obra:

“TÍTULO I, ÁMBITO DE APLICACIÓN, DEFINICIONES Y PRINCIPIOS GENERALES. CAPÍTULO I. Ámbito de aplicación y definiciones. Sección 1. Objeto y definiciones. Artículo 2 Definiciones.

(...) 6) «Contratos públicos de obras»: los contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes: a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II; b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra; c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por

³¹² Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

*el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.*³¹³

Igualmente el concepto de obra, mantiene la misma definición que establecía la directiva anterior: “7) «Obra»: *el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.*”³¹⁴

Dentro del análisis de las definiciones contenidas en la Directiva, llama la atención para efectos de esta investigación, la definición establecida en el numeral 20, correspondiente a la palabra “*ciclo de vida*”, que incluye la totalidad de las fases que deben ser tenidas en cuenta a la hora de la prestación de un servicio o ejecución de una obra, que permitan su funcionalidad y servicio:

“20) «Ciclo de vida»: todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización.”³¹⁵ Negrilla fuera del texto.

Esta definición tan interesante, contenida en la Directiva, ha sido merecedora de diversos comentarios efectuados por litigantes:

“(...) Esta noción –ciclo de vida-, por lo tanto, pretende incluir todos los costes que se pueden generar a lo largo de la vida útil de las obras, suministro o servicios objeto de adquisición. La Directiva muestra su preferencia por que los poderes adjudicadores, a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, adopten un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida de la obra, servicio o suministro. En relación con esta cuestión, el Considerando número

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ *Ibíd.*

*(96) de la Directiva 2014/24/UE pone de manifiesto que, dentro de estos costes, también pueden incluirse los atribuidos a factores medioambientales externos, tales como la contaminación provocada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o la causada por el propio producto o por su fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento. Incluso sería posible establecer metodologías comunes sobre el cálculo del coste del ciclo de vida social, para evitar distorsiones a la competencia.*³¹⁶

La misma directiva en su articulado establece algunos parámetros para cuantificar el costo del ciclo de vida:

*“Artículo 68 Cálculo del coste del ciclo de vida 1. El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá en una medida pertinente la totalidad o una parte de los costes siguientes a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra: a) costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como: i) los costes relativos a la adquisición, ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, iii) los costes de mantenimiento, iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado; b) los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; esos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.(...)”*³¹⁷

Para efectos de planeación en una etapa precontractual, tener en cuenta aspectos como el ciclo de vida dentro de la estructuración de los proyectos o elaboración de estudios previos, tal como es definida por la Comunidad Europea, con el método para calcularlo propuesto, se convertiría en una herramienta valiosa en la legislación Colombiana, pues se determina desde la normatividad claramente especificidades que se deben tener en cuenta tanto en al proyectar la parte técnica, como presupuestal y jurídica.

³¹⁶ PAPILIO ABOGADOS. Ob. cit., p. 5

³¹⁷ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

Continuando con el análisis, siendo el contrato público de obra uno de los principales contratos para el derecho Europeo, no es de extrañarse que su evolución contenga aspectos de planeación transversales, que impliquen la inclusión de diferentes disciplinas para su obtención. En dicho caso se examinarán los requisitos establecidos para la preparación de esta tipología contractual.

6.1.2. Estructura de los estudios previos en la Directiva 2014/24/UE

En aras de consolidar la presencia del principio de planeación en el desarrollo del articulado de la Directiva, se observa en su capítulo III: *Desarrollo del procedimiento*, Sección 1, la referencia específica a la **preparación** de los contratos, estableciendo por ejemplo en su **artículo 40** las **consultas preliminares del mercado**:

*“Artículo 40: **Consultas preliminares del mercado.** Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, **que podrá utilizarse en la planificación** y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia.”³¹⁸* Negrilla fuera del texto.

Dichas consultas preliminares, son una de las novedades de la Directiva –en materia de planeación precontractual-, que permite a los poderes adjudicadores preparar y estructurar de forma adecuada las respectivas contrataciones.³¹⁹

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ Cfr. PAPILIO ABOGADOS. *Ob. Cit.*, p. 2

De este articulado podría concluirse, de conformidad con lo señalado al mencionar los principios de la contratación de la Unión Europea, que si bien el principio de planeación no se encuentra establecido de manera literal y explícita como uno de sus pilares, el mismo si encuentra un desarrollo amplio a lo largo de las directrices impartidas. Al hablar por ejemplo de la consulta previa de mercado, se refiere a la misma como una herramienta del **proceso de planificación**, siendo desde estos articulados que empieza a tener protagonismo dicho principio, como herramienta además para el cumplimiento de otros principios como el de no discriminación y transparencia.

A su vez el artículo 42 de la Directiva establece el tema de las **especificaciones técnicas**, importante en los contratos públicos de obras:

*“Artículo 42 Especificaciones técnicas 1. Las especificaciones técnicas definidas en el anexo VII, punto 1, figurarán en los pliegos de la contratación. **Las especificaciones técnicas definirán las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro. Esas características podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Las especificaciones técnicas podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial. Para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, las especificaciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios. Cuando se adopten requisitos imperativos de accesibilidad mediante un acto jurídico de la Unión, las especificaciones técnicas deberán definirse, en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, por referencia a ellas. 2. Las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a***

*la apertura de la contratación pública a la competencia. (...)*³²⁰ Negrilla fuera del texto.

Igualmente, tal como lo señalaba la Directiva anterior -aunque delimitando con mayor precisión su alcance-, la Directiva de 2014 regula la técnica de las etiquetas, entendidas estas, según la definición de la misma, como “(...) *cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos.*”³²¹

En el artículo 43 se establece: “*Artículo 43 Etiquetas*³²². Cuando los poderes adjudicadores tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, **podrán exigir**, en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, **una etiqueta específica como medio de prueba** de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas(...)³²³ siempre y cuando se cumplan con las condiciones establecidas en dicho artículo. Negrilla fuera del texto.

En ese orden, siendo esta la generalidad encontrada en materia de planeación precontractual de contratos públicos de obra, por hallarse en la Directiva, habrá que profundizar en la legislación interna, para encontrar aspectos del principio de planeación en la transposición de la misma que seguramente afianzaran más la presencia del principio de planeación en la normatividad Española. Hasta este punto, las definiciones y desarrollo de conceptos como contratos público de obra, obra, ciclo de vida, consulta preliminar de

³²⁰ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

³²¹ *Ibid.*

³²² “(...) *De este modo, si bien los poderes adjudicadores podrán exigir una etiqueta a los efectos de determinar que las obras, suministros o servicios se consideran acordes con los requisitos determinados en la documentación contractual, deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado para tal fin, como un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido. En todo caso, conviene poner de manifiesto que la responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico*”. PAPILIO ABOGADOS. Ob. cit., p. 58.

³²³ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

mercado, especificaciones técnicas, etiquetas, entre otros, vislumbran la presencia de un proceso de planificación que parece ser tan obvio en el derecho comunitario, que no necesita estipulación expresa.

6.2. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA NORMATIVIDAD INTERNA ESPAÑOLA

6.2.1. Ley 9/2017 de contratos del sector público.

La expedición de una nueva generación de Directivas de la Unión Europea en febrero de 2014 -como se acaba de reseñar-, obligaba a los Estados miembros a realizar una reforma estructural a la normatividad interna, o incluso a sustituir dichas disposiciones, de conformidad con las nuevas finalidades y políticas reguladoras de los contratos, teniendo en cuenta que la Directiva 2014/28/UE simplificó y flexibilizó los procedimientos de contratación, fortaleció la política social, ambiental y de innovación, así como fortaleció igualmente el acceso de las PYME, entre otros aspectos. Para el caso que nos ocupa, antes de la expedición de la Directiva, se encontraba vigente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público.

Como se señaló anteriormente, “(...) ⁵⁰El Estado Español inició los trámites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo de expertos (GELEC) que se constituye en enero de 2014, con dirección del Director General de Patrimonio. Este grupo, tras un año de trabajo, presentó un primer documento definitivo en enero de 2015, iniciándose la tramitación formal para su presentación como proyecto de ley.”³²⁴ “El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 ha

³²⁴ GIMENO FELIU, José María. [Catedrático de Derecho Administrativo - Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón]. *Novedades del Anteproyecto Ley Contratos Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España*. Disponible en:

*aprobado el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España*³²⁵. El comunicado oficial informa que con esta norma se pretende incorporar a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos.³²⁵

Si bien, para el 18 de abril de 2016, por disposición de la Directiva 2014/28/UE ya debía haberse efectuado la transposición de su normatividad, dicha regulación, una vez llegado el plazo, no había sido proferida, pero en su elaboración desde el inicio, encontraba claros los objetivos a desarrollar:

*“(...) Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la futura ley se reconocen alineados con la norma europea: conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYME, y todo ello, **garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.***

No obstante, tal y como recoge su exposición de motivos, aunque el motivo determinante de la ley es la transposición de las dos Directivas citadas, no es el único, y señala que, teniendo como punto de partida esa transposición ‘no se limita solo a ello, sino que trata de diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos.’”³²⁶

Fue hasta finalizar la vigencia 2017, el 08 de noviembre de 2017, que entro en vigencia la “Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

Universidad de Zaragoza, Congreso Internacional sobre Contratación Pública. Cuenca, 21 y 22 de Enero de 2016. pp. 15-16

³²⁵ *Ibíd.*, pp. 15-16

³²⁶ MAFÉ LLOPIS. *Ob. cit.*, pp. 25-26

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”, contando con 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 16 disposiciones finales, dentro de las cuales, si bien no se establece como principio -toda vez que tampoco lo establece la directiva-, la expresa identificación de principios³²⁷ como el de planeación, sí -y coincide con la ley anterior-, da cabida al proceso de planificación en el desarrollo de su articulado, y de manera especial al referirse a diferentes tipología de contratos a los cuales dedica un título especial y completo regulando los mismos a partir de sus especificidades.

A efecto del estudio particular de la tipología de contratos públicos de obras, el objeto de análisis se delimitará entonces a las disposiciones generales, y a los Libros I y II de la reciente Ley aprobada.

6.2.2. El contrato público de obra en la Ley 9/2017, de contratos del sector público.

La nueva ley de contratos del sector público contempla en el Título preliminar de disposiciones generales, Capítulo II, Sección 1 “*Delimitación de los tipos contractuales*”, artículo 13, cuáles son los contratos de obra y qué se entiende por obra, guardando cierta similitud a lo establecido en el Decreto Legislativo 3/2011, cambiando la redacción en cuanto se deja claro que se permite la ejecución de un obra aislada o conjunta con la composición del proyecto, añadiendo a la definición de obra, otros trabajos considerados como tal³²⁸, además de la consagración de la exigencia de obra completa:

³²⁷ “Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia”. España. Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

³²⁸ “Artículo 232. Clasificación de las obras. 1. A los efectos de elaboración de los proyectos se clasificarán las obras, según su objeto y naturaleza, en los grupos siguientes: a) Obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación. b) Obras de reparación simple. c) Obras de conservación y mantenimiento. d) Obras de demolición. 2. Son obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble. 3. El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente. 4. Se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o

“Artículo 13. Contrato de obras.

1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:

a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.

b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

3. Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiéndose por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.

No obstante lo anterior, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación.(...).”³²⁹ Negrilla fuera del texto.

accidentales. Cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple. 5. Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación. 6. Son obras de restauración aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad. 7. Son obras de rehabilitación aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad que sea compatible con los elementos y valores originales del inmueble 8. Son obras de demolición las que tengan por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble.” Cfr. España. Ley 9/2017 Ob. cit.

³²⁹ España. Ley 9/2017 Ob. cit.

Desde las disposiciones generales, la normatividad tanto directiva como la interna, delimita el contrato público de obra, definiendo claramente qué se entiende por obra, expresando literalmente que debe referirse a una obra completa, entendida como tal la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio. De forma tal que la planeación es intrínseca a la contratación de obra pública, pues debe contener la totalidad de preceptos necesarios para efectuar la misma en su totalidad, so pena de incumplimiento contractual, es decir, debe garantizarse el servicio y uso para el cual fue contratado, resultado que solo puede obtenerse con una adecuada planeación en la etapa precontractual.

De manera específica, la nueva Ley, tal como lo establecía el Decreto Legislativo 03/2011, asigna especial estudio a diversas tipologías contractuales, a las cuales se les otorga un estudio singular regulándolos mediante normas particulares. Para el caso que nos ocupa, la ley 9/2017, establece en el Libro II, Título II, Capítulo I, la normatividad aplicable al contrato de obras, de conformidad con sus especificidades, distribuyendo su estudio en actuaciones preparatorias del contrato de obras (SECCIÓN 1.^a); Ejecución del contrato de obras (SECCIÓN 2.^a); Modificación del contrato de obras (SECCIÓN 3.^a); Cumplimiento del contrato de obras (SECCIÓN 4.^a); y Resolución del contrato de obras (SECCIÓN 5.^a).

En ese orden, se analizará entonces lo desarrollado en la legislación interna Española frente a esta tipología particular de contratos públicos de obra, relacionado con la planeación en la etapa precontractual.

6.2.3. Estructura de los estudios previos en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

En un contexto general, la nueva Ley comienza a desarrollar el tema de unos estudios previos, al hacer referencia en el artículo 28, a la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público, estableciendo la exigencia de incorporar o dejar constancia en la documentación preparatoria, de la naturaleza y extensión de las necesidades que se

pretenden satisfacer, su idoneidad y contenido, previa a la apertura del proceso de selección:

“CAPÍTULO I Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público

Artículo 28. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. (...)”³³⁰

Igualmente, se encuentra como parte de la etapa preparatoria o lo que definimos en Colombia como parte de los estudios previos, la novedad establecida por la Directa 2014/24/EU, relacionada con las **consultas preliminares del mercado**, reguladas en la ley 9/2017, en el Libro Segundo, Capítulo I, Sección 1, **artículo 115**, desarrollando aún más el tema y estableciendo las etapas en que pueden efectuarse, es decir, señalando las reglas a seguir, una vez realizadas las consultas, así como los criterios que deben observarse frente a los resultados:

LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas. TÍTULO I. Disposiciones generales. CAPÍTULO I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas.

“Sección 1. ^a De la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas

Artículo 115. Consultas preliminares del mercado.

1. Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes,

³³⁰ *Ibíd.*

colegios profesionales, representantes sectoriales o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

*2. El asesoramiento a que se refiere el apartado anterior podrá ser utilizado por el órgano de contratación para **planificar el procedimiento de licitación** y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia.*

De las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquéllas.

3. Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe formará parte del expediente de contratación.

En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquél.

Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas; de no ser así deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior. La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite³³¹ Negrilla fuera del texto.

³³¹ *Ibíd.*

En el mismo apartado de disposiciones generales de los contratos de las administraciones públicas, el artículo siguiente hace referencia a la iniciación y el contenido del expediente de contratación, describiendo los elementos mínimos que debe contener, tales como la necesidad del contrato, el objeto del contrato, las cláusulas particulares y prescripciones técnicas, el certificado presupuestal, la disponibilidad financiera, la justificación del procedimiento de selección, los criterios de adjudicación, entre otros. Estos vendrían siendo, asimilándolo con nuestra legislación, el contenido mínimo de estudios previos:

“Subsección 1.ª Expediente de contratación

Artículo 116. Expediente de contratación: iniciación y contenido.

*1. La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación **motivando la necesidad del contrato** en los términos previstos en el artículo 28 de esta ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante.*

*2. El expediente deberá referirse a **la totalidad del objeto del contrato**, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes.*

*3. **Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato.** En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de diálogo competitivo regulado en la subsección 5.ª, de la Sección 2.ª del Capítulo I, del Título I, del Libro II, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia en apartado 1 del artículo 174. (...)*

*Asimismo, **deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito** o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, **documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención**, en su caso, en los términos previstos en la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.*

*4. **En el expediente se justificará adecuadamente:***

a) La elección del procedimiento de licitación.

b) La clasificación que se exija a los participantes.

c) *Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*

d) *El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*

e) *La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*

f) *En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*

g) *La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.*

5. *Si la financiación del contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de una misma Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquel la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.*³³² Negrilla fuera del texto.

Igualmente establece la Ley 9/2017 de manera general para la aprobación y/o tramitación previa, el siguiente documento: *pliego de prescripciones técnicas particulares*, definiendo la ley qué se entiende por prescripción o especificación técnica -de suma relevancia tratándose de obra pública, pues incluye las reglas de elaboración de proyectos y cálculos de obras, entre otros tecnicismo, así como el método para la obtención de los cálculos correspondientes-:

“Artículo 124. *Pliego de prescripciones técnicas particulares.*

El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente ley, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material,

³³² *Ibíd.*

de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

Artículo 125. Definición de determinadas prescripciones técnicas.

A efectos de la presente ley se entenderá por:

1. «Prescripción o especificación técnica»:

a) Cuando se trate de contratos de obras, el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de la contratación, en las que se definan las características requeridas de un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador; asimismo, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso y los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida de las obras; incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan; (...)³³³

Igualmente la nueva ley estipula los temas abordados al analizar la Directiva, referente a las etiquetas y el ciclo de vida:

“Artículo 127. Etiquetas.

1. A los efectos de esta ley, se entenderá por «etiqueta»: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos.

2. Cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental,

³³³ *Ibíd.*

como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que se cumplan todas las condiciones (...) ³³⁴ establecidas en la ley.

“Artículo 148. Definición y cálculo del ciclo de vida.

1. A los efectos de esta ley se entenderán comprendidos dentro del «ciclo de vida» de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

2. El cálculo de coste del ciclo de vida incluirá, según el caso, la totalidad o una parte de los costes siguientes en que se hubiere incurrido a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:

a) los costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios, tales como:

1. ° Los costes relativos a la adquisición,

2. ° Los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos,

3. ° Los costes de mantenimiento,

4. ° Los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado.

b) Los costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; estos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

En los casos en que una norma de la Unión Europea haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, se aplicará el mismo a la evaluación de los citados costes.

³³⁴ *Ibíd.*

3. *Cuando los órganos de contratación evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que aquellos utilizarán para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.*³³⁵

En el libro II, título II, como se señaló previamente, la normatividad interna española, establece un apartado específico dentro de su regulación a diferentes tipologías contractuales, respecto de las cuales, teniendo en cuenta las características propias de la obra, servicio o concesión, etc., determina las normas a seguir, de conformidad con las diversas circunstancias que se pueden llegar a presentar. Verbigracia, tratándose del principio de planeación y del contenido mínimo de estudios previos en los contratos de obra pública, la nueva ley distribuye el articulado, de conformidad con la etapa de contratación y a diferencia del decreto de 2011, establece un apartado propio a la etapa precontractual del contrato de obra, señalando de manera específica en la sección primera, desde el artículo 231 y siguientes, las “*actuaciones preparatorias del contrato de obra*”:

TÍTULO II De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas

CAPÍTULO I Del contrato de obras

Sección 1.ª Actuaciones preparatorias del contrato de obras

“Artículo 231. Proyecto de obras.

1. *En los términos previstos en esta ley, **la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato.** La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica.*

2. *En el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de esta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación.”* Negrilla fuera del texto.

³³⁵ *Ibíd.*

“Artículo 233. Contenido de los proyectos y responsabilidad derivada de su elaboración.

1. Los proyectos de obras deberán comprender, **al menos**:

a) **Una memoria** en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

b) **Los planos de conjunto y de detalle** necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.

c) **El pliego de prescripciones técnicas particulares**, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que esta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución.

d) **Un presupuesto**, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración. El presupuesto se ordenará por obras elementales, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

e) **Un programa de desarrollo de los trabajos** o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

f) Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el **replanteo de la obra**.

g) **El estudio de seguridad y salud** o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.

h) **Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.**

2. No obstante, para los proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación inferiores a 500.000 euros de presupuesto base de licitación, IVA excluido, y para los restantes proyectos enumerados en el artículo anterior, se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos

anteriores en la forma que en las normas de desarrollo de esta ley se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprenda.

No obstante, solo podrá prescindirse de la documentación indicada en la letra g) del apartado anterior en los casos en que así esté previsto en la normativa específica que la regula.

3. *Salvo que ello resulte incompatible con la naturaleza de la obra, **el proyecto deberá incluir un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que esta se va a ejecutar**, así como los informes y estudios previos necesarios para la mejor determinación del objeto del contrato.*

4. ***Cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en esta ley.** En el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración.*

5. *Los proyectos deberán sujetarse a las instrucciones técnicas que sean de obligado cumplimiento.*

6. *Cuando las obras sean objeto de explotación por la Administración Pública el proyecto deberá ir acompañado del valor actual neto de las inversiones, costes e ingresos a obtener por la Administración que vaya a explotar la obra.*³³⁶ Negrilla fuera del texto.

Desde la estructuración y elaboración del proyecto, como actuación preparatoria del contrato, la normatividad española establece, de acuerdo con la naturaleza del objeto contractual, la exigencia de una planeación estricta con ocasión a la complejidad a la que se enfrentan. Si bien, se encuentran aspectos generales, exigibles a otras tipologías contractuales, también se detalla con exactitud la exigencia de documentos y estudios que resultan indispensables para contratos de obras públicas, como los señalados en los literales b), c), g), e), e incluso d) del numeral 1 y el numeral 3, que en la práctica son casi que exclusivos y necesarios para el éxito del contrato.

³³⁶ *Ibíd.*

El exigir por ejemplo un estudio geotécnico de los terrenos sobre los cuales se efectuará la obra, blinda y garantiza la disponibilidad del mismo, la revisión de la propiedad (tanto jurídica como físicamente), así como el estado estructural del mismo, estudios sin los cuales sencillamente el proyecto no podría elaborarse adecuadamente.

De lo hasta aquí descrito y analizado frente a los contratos públicos de obra en España, se encuentra que la planeación no es un problema tan identificable, como si lo es el tema de la corrupción. De hecho, es una de las razones por las que se han efectuado las últimas modificaciones normativas. En dicho caso, a pesar de que el problema de planeación tratándose de obra pública no es tan ostensible como en nuestro país, desde el inicio de la regulación se ha dado en España y en la Unión Europea una importancia significativa a esta tipología contractual, adaptando la regulación e incluso cambiándola y fortaleciéndola, de tal manera que se encuentre frente a este tipo de contrato la regulación precisa que permita el cumplimiento de los objetos contractuales. Las exigencias establecidas para la etapa preparatoria contienen las diversas particularidades propias del contrato de obra, garantizando la eficiencia de los recursos.

Para su principal problema –el tema de la corrupción–, la nueva regulación normativa establece de manera clara la responsabilidad en la supervisión de los proyectos, de tal forma que en aquellos contratos complejos, que superen el monto señalado en la ley, antes de aprobar el proyecto, deben solicitar un informe de verificación de la normatividad jurídica y técnica:

“Artículo 235. Supervisión de proyectos.

Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes

estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 233 de la presente ley.

En los proyectos de presupuesto base de licitación inferior al señalado, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo.³³⁷

De la misma manera, el siguiente artículo, resultaría una herramienta útil para uno de los mayores problemas que se presentan en Colombia tratándose del principio de planeación en la etapa precontractual, relacionado con la propiedad y disponibilidad de los terrenos. A diferencia del decreto de 2011, que iniciaba la normatividad correspondiente al contrato de obra con el replanteo en la etapa de ejecución, la normatividad que se estudia establece el **replanteo del proyecto** previo a la aprobación del expediente, de tal manera que se constaten que se podrá llevar a cabo la ejecución del contrato, contando para el efecto con los terrenos aptos y disponibles física y jurídicamente para tal fin:

*“Artículo 236. **Replanteo del proyecto.***

*1. **Aprobado el proyecto y previamente a la aprobación del expediente de contratación de la obra, se procederá a efectuar el replanteo del mismo, el cual consistirá en comprobar la realidad geométrica de la misma y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución. Asimismo se deberán comprobar cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar.***

*2. **En la tramitación de los expedientes de contratación referentes a obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y de carreteras, se dispensará del requisito previo de disponibilidad de los terrenos, si bien no se podrá iniciar la ejecución de las obras en tanto no se haya formalizado la ocupación en virtud de la vigente ley de Expropiación Forzosa.***

*3. **En los casos de cesión de terrenos o locales por Entidades públicas, será suficiente para acreditar la disponibilidad de los terrenos, la aportación de los acuerdos de cesión y aceptación por los órganos competentes.***

³³⁷ *Ibíd.*, pp. 141-143

4. Una vez realizado el replanteo se incorporará el proyecto al expediente de contratación.³³⁸ Negrilla fuera del texto.

Para culminar la descripción y el estudio de la nueva ley 9/2017, es importante mencionar, que pese a que su expedición ocurrió a finales del año 2017 -por trámites legislativos-, es decir, año y medio después de lo establecido en la Directiva para la transposición (que fijaba como plazo el 18 de abril de 2016), durante ese lapso se abrió un escenario jurídico de aplicación directa de la directiva de contratación pública:

*“(…) Como es suficientemente conocido, la Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas europeas. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. **El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE enuncia que la Directiva es obligatoria.** Al igual que el Reglamento y la Decisión europeos, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Se trata, pues, de un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. En relación a este último aspecto, y para preservar la nota de primacía del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea, conviene recordar que **la Directiva “desplegará” un efecto directo vertical al expirar el plazo de transposición**, de tal forma que los particulares pueden alegar el texto contra los Estados ante los tribunales siempre que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas. Criterio por lo demás ya consolidado por la jurisprudencia del TJUE cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos) reconocen el efecto directo por no transposición en plazo de Directivas comunitarias “en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación” (STJUE 19 noviembre de 1991)81.”³³⁹*

El tema de los tramites legislativo que es una de las mayores causas por la que no se alcanzan a cumplir los plazos de transposición de las Directivas, ya había sido objeto de

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ GIMENO FELIU. *Ob. cit.*, pp. 30-32

estudio y de hecho de recomendación por parte de la Comisión Europea, en el año 2004, a propósito de las Directivas que afectaban el mercado interior, recomendando adoptar mejores prácticas para la trasposición correcta, adecuada y oportuna de las mismas.³⁴⁰

“(…) En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa.

En una primera aproximación, puede afirmarse que el contenido de las Directivas de contratación pública, dado que o están pre-transpuestos o son claros, precisos e incondicionados, tendrán efecto directo casi en su totalidad, sin perjuicio de que en aras a la seguridad jurídica, que es deseable en una materia tan sensible como la contratación pública, que la transposición pudiera efectuarse, si bien no a tiempo, lo antes posible. O, al menos, que existiera ‘algún soporte jurídico interpretativo’.”³⁴¹

Finalmente, se podría concluir que en materia de preparación de contratos o de elaboración de estudios previos, la legislación española a diferencia de la colombiana, proporciona un espacio o escenario diferente para la regulación de la preparación de los contratos de obra, reconociendo que existen elementos particulares que se deben tener en cuenta.

Como se mencionó anteriormente, debe señalarse, que en la búsqueda y examen de la normatividad española, la planeación de manera directa u ostensible no parece ser uno de los problemas más grandes en materia de contratación pública de España, como sucede aquí en Colombia. De hecho, como se acaba de constatar, presenta una regulación bien completa en materia de estructuración y preparación de proyectos de obra pública que viene desde las directivas y leyes anteriores, y que de acuerdo con lo analizado en este acápite, presenta cada vez más avances para el desarrollo de obras completas. Pero dicho sea de paso, el tema de la corrupción si ha parecido motivar la cantidad de modificaciones

³⁴⁰ Cfr. *Ibíd.* Pie de Página No. 77. p. 30

³⁴¹ *Ibíd.*, p. 34

en esta materia en la regulación no solo interna sino de la comunidad europea³⁴², circunstancia que lamentablemente también sucede en Colombia, en donde se utiliza la planeación en algunos casos como “herramienta”.

6.3. BREVE MENCIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN OTROS PAÍSES.

Para finalizar el presente capítulo, es importante señalar, que el tema de la planeación, vista desde la etapa precontractual -con sus beneficios y problemas-, se presenta en diferentes sistemas de contratación pública. Ya observamos un país –España- en el que se presenta grandes avances en la materia que podrían tomarse como modelo. Sin embargo existen otros lugares donde la falta de planeación está afectando la eficiencia en la ejecución de las obras públicas de manera similar que en Colombia.

En Perú, por ejemplo, como resultado de las auditorías efectuadas por la Contraloría General de la República a las obras públicas, se encontraron como causas frecuentes de la ineficiencia en la ejecución de las mismas: aumento en los plazos de los contratos, aumento del presupuesto, en algunos casos por mala planificación y en otros por mala gestión durante su ejecución. En el artículo “*La Eficiencia en la Ejecución de obra pública*”³⁴³

³⁴² “(...) Los objetivos generales de las Directivas europeas en materia de contratación pública asegurar el respeto a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad— así como las medidas en ellas contempladas —de publicidad y transparencia a nivel comunitario, en materia de recursos, de tratamiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias— tienen, per se, una incidencia positiva en la prevención de la corrupción (11). Sin embargo, no fue hasta la Directiva 18/2004 que se introdujo una referencia expresa a la materia al ampliarse los motivos de exclusión, anteriormente limitados a la condena por delitos relativos a la «moralidad profesional» de los candidatos o licitadores, a los delitos de «corrupción», fraude, participación en una organización delictiva o de blanqueo de capitales. Las nuevas Directivas de 2014, por su parte, introducen la regulación de los conflictos de intereses.” Cfr. AYMERICH CANO, Carlos. *Corrupción y Contratación Pública: Análisis de las nuevas Directivas Europeas de Contratos y Concesiones Públicas*. Trabajo recibido en la revista el 13 de octubre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de diciembre de 2014. Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015. pp. 214

³⁴³ LOZANO MEDINA, Edgar. [Funcionario de la Contraloría General de la República del Perú]. *La eficiencia en la ejecución de Obras Públicas: tarea pendiente en el camino hacia la competitividad*

elaborado por *Edson Lozano Medina*, funcionario de la Contraloría General de la República del Perú, se señala:

“(...) 4 LA EFICIENCIA EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

(...) Entre los principales problemas que constantemente se identificaron podemos citar:

- Ineficiencias en los estudios de ingeniería realizados en la etapa de diseño, debido a la deficiente o nula información relacionada con el proyecto, ya sea por inobservancia de las regulaciones y normas técnicas aplicables a la naturaleza del proyecto, o por desconocimiento de las condiciones climatológicas o geomorfológicas de la zona donde se ejecuta la obra.*
- Inadecuado presupuesto de obra que no permite conocer con detalle y precisión las cantidades y características de los insumos por utilizar, así como su precio de mercado, sobrevalorando muchas veces los costos de las obras.*
- Modificaciones en los diseños de ingeniería y en sus presupuestos inicialmente aprobados, incorporando trabajos adicionales cuando la obra ya está en ejecución.*
- Selección de empresas constructoras que no cuentan con la capacidad técnica ni el respaldo económico para cumplir con las obligaciones contractuales y con el objeto del contrato, debido a inadecuados factores de evaluación aplicados en el proceso de selección.*
- Incrementos en los plazos de ejecución por retrasos injustificados de la empresa contratista, sin que sean aplicadas las penalidades por mora en la ejecución, ni requerirse los correctivos del caso.*
- Inadecuada supervisión durante la ejecución de obra, bien por un deficiente desempeño de funciones de los profesionales designados para ello o por el incumplimiento de las empresas consultoras contratadas para este fin, que muchas veces dan lugar a deficiencias constructivas.*
- Trámites administrativos y legales relacionados con licencias, aprobaciones, saneamientos de terrenos y autorizaciones ante otras entidades del Estado.”*

Este artículo, no solo pone en evidencia problemas de eficiencia en la ejecución de obras públicas, la falta de una adecuada planeación y falta de capacidad y competencias gerenciales de las personas encargadas, sino que propone como solución a la problemática identificada, **una inversión mayor en la fase de pre inversión**, para bajar los costos que está ocasionando la ejecución de las obras en la etapa final.

A nivel más global -y que incluye a Colombia-, se menciona referente al tema de la planeación, en el artículo de la Doctora *Iriana Aponte Díaz* (2014)³⁴⁴, el desarrollo de directrices para la orientación en la aplicación de este principio de tal manera que sean comunes a los estados miembros de la OEA:

*“(...) Por último, en un contexto más amplio surge una doctrina de la Organización de Estados Americanos, OEA, que ha desarrollado una directriz para orientar la aplicación de elementos de planeación en la contratación pública en los Estados miembros (Ponce, 2013). **Busca que a nivel interdependiente cada Estado cuente con sus propias normas de planeación pero que sean homologables en los negocios y contratos internacionales entre países miembros de la OEA.** Considera esta doctrina que la planeación en términos de contratación pública debe dar cuenta de los objetivos de la obra, los componentes estratégicos de planificación del presupuesto y formas de financiación a corto, mediano y largo plazo, que tendrá en cuenta el trámite legal de aprobación y ejecución presupuestaria, los mecanismos en las etapas de desarrollo del contrato y el control eficaz en el cumplimiento de las obras, para lo cual es indispensable tener claro qué es lo que se pretende con la licitación y cuáles son las metas y objetivos de la contratación (Corea, 2002).”³⁴⁵*

Lo que queda como reflexión del análisis efectuado, es sin duda la utilización de la normatividad como herramienta para el fortalecimiento del principio de planeación. Sea que se señale de manera implícita o explícitamente, no hay duda que el éxito de la contratación se encuentra en una adecuada elaboración de la etapa previa. En donde existen problemas ostensibles de planeación en esta etapa, las causas son similares: la estructuración de los

³⁴⁴ APONTE DÍAZ. Ob. cit. p. 195

³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 195

proyectos; y en donde existe regulación más fuerte, su punto de refuerzo se encuentra: en el robustecimiento de la elaboración de los proyectos y demás documentos preparatorios. De tal manera que todo se podría reducir en lo siguiente: En el deber de fortalecimiento de los estudios previos o de la etapa preparatoria de los contratos, como materialización del principio de planeación y garantía mayor de la ejecución de una obra completa.

CAPÍTULO 7

PROPUESTA DE INCORPORACIÓN NORMATIVA

7.1 FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN: ENFOQUE HACIA LOS ESTUDIOS PREVIOS PARA LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.

Durante el desarrollo de la presente investigación se ha logrado evidenciar como uno de los principales problemas en la contratación pública en Colombia, la falta o falla de planeación, y de manera notable tratándose de contratos de obra pública. Lo anterior tiene consecuencias jurídicas y económicas que al final nos afecta a todos tratándose de recursos públicos. Se ha observado igualmente, cómo éste principio ha venido siendo desarrollando normativa y jurisprudencialmente, de tal manera que constituye un pilar fundamental de la contratación, materializándose el mismo principalmente en los elementos que constituyen los estudios previos, y en general, los que se hacen presente en la etapa precontractual. Lo anterior, como resultado de las evidencias encontradas en la praxis, identificadas en los casos abordados por la jurisdicción contenciosa administrativa, los entes de control, por las entidades públicas, los particulares que colaboran con la administración, los funcionarios y por la comunidad.

En ese orden, de lo examinado al estudiar el principio de planeación en la etapa precontractual, y concretamente el papel de los estudios previos en dicho principio -con enfoque en los contratos de obra pública-, los casos y las consecuencias de la falta de planeación (sobrecostos), la causa social y jurídica de su ausencia, los debates suscitados frente al mismo en la jurisprudencia, los informes de la Contraloría frente a obras inconclusas, la práctica contractual de las entidades del Distrito, el desarrollo del principio de planeación en la normatividad Española, entre otros aspectos, se puede llegar a concluir, que si bien se presenta un gran avance en el tema a nivel normativo, los esfuerzos efectuados en la elaboración de la Jurisprudencia, no se ven reflejados en la norma, no son respetados por los destinatarios y resultan ya insuficientes en la práctica, considerándose

viable y siempre a la orden del día, un **fortalecimiento del principio de planeación a través de la legislación**, tratándose de estudios previos para los contratos de obra pública, en aras de prevenir daños antijurídicos o ayudar a su mitigación, reformando la norma de conformidad con la realidad contractual del país.

El cambio o avance normativo es una constante evolutiva que se aplica para todos los ámbitos, áreas o materias, pues siempre se está en crecimiento-cambio. La doctrina nacional, como se indicó desde la introducción, ha señalado precisamente en materia de contratación, que la normatividad debe ir ajustándose a las necesidades actuales: "*Este ordenamiento y mandatos legales que marcan la actividad contractual pública, son de **construcción continúa** puesto que se van adecuado a las exigencias de la gestión del interés público*".³⁴⁶ Negrilla fuera del texto.

De tal manera que al observar los resultados en la contratación de obra pública por ejemplo, y al observar la falta de planeación como constante causa de las demandas en las que resulta condenado el Estado y la generación de sobrecostos como su consecuencia inmediata, así como la cantidad de indagaciones de tipo fiscal que se han venido presentando, se considera una hipótesis viable ajustar a las necesidades actuales, el diseño de los estudios previos, como herramienta indispensable para la buena y correcta ejecución de una obra pública:

*"En este orden, la ley tiene un factor performativo sobre la interacción social y lo que busca el ordenamiento jurídico es planificar dicha interacción en aras del bien común, llevando la conducta social al cumplimiento de las políticas de Estado, razón y visión que encarnan los legisladores, gobernantes y jueces. Esto tiene un valor de control y, por ende, hace parte de la planificación de la sociedad, en términos de las necesidades de convivencia y lo que se quiere a futuro en su desarrollo, por lo mismo, **el ordenamiento jurídico no es un sistema absoluto y estático, sino que es un sistema en permanente transformación y ajuste para responder a las necesidades y retos de la sociedad que experimenta***

³⁴⁶ VARGAS CANTOR. Ob. cit., p. 35.

una dinámica de cambio continuo, que debe hacerse dentro de una visión planificada (Dávila, 2003)³⁴⁷ Negrilla fuera del texto.

En este sentido, es claro que el cambio continuo de la normatividad para ajustarse y responder a la evolución social no es exclusiva de la contratación, sino que corresponde a una premisa del derecho. Razón por la que las propuestas normativas resultan una “solución” viable en cualquier rama de esta materia.

Este fortalecimiento propuesto en la presente investigación como resultado de lo analizado en sus diferentes acápite, se desarrolla a través de tres propuestas, una principal y dos complementarias, utilizando la norma como herramienta el derecho, recurriendo al principio de legalidad como garantía para el cumplimiento de las mismas:

Propuesta principal

Incorporación normativa para el fortalecimiento del principio de planeación
– Enfoque hacia los estudios previos para los contratos de obra pública–



Esta propuesta se desarrolla a través de la reestructuración del contenido mínimo de los estudios previos, específicamente para los contratos de obra pública, otorgándole un apartado especial a esta tipología contractual, **añadiendo elementos mínimos particulares** propios de su objeto, y **detallando o especificando**, además para dichos casos, los elementos ya estipulados para las disposiciones generales.

³⁴⁷ APONTE DÍAZ. Ob. cit., pp. 183

Esta propuesta normativa, ya cuenta hoy en día, con un primer paso o avance significativo, consiste en la aprobación de una disposición legal³⁴⁸, que adjudica al Gobierno Nacional la facultad para desarrollar e implementar estándares y documentos tipo de pliego de condiciones en la contratación estatal, circunstancia que se analizará igualmente en el presente acápite, y que sigue la misma línea metodológica propuesta, como se entrará a revisar.

Propuestas complementarias:



Consagración expresa de prohibición de violación al principio de planeación.



Fortalecimiento desde las entidades públicas.

Teniendo en cuenta que de la jurisprudencia y de los informe de la Contraloría se logró evidenciar falta de diligencia en la contratación pública, tratándose de contratos de obra, vislumbrándose el cumplimiento somero de las exigencias legales, resulta indispensable que el fortalecimiento propuesto se realice desde y a través de la normatividad, mediante la implementación de deberes, de tal manera que se conserve la estrecha relación de este principio con el de legalidad, siendo conscientes de que de otra manera no se obtendría su cumplimiento.

La doctrina ha señalado y la jurisprudencia ha reiterado frente al principio de legalidad y el principio de planeación en la etapa precontractual, lo siguiente:

“La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período,

³⁴⁸ Ob. cit. COLOMBIA. Ley 1882 de 2018.

*donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de **vinculación positiva a la ley**, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.*³⁴⁹ Negrilla fuera del texto.

El doctor *Jaime Orlando Santofimio Gamboa* desde la doctrina y la jurisprudencia, igualmente reitera la fuerza vinculante de dicho principio para las entidades públicas:

*(...) Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante **en todo lo relacionado con el contrato del Estado.***³⁵⁰ Negrilla fuera del texto.

De tal manera que **el principio de legalidad se convierte en el instrumento más valioso y garantía principal de la eficacia de los demás principios de la contratación**, incluyendo el de planeación, por lo que ha sido utilizado para solucionar o prevenir diferentes problemas que se han presentado en la práctica jurídica. Por ejemplo, como ya se había mencionado en la introducción de la presente investigación, en la **Ley 1474 de 2011**³⁵¹ se utilizó la normatividad como herramienta para solucionar, mitigar o prevenir la corrupción en la contratación pública.

Dicha normatividad, como también ya se estudió, **para fortalecer el principio de planeación** -aunque no se haya indicado de esa manera, sino como medida para evitar la improvisación en la contratación pública-, modificó un articulado de la ley de contratación, que exige, tratándose de contratos estatales de obra, “*contar con los estudios y diseños*

³⁴⁹ SANTOFIMIO GAMBOA. Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Ob. cit., p. 149. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: 24.04.2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Ob. cit.

³⁵⁰ SANTOFIMIO GAMBOA. Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Ob. cit., pp. 148-149

³⁵¹ “*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*”

*que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño*³⁵². Lo anterior como garantía de unos estudios previos que respalden una adecuada ejecución del objeto contractual y la eficiencia de los recursos públicos.

En los capítulos anteriores de la presente investigación, al hablar de la estructura del contenido de los estudios previos, desde los antecesores normativos y hasta la estructura vigente, se ha hecho mención del artículo 87 de Maduración de Proyectos de la Ley 1474 de 2011³⁵³ -acabado de referir-, que modifica el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, por hacer referencia específica al contrato estatal de obra, y por exigir el deber de contar con estudios suficientes de ingeniería básica, que garanticen la viabilidad del proyecto y una correcta ejecución, estableciendo dentro de los mismo el impacto social, económico y ambiental.

En ese orden, si bien el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 del 93 ya establecía el deber de contar, con antelación a la apertura del proceso de selección, con los diseños y estudios necesarios, se vislumbró en su momento la necesidad de evitar la improvisación que se venía presentado especialmente en contratos estatales de obra, en los que se señala en la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, se venían presentando casos graves de corrupción, por lo que fueron necesarias reformas puntuales que aumentaran la transparencia y evitaran el fraude.

Siendo este artículo una realidad, es decir, si ya se establece en la ley, y se especifica por ejemplo en el artículo de maduración de proyectos que los contratos estatales de obra deben contar con estudios, diseños y proyectos suficientes, y se especifica además -como no se hacía antes- la exigibilidad de estudios de impacto ambiental, económico y social,

³⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1474 de 2011. Ob. cit., Artículo 87.

³⁵³ Véase Pág. 42, 45, 65-66, 92, 129 y 175 de la Investigación.

¿por qué resulta aun así importante la propuesta normativa enunciada, de reestructuración del contenido mínimo de los estudios previos, específicamente para los contratos estatales de obra, **añadiendo elementos mínimos particulares** propios de su objeto, y **detallando o especificando**, los elementos ya estipulados para las disposiciones generales.?

Para el efecto, es importante mencionar, que tal como ocurre con la Ley 1882 de 2018, una Ley no excluye a la otra, sino que son el insumo respecto de los cuales se desarrolla la propuesta normativa. De hecho, a partir de artículos como el de maduración de proyectos se desenvuelve la propuesta, determinando de manera específica qué estudios técnicos se requieren de manera imprescindible para que se adelante por las entidades públicas contratos estatales de obra. Lo anterior, porque aun, pese al fortalecimiento y novedad que se presenta, y la particularidad que le otorgan a esta tipología contractual en el estatuto anticorrupción, en el ejercicio precontractual de algunas entidades, como se vio en el Capítulo 5, la generalidad en los enunciados, permite que los destinatarios de las normas omitan estudios particulares necesarios para cumplir el cometido de determinar la viabilidad de la obra, por ejemplo. En ese orden, a partir de esta estipulación normativa -artículo 87 de la Ley 1474 de 2011- es que se desarrolla y se identifica en la práctica cada uno de los estudios necesarios para la efectividad del mismo, tratándose de planeación técnica. Lo anterior, porque si los estudios particulares necesarios no son establecidos y exigibles normativamente y puntualmente, este artículo podría perder efectividad en la práctica, al pretenderse, como ocurre, cumplir con un requisito meramente formal, como venía ocurriendo con lo establecido en el artículo 25 numeral 12 que modifiqué, y por lo cual se tuvo que especificar estudios que determinen impactos ambientales, social o económicos, porque la generalidad del artículo anterior permitía el “*cumplimiento del requisito*” sin tener en cuenta por ejemplo dichos aspectos trascendentales.

De igual forma, otro ejemplo de regulación o de normatividad específica, teniendo en cuenta las particularidades de la tipología contractual, resulta ser **Ley 1682 de 2013**³⁵⁴ referida en

³⁵⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1682 de 2013. Ob. cit.

el capítulo 4 de la investigación, de proyectos de infraestructura de transporte, que para el caso que nos ocupa, como ya se examinó, desarrolla de manera completa el principio de planeación de conformidad con la complejidad del objeto a ejecutar.

Igualmente, como ejemplo de utilización de la norma como mecanismo para el fortalecimiento de materias específicas, es también la ya mencionada Ley 1882 de 2018, que modifica, adiciona y dicta disposiciones en materia de contratación, cuyo objeto consiste en introducir medidas tendientes al fortalecimiento, transparencia y eficacia de la gestión contractual, en aras de garantizar y aprovechar las inversiones que en materia de infraestructura se realizan en el país, eliminando sesgos interpretativos que se venían presentando.

Un fortalecimiento como los mencionados, es el que se propone en la presente investigación, reforzando en la ley de contratación los estudios previos, tratándose de contratos de obra pública, de tal manera que se establezcan requisitos mínimos ausentes y/o se concreten con mayor claridad los requeridos para la ejecución exitosa de la obra como se expondrá a continuación.

De esta manera se busca empezar por algo específico, para iniciar desarrollando en el país una conciencia normativa particular para contratos de obra pública, primero robusteciendo su planeación en un acápite especial de estudios previos, de tal manera que se convierta a su vez en un insumo para desarrollar un capítulo especial por tipología contractual en la ley de contratación, y por qué no, sembrando la inquietud para la creación de una ley por medio de la cual se adopten medidas y disposiciones específicas para los contratos de obra pública.

7.1.1. Reestructuración del contenido de los estudios previos, específicamente para los contratos de obra pública.

De manera propositiva, y utilizando como herramienta el ordenamiento jurídico y por ende el principio de legalidad, se busca una transformación y fortalecimiento del principio de planeación en la etapa precontractual a través de la estructuración de los estudios previos, específicamente tratándose de contratos de obra pública, de tal manera que se convierta en una **actividad a desarrollar con mayor tecnicismo, mayor eficiencia y eficacia**, que permita evitar daños antijurídicos sobre todo en la ejecución del contrato y la generación de obras inconclusas.

Hay que señalar que ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional han señalado de manera textual o abiertamente la necesidad de proponer o estipular en la normatividad de estudios previos, la consagración para contratos complejos como los de obra pública, elementos adicionales indispensables para la ejecución exitosa del contrato tal como se visualiza en la planeación precontractual. Sin embargo, existen autores y legislaciones que desarrollan elementos requeridos y necesarios para la ejecución de contratos de obra pública (más específicos o adicionales), que podrían llegar a ser los que hagan parte de un párrafo especial en el acápite de estudios previos, o un capítulo especial de la ley de contratación, o porque no, como ya se sugirió, el insumo de una ley especial para la contratación de obra pública recurriendo al principio de legalidad. Lo anterior, por cuanto el hecho de no contemplarlos en un acápite precontractual o una regulación normativa especial, conlleva en la cultura Colombiana, a que se limiten someramente a dar cumplimiento a los elementos mínimos establecidos en forma general y abstracta, con cualquier estudio que permita dar por cumplido el requisito, así sea de manera superficial.

Los elementos decantados de la planeación técnica y jurídica, constituyen la base de la presente investigación, buscando que la doctrina, la jurisprudencia, los informes de la contraloría o la praxis, señalen como posible para los contratos de obra pública, requerir de

manera específica o literal en la normatividad de estudios previos, cuando se contrate de manera exclusiva la ejecución de la obra pública, los diseños, licencias y demás especificidades encontradas e identificadas, constituyéndose como mínimos, que normativamente deba cumplir la entidad.

El **Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015**, “*por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del sector administrativo de la planeación nacional*”, establece en la Parte 2 *Reglamentaciones*, Título 1 *Contratación Estatal*, Capítulo 1 *Sistema de Compras y Contratación Pública*, Sección 2 *Estructura y Documentos del Proceso de Contratación*, Subsección 1 *Planeación*, lo siguiente, que se encontraba referido en el artículo 20 del Decreto 1510 de 2013:

*“Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, **además de los indicados para cada modalidad de selección (...)**.”* Negrilla fuera del texto.

Este enunciado de hecho, ya permite establecer la existencia de otros elementos, aunque por modalidad de selección, que son exigibles al desarrollar la planeación. Pero lo que se propone es establecer elementos adicionales **por tipología contractual**, empezando con los contratos de obra pública.

Autores como *Edgar Fernando Vargas Cantor*³⁵⁵ en su libro *Las Obras públicas*, como arquitecto y proponente en procesos contractuales, identifica por ejemplo de forma didáctica y particular los requisitos que se deben tener en cuenta en la etapa precontractual, para

³⁵⁵ Este autor y su obra constituyen la base de la propuesta normativa que se presenta, teniendo en cuenta la identificación de la planeación específica para la tipología contractual que se está desarrollando.

llevar con éxito la ejecución de los contratos de obra pública, que no se identifican notoriamente del contenido mínimo establecido en la ley.

De manera importante señala el autor, que el diseño de los estudios previos se debe efectuar de acuerdo con la naturaleza de la obra, de tal manera que identifica la particularidad que conllevan los procesos para la suscripción de contratos de obra pública, y queda en evidencia, la necesidad de determinar claramente sus singularidades para prevenir daños antijurídicos: "*(...) los perfiles de proyectos convertidos en objetos de procesos contractuales deben ser **cualificados y cuantificados**, tanto en su alcance material como en su valor o costo de inversión definitiva. Para este efecto se ejecutan, **de acuerdo con la naturaleza de la obra**, una serie de estudios técnicos que definirán en forma clara los objetos y las inversiones, el alcance preciso para futuros contratos, el tipo de contratación y sus procedimientos consecuentes.*"³⁵⁶ Negrilla fuera del texto.

Este autor en su libro, explica la relación de los procesos contractuales con la planificación del desarrollo desde el nivel nacional hasta el municipal, indicando cómo los procesos no deben surgir de la nada o para satisfacer cualquier necesidad, sino que corresponden a la satisfacción de las necesidades de las entidades previamente priorizadas, que encuentran apoyo presupuestal en el plan de desarrollo para llevar a cabo su ejecución de manera exitosa.

En forma amplia, el arquitecto menciona y explica, de acuerdo a su experticia en procesos contractuales para la ejecución de obra pública, los elementos que se deben tener en cuenta en la etapa precontractual, los cuales, a nuestro juicio, atendiendo al principio de legalidad y por la realidad que ha presentado la contratación en nuestro país, podrían y deberían estar consagrados en un acápite especial para este tipo de contratos como elementos mínimos que deben contener los estudios previos:

³⁵⁶ VARGAS CANTOR. Ob. cit., p 35.

Dentro de los elementos a tener en cuenta identificados por el arquitecto en mención, se ubican los primeros en la etapa que él llama de **i) Investigación- planificación**, consistente en la formulación (identificación, perfil preliminar y pre factibilidad) y evaluación del proyecto.

En esta etapa se identifican entonces tres elementos:



Elaboración propia.

En esta etapa de planificación se resalta la importancia de **formular los perfiles de proyectos**, en principio para que sean incluidos dentro de los planes de desarrollo. Pero se manifiesta, previo a esa inclusión, la importancia de haber realizado con antelación los estudios de pre factibilidad y factibilidad, y establecidas la viabilidad técnica, económica, financiera, institucional, social y ambiental.

Frente a este punto se indica lo siguiente relacionado con el perfil del proyecto:

“(...) Estos perfiles de proyectos son realizados de conformidad con la normatividad existente, la cual considera en el caso de las obras públicas para que no se presente desperdicio en los recursos a utilizar, que:

✚ *El problema esté completamente identificado y sus beneficios establecidos,*

✚ *Se hayan definido perfectamente los **periodos de vida útil**, inversión y operación del proyecto,*

- ✚ *Exista una valoración de costos, un flujo de caja de inversión e información sobre las fuentes de financiación,*
- ✚ *Se conozcan los factores de sostenibilidad del proyecto,*
- ✚ *Se haya analizado la consistencia y viabilidad del proyecto, y*
- ✚ *Sea posible la generación de los beneficios esperados una vez concluida la construcción.*³⁵⁷ Negrilla fuera del texto.

Todos estos aspectos deberían estar literalmente consagrados en la norma.

A propósito de lo señalado anteriormente, resultaría práctico y eficaz incluir además en esta etapa de investigación, lo que la normatividad Española denomina **replanteo del proyecto**, consistente como se estudió, en establecer desde el inicio, desde la formulación del proyecto, la propiedad y disponibilidad de los terrenos donde se ejecutara la obra. De tal manera que al efectuarse en la elaboración de los estudios previos el estudio jurídico, ya se tienen claros aspectos geográficos, realidad geométrica y titularidad.

Este punto importante de investigación y planificación del proyecto como tal, en su composición guarda semejanza con lo analizado en los elementos que la legislación Española consagra tratándose de preparación de contratos de obra pública, en cuanto se hace énfasis en los **proyectos**, haciendo referencia por ejemplo a periodos de vida útil, sostenibilidad, consistencia, viabilidad, operación del proyecto, que pueden además complementarse con los elementos en la legislación Española, en tanto otorga trascendencia a los mismos tratándose de esta tipología contractual.

Es decir, para el fortalecimiento del principio de planeación en materia de estudios previos para los contratos de obra pública, se debe fortalecer y requerir una completa elaboración

³⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 95-96.

desde los proyectos, como lo señala la ley 9/2017 que transpone la Directiva Europea de 2014, en cuanto estipula el contenido mínimo de los proyectos y la responsabilidad derivada de su elaboración. Esta regulación exige una memoria, los planos de conjunto y detalle, el pliego de prescripciones técnicas particulares, un presupuesto, un programa de desarrollo de los trabajos, el replanteo de la obra, el estudio de seguridad y salud y cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario. Todo, como proyecto especial y particular para los contratos de obra pública, además de tener que contar con lo señalado para la generalidad, esto es, el contenido mínimo del expediente de contratación. Se requiere entonces un proyecto estructurado y aprobado para empezar a elaborar unos buenos estudios previos.

Esta etapa de **perfil del proyecto** también puede verse complementada con lo establecido en materia de planeación en la ley 1682 de 2013³⁵⁸, en cuanto especifica los elementos a identificar y analizar a la hora de estructurar los proyectos, enlistando los aspectos mínimos a tener en cuenta, como son, por ejemplo, las redes y activos de servicios públicos; el patrimonio urbano, arquitectónico y arqueológico; las licencias, permisos, autorizaciones o procesos de reserva; la identificación de los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección; las comunidades étnicas establecidas; diagnóstico predial o análisis del predio sobre el cual se va a construir, entre otros. Igualmente especifica los estudios de ingeniería necesarios, describiendo en qué consiste cada uno dependiendo la fase en que se encuentra y dividiendo los mismos en estudios de pre factibilidad, factibilidad y estudios y diseños definitivos.

Igualmente, el arquitecto *Vargas Cantor*, identifica como segundo elemento, la **presupuestación**, que hace referencia en cierta medida a lo que en los estudios previos se establece como “*El valor estimado del contrato y la justificación del mismo*”, sin embargo su descripción conlleva a estudios más técnicos de los que se realizan por la generalidad del enunciado: **ii) Presupuestación:** Identificación del costo de las obras.

³⁵⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1682 de 2013. Ob. cit.

Se identifican en esta etapa los siguientes elementos:



Elaboración propia

Se busca también de este estudio la consagración detallada de los elementos mínimos existentes de tal manera que resulte obligatorio atender los mismos a la hora de establecer un costo y no un solo valor “estimado” con un argumento poco técnico y escasamente contable, insuficiente para ejecutar una obra exitosa.

En esta etapa de presupuestación podría estipularse para tenerse en cuenta lo que la Comunidad Europea a denominado “ciclo de vida”, de tal manera que se defina en la misma regulación y se exija tener en cuenta para determinar el valor de la obra, todas las fases, desde la planeación hasta llegar a la prestación del servicio o utilización del bien, tal y como lo señala la Directiva de 2014 de la CE, con el método para calcularlo, es decir, la aplicación del principio de planeación en sentido amplio. Se reitera que este ciclo de vida hace referencia a: “(...)todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización.”³⁵⁹

³⁵⁹ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Ob. cit.

Es importante reiterar que no necesariamente la generación de daños antijurídicos por falta de planeación se detecta en la etapa de ejecución del contrato con los sobrecostos, sino que se puede observar desde la elaboración de los estudios previos, y no siempre obedece a un mal estudio del mercado o del sector como ya se ha verificado, sino que intervienen también otros aspectos técnicos y jurídicos. No obstante no puede desconocerse que el estudio de mercado o la “*Presupuestación*” como lo llama el autor al que se viene haciendo referencia, es uno de los ítems o mínimos requeridos importantes que deben observarse con precisión en la etapa de planificación. Se señala al respecto lo siguiente:

*“La primera aproximación al costo de las obras que se ha calculado en los proceso de Planificación corresponde a un valor global, un presupuesto estimativo obtenido con base en la experiencia previa que se tenga sobre el tipo de proyecto a ejecutar y establecido, generalmente, sobre la cantidad de unidades de medida, sean metros lineales, metros cuadrados, metros cúbicos o unidades, que se vayan a ejecutar dentro de la obra. Los valores calculados dentro de la fase inicial del proyecto deben ser obtenidos por **profesionales especializados en el tema, que posean la suficiente experiencia para suprimir al máximo la posibilidad de error y minimizar cualquier consecuencia negativa dentro de la ejecución y la operación del proyecto.**”³⁶⁰* Negrilla fuera del texto.

Se resalta además, dentro de esta etapa, la importancia de tener en cuenta los costos indirectos (Gastos generales de Administración, Imprevistos y Utilidades (AIU)), los gastos generales de Administración (publicación de contratos, pólizas de seguros, trámites, diversos impuestos, personal de administración, costos parafiscales, pago de seguridad social, instalaciones provisionales y consumo de servicios públicos domiciliarios, campamentos, compras de elementos y equipamiento para administración, alquiler de equipos de oficio y vehículos, gastos de viaje, dotaciones para seguridad industrial, procesos de salud ocupacional, señalizaciones y vallas), los imprevistos (cubrimiento de los riesgos que afectan solamente a la administración del contrato y de la obra), y las utilidades y honorarios (U). Igualmente se deberá prever las posibles adiciones que pueden ser

³⁶⁰ VARGAS CANTOR. Ob. cit., pp. 97-100.

necesarias dentro de la ejecución del contrato que pueden incrementar el costo, así como los impuestos de ley.

En el tema de estudio del sector, que debe ser tenido en cuenta para la presupuestación, señala el arquitecto *Vargas Cantor* la importancia de contar con información previa como evaluaciones anteriores, análisis históricos de la entidad, formatos de obtención de precios, variaciones producidas en contratos similares ejecutados por la entidad y por otras entidades, la realidad económica, etc. Igualmente considera es imprescindible tener en cuenta las condiciones económicas de la región en donde se realizará el proyecto, los mandatos legales, así como variaciones de precios por la inflación económica (*“Índices de Precios al Consumidor, los índices de inflación, los índices gremiales calculados por la Cámara Colombiana de la construcción o los índices calculados por entidades estatales tales como el Ministerio del Transporte o el Departamento Nacional de Estadística para los diferentes rubros que concurren en la construcción de las obras públicas.”*³⁶¹), reconocimientos de intereses moratorios que puedan surgir en la marcha del contrato, variaciones o modificaciones al alcance de la obra como incrementos de cada uno de los insumos de la construcción (materiales, equipos, manos de obra, transporte, etc.), el plazo entre la planificación y la ejecución, y el plazo de ejecución de la obra.

Al analizar o estipular la presupuestación de la obra, -como se observó en el análisis del ejercicio precontractual de algunas entidades públicas Cap. 5- ni las Entidades ni los proponentes tienen en cuenta aspectos como por ejemplo el lugar geográfico donde se desarrollara la misma:

“(...) El lugar de ejecución de la obra o la entrega de los bienes también puede variar, toda vez que, no es lo mismo ejecutar el contrato en un lugar apartado de la geografía Colombiana de difícil acceso, con pocos medio de transporte para llegar al sitio establecido en el contrato para la entrega de la obra, bienes o

³⁶¹ Ibid. pp. 97 -100.

servicios. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta al momento de hacer los estudios de mercado para establecer el valor del presupuesto oficial.”³⁶²

Ahora bien, señala el arquitecto *Vargas Cantor*, como tercer elemento importante lo correspondiente al estudio jurídico: **iii) Estudios jurídicos:** Establecer la propiedad estatal sobre los sitios en los cuales se llevarán a cabo las obras. Escritura o documento público que demuestran la propiedad.

Como se señaló anteriormente, los sobrecostos no solamente se producen por una mala planificación de tipo presupuestal, sino que también son originados por falta de planeación en cuanto a los estudios jurídicos, en este caso encaminados al establecimiento previo de los sitios en los cuales se ejecutará el proyecto de obra, teniendo en cuenta el plan de desarrollo, el plan de gestión ambiental y el plan de ordenamiento territorial:

“Los sitios elegidos dentro de estos planes deben tener una característica esencial para poder ser intervenidos, deben ser de propiedad del Estado es decir deben tener el carácter bienes públicos, que sean de propiedad del estado provengan de donde provengan, sean de las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos o espacio público en general, del proceso de enajenación forzosa en pública subasta por incumplimiento de la función social de la propiedad, por procesos de enajenación voluntaria y expropiación judicial o de expropiación por vía administrativa del derecho de propiedad y los demás derechos sobre terrenos inmuebles, o hagan parte del acervo predial del estado.”³⁶³

Este punto ha sido una de las causas por las cuales se han adelantado procesos contra del Estado, esto es por suscripción del contrato sin la consecución del predio donde se ejecutará la obra pública³⁶⁴.

³⁶² GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., p. 277.

³⁶³ VARGAS CANTOR. Ob. cit., pp. 100-102.

³⁶⁴ Cfr. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: 24.04.2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Ob. cit.

De manera específica con relación al contrato de obra pública, el arquitecto ratifica la importancia de las autorizaciones previas, de las licencias, y la observancia del ordenamiento territorial y ambiental de la siguiente manera:

“(…) los procesos de planificación del desarrollo hacen relación con el ordenamiento territorial y ambiental, que para el caso de las obras públicas deberán ser considerados los planes correspondientes con el fin de cumplir las metas y objetivos formulados, entre ellos, la identificación y localización de los grandes proyectos de infraestructura física, los lineamientos y políticas para el desarrollo urbano, la dotación y distribución de servicios públicos e infraestructura social, la protección y preservación ambiental, la planificación del uso de la tierra, etc. Todo proceso contractual requiere de unas autorizaciones previas que hacen competente a quien, en nombre del Estado, celebre contratos y para cada uno de los niveles de gobierno, la Constitución establece requerimientos específicos.”³⁶⁵

La obtención en la etapa precontractual de licencias, permisos etc., para la ejecución de la obra, constituye un requisito de legalidad imprescindible, para que no se presenten retrasos en la ejecución del objeto, litigios y sobre costos:

“(…) el principio de planeación igualmente determina que, en los eventos en los cuales el objeto contractual así lo permita, previamente a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben haberse tramitado y obtenido las licencias y permisos administrativos que resulten necesarios —por ejemplo, los ambientales, urbanísticos o de construcción— de suerte que se eviten no sólo retrasos en la ejecución de las prestaciones, sino también eventuales litigios derivados de una eventual denegación de las mencionadas autorizaciones, las cuales no sólo se constituyen en un elemento del principio de planeación, sino en un requisito de legalidad imprescindible para posibilitar la realización del objeto contractual del cual se trate.”³⁶⁶

³⁶⁵ VARGAS CANTOR. Ob. cit., p. 68.

³⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C.: 05.06.2008. Proceso N°: 15001233100019880843101- 8031. Radicación N°: 8431. Ob. cit.

De la realidad contractual se observó, así como de la jurisprudencia y de los informes de contraloría, que las entidades y los particulares suscriben contratos sin las respectivas licencias, permisos y autorizaciones:

“Con el fin de llevar a cabo la construcción la entidad contratante debe contar con licencias, permisos o autorizaciones, que sean necesarias para el posterior funcionamiento de la obra, con las entidades de servicio público domiciliarios, las instituciones ambientales y de Planificación municipal, distrital, departamental o nacional. En razón de que la propietaria de la obra es la Entidad contratante, es preferible contar con estas licencias, autorizaciones o permisos en el momento en el cual se abre el proceso contractual.”³⁶⁷

En esta etapa se considera entonces importante, ya que se busca una reestructuración del diseño de estudios previos para los contratos de obra pública, **enlistar** de manera enunciativa lo estudiado en el capítulo II de la presente investigación, más lo señalado por el arquitecto Vargas Cantor, **relacionado con la planeación jurídica**, esto es, lo contemplado en las diversas normas en materia de licencias, permisos y autorizaciones, que no son tenidas en cuenta muchas veces al efectuarse los estudios previos, de tal manera que resulten exigibles garantizando así el cumplimiento de normas técnicas.

La cuarta etapa en la planificación la constituye los **iv) Estudios técnicos**: Establecer la viabilidad y factibilidad de los proyectos planificados, visita al sitio de obra, visita de inspección ocular y programación de reuniones con la comunidad para su conocimiento. En la visita se debe verificar y corroborar si el uso planificado del área corresponde a lo requerido (memoria de diseño o de cálculo de los diferentes estudios técnicos). En el orden en que se vienen revisando las etapas, para la verificación y desarrollo de este requisito, ya se tendrían preliminarmente unos estudios de pre factibilidad y factibilidad, elaborados al presentar el perfil del proyecto, por lo que resultaría más fácil abordarlos, complementarlos o profundizarlos.

³⁶⁷ VARGAS CANTOR. Ob. cit., pp. 129 - 130.

Se deben entonces establecer los parámetros de diseño para que se incluyan en el estudio técnico:

✚ Requisitos para Obras civiles o de infraestructura física identificados en la práctica por el arquitecto *Vargas Cantor*:

- Estudios de impacto ambiental
- Levantamiento topográfico
- Estudios geotécnicos o de suelos
- Diseños estructurales
- Presupuesto y programación de obra
- Mitigación del impacto ambiental y/o urbano
- Diseños de las instalaciones requeridas
- Alternativas de diseño de ingeniería
- Flujo mensual de caja
- Sistema de aseguramiento de la calidad
- Plan de seguridad industrial y salud ocupacional
- Plan de gestión social
- Plan de manejo ambiental
- Impacto urbano
- Licencias, permisos y autorizaciones.

Igualmente estudios técnicos para alternativas con el fin de llevar a cabo diagnósticos ambientales, que incorporando el análisis de riesgos, viabilicen la mejor opción para el proyecto y racionalicen el uso de recursos ambientales. (Cuando son de gran magnitud).

✚ Requisitos para **Construcción de edificios o estructuras físicas: hospitales, colegios, escuelas, viviendas, edificios públicos, etc., identificados en la práctica por el arquitecto Vargas Cantor:**

- Estudios de impacto ambiental. (Incluye estudios de mitigación del impacto urbano y/o ambiental)
- Levantamiento topográfico
- Estudios de suelos
- Diseño urbano
- Diseño arquitectónico
- Diseño estructural
- Diseño de instalaciones sanitarias
- Diseño de instalaciones hidráulicas
- Diseño de instalaciones eléctricas
- Diseño de instalaciones telefónicas y de redes estructuradas
- Diseño de instalaciones mecánicas y especiales
- Presupuesto y programación de obra.
- Flujo mensual de caja
- Sistema de aseguramiento de la calidad

- Plan de seguridad industrial y salud ocupacional
- Plan de gestión social
- Licencias, permisos y autorizaciones.

Ahora bien, los estudios técnicos son sin duda la herramienta más importante para definir la ejecución de la obra, una buena elaboración del estudio de mercado está directamente vinculada con una adecuada identificación de los ítems de obra y la identificación del estudio jurídico a realizar. De conformidad a lo que se establezca en los estudios técnicos será la ejecución de la obra pública:

“Toda obra, sea pública o no, requiere de una serie de estudios técnicos que permite establecer la viabilidad y factibilidad de los proyectos panificados dentro de los cuales se articulan diferentes ramas profesionales que dan solución a los diferente aspectos que concurren en estos, sean obras civiles o edificaciones.

Establecidas las condiciones jurídicas del predio a intervenir, los profesionales técnicos, arquitectos o ingenieros deben llevar a cabo una visita de inspección ocular en donde constataran las condiciones físicas, ambientales, sociales y economías del sitio de su entorno, para efectos de realizar los diferentes diseños de los estudios técnicos requeridos para la ejecución del proyecto.”³⁶⁸

En este punto se considera también importante tener en cuenta lo establecido en la legislación española, referente al **pliego de prescripciones técnicas particulares**, en donde la norma señala qué se entiende por dichas prescripciones y qué contienen, de tal forma que se elabore una listado de las mismas. Lo anterior, porque normalmente se dejan las prescripciones técnicas en anexos de los estudios y del contrato que varían y se estructuran a discrecionalidad de la entidad, por lo que resultaría útil señalar normativamente qué debe contener, proporcionando uniformidad y exigencia mínima frente a los contratos de obra, como se regula en España:

“Artículo 125. Definición de determinadas prescripciones técnicas.

³⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 119 - 125

A efectos de la presente ley se entenderá por:

1. «Prescripción o especificación técnica»:

a) Cuando se trate de contratos de obras, el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de la contratación, en las que se definan las características requeridas de un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador; asimismo, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso y los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida de las obras; incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan;(...)³⁶⁹

El hecho de exigir la elaboración de unas prescripciones técnicas particulares completas, permitiría prevenir litigios futuros y/o solucionar controversias que se llegaren a presentar en la ejecución del contrato, pues contendría terminología, materiales, procesos, métodos, cálculos de obra, lo referente a ciclo de vida, etc., herramientas con las cuales se podrían elaborar propuestas para lograr la ejecución final de la obra, y se estructurarían en todo caso, obras completas, debiendo la normatividad también establecer su identificación.

La propuesta de incorporación normativa se enfoca de esta manera en cuatro aspectos importantes de los estudios previos, comprendiendo su rediseño: investigación-perfil del proyecto, presupuestación, estudios jurídicos y estudios técnicos, que si bien están contenidos en los requisitos mínimos generales, **el desarrollo específico de cada uno de estos elementos para contratos estatales de obra**, constituiría un marco jurídico de protección y mayor tecnicidad en la elaboración de proyectos, siendo un gran aporte para el fortalecimiento del principio de planeación en la etapa precontractual para esta tipología.

³⁶⁹ España. Ley 9/2017 Ob. cit.

Si bien con la propuesta o el planteamiento establecido puede que no se resuelva de fondo el problema de falta de planeación, y que se considere por ejemplo que se detallan aspectos o elementos ya “*conocidos*” por las entidades públicas y por los proponentes, la realidad, los informes de contraloría y las decisiones judiciales muestran por el contrario su desconocimiento. De suerte que una solución plausible logra ser, de una parte, tomar los elementos mínimos consagrados en la normatividad, desarrollarlos con aplicación a los contratos de obra pública, concretarlos e interpretarlos; y de otra parte, adicionar otros elementos identificados en la investigación, de tal manera que del resultado se logre, a través del principio de legalidad, una obligatoriedad de su observancia.

Un intento por fortalecer el principio de planeación, y de manera concreta, la estructuración de proyectos, aunque en este caso de infraestructura de transporte, lo realizó la Cámara Colombiana de la Infraestructura. Su Presidente Ejecutivo, *Juan Martin Caicedo*, en el artículo “*Las obras públicas: ¿Qué falla? ¿Ingeniería, o el modelo de contratación?*”³⁷⁰, señaló que en la mayoría de los casos, el problema de las obras públicas en Colombia, tienen su origen en la apertura de procesos licitatorios sin la debida planificación. En el artículo se plantean los siguientes interrogantes: “(...) *¿Dónde radica entonces la fuente principal del problema? ¿Qué es lo que falla cotidianamente? ¿La ingeniería, el modelo de contratación o la fragilidad de algunas empresas? Con relación al último interrogante, es cierto que pecan en materia grave, y desdicen del buen nombre de la profesión, algunas firmas de ingeniería que incursionan en el mercado sin el debido músculo financiero o técnico, o que malgastan, desvían o atomizan los recursos de las obras. Pero afortunadamente, el caso de tales empresas es excepcional: no se trata, en efecto, de un problema extendido como una mancha por el territorio nacional. **En cambio, sí parece haber hecho metástasis la práctica estatal de impulsar procesos licitatorios sin la debida planificación, la que sin duda debe comenzar por una evaluación sobre el costo-***

³⁷⁰ CAICEDO. Ob. cit.

*beneficio económico y social de las obras. Son múltiples, en fin, los factores que afectan la buena marcha de los proyectos, debido a las fallas del modelo de contratación vigente*³⁷¹

De tal manera que en dicho artículo se plantea como una falla del modelo de contratación, la falta de planeación general de la infraestructura, insuficiencia de estudios y diseños, deficiencia en la elaboración de los presupuestos, demoras en la gestión social y ambiental, demoras en la adquisición de predios, ausencia de coordinación interinstitucional, deficiencias en la gestión social previa con las comunidades, distorsión de las labores de la interventoría, entre otros. La mayoría de estas causas hace referencia a la etapa previa de la contratación -elaboración de los estudios previos-, razón por la que la Cámara Colombiana de la Infraestructura y la Sociedad Colombiana de Ingenieros **presentó una propuesta de política pública homogénea para la estructuración de los proyectos y la confección de los respectivos pliegos licitatorio tratándose de obras públicas**, como se desprende del mencionado artículo:

“(…)2. Insuficiencia de estudios y diseños

Previa la licitación, la entidad pública debe contar como requisito mínimo con la información de ingeniería básica (estudios fase II o de factibilidad) para poder adelantar la contratación de las obras civiles. Sin embargo, en los casos en que las entidades consideren como alto el riesgo de imprevistos en los proyectos, es imperativo contar con ingeniería de detalle (fase III). Hoy estos requisitos no se cumplen en buena parte de las obras.

A este respecto, la Cámara Colombiana de la Infraestructura y la Sociedad Colombiana de Ingenieros, entregaron al Gobierno una propuesta de política pública homogénea para la estructuración de los proyectos y la confección de los respectivos pliegos licitatorios. Se basa en la necesaria adopción de tres matrices que podrían eliminar de un tajo los factores casuísticos y de improvisación que hoy giran alrededor de cada licitación: 1) Matriz sobre la información mínima (estudios y diseños) requerida para los proyectos. 2) Matriz para el manejo adecuado de los

³⁷¹ *Ibíd*

riesgos y 3) Matriz de buenas prácticas para la confección acertada de los pliegos licitatorios.

La construcción de una política uniforme para la construcción de los pliegos, puede convertirse en el mejor antídoto contra la corrupción que se anida en aquellos que se amañan o acomodan a los intereses particulares.”³⁷²

Al solicitarse el día 26 de marzo de 2014, para el desarrollo del proyecto que dio origen a la presente investigación, a través de derecho de petición a la Cámara Colombiana de la Infraestructura y a la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la propuesta de política pública homogénea nombrada en el artículo referenciado, se obtuvo de manera positiva copia de la cartilla titulada: *Propuesta de política pública homogénea para la estructuración de los proyectos y la confección de los respectivos pliegos licitatorio tratándose de obras públicas”.*

En la cartilla se señala lo siguiente para el tema que nos ocupa:

“(…) A juicio de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI) la información técnica, es decir, estudios y diseños previos asociados a cada uno de los proyectos de infraestructura de transporte, es la base fundamental para lograr el éxito de los mismos.

(…) Es por lo anterior que la CCI ha propendido, en todos los casos, por el cumplimiento previo y riguroso en los proyectos de obra pública y de concesión, de la etapa de pre inversión, es decir, como mínimo de los estudios de ingeniería básica (factibilidad o fase II) previó a la apertura de los procesos licitatorios. Esta circunstancia minimiza los riesgos asociados a la ejecución de los proyectos, tanto para la Entidad como para los eventuales oferentes. Así, se pretende evitar la ocurrencia de conflictividad en el desarrollo de los contratos, así como obras inconclusas o incompletas.”³⁷³. Negrilla fuera del texto.

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS. *Una política pública: Maduración de Proyectos Matriz de Riesgos, Buenas Prácticas Contractuales*. Tercera Versión, noviembre de 2012.p. 7.

En dicha cartilla se presenta una matriz de información mínima -estudios y diseños- a suministrar a los proponentes en los procesos de licitación de concesiones. Las directrices se encuentran enfocadas a proyectos de infraestructura de transporte, y contiene recomendaciones generales aplicables.

“(...) Partiendo de una apreciación en conjunto de los elementos necesarios para la planeación de la contratación estatal – necesidades, recursos, ajuste a planes, riesgos, contingencias, estudios valorativos-, es fácil comprender que la adecuada preparación de los procesos de contratación estatal, está dirigido a prevenir los daños que se presentan con ocasión del negocio celebrado, sea por falencias en la prevención de eventos perjudiciales o por la deficiente estructuración de las condiciones del negocio a suscribirse, y que, tras un previsible litigio, podrían terminar en una condena patrimonial en contra del Estado.”³⁷⁴

Esta es sin duda una muestra, no sólo de la preocupación existente en materia de planeación en la etapa precontractual para contratos de obra pública en general, sino además de las acciones e implementaciones que diferentes gremios u organizaciones realizan para intentar combatir las consecuencias que de ella se generan como la corrupción. La propuesta de una política pública en materia de preparación de proyectos, puede efectivamente ayudar a mitigar las consecuencias que se presentan por la deficiente estructuración de los proyectos y puede resultar un complemento del fortalecimiento normativo que se propone en materia de contratos estatales de obra en cuanto a los estudios previos, presentándose por ejemplo una matriz sobre información mínima (estudios y diseños) requeridos para este objeto contractual específico de contratos de obra pública.

Finalmente, la propuesta normativa principal que aquí se formula, se encuentra claramente estructurada a través del desarrollo que ha tenido el principio de planeación mayoritariamente a nivel jurisprudencial, y lo establecido en la práctica y en la doctrina de

³⁷⁴ GUZMÁN ARROYO. Ob. cit., p. 305

derecho comparado. Sin embargo, no puede desconocerse, y constituye un reto mayor - como ya se ha manifestado también en esta investigación- la necesaria observancia de las reformas normativas por parte de sus destinatarios. Adicional a lo anterior, y tal vez aún más trascendental, resulta ser el hecho de que esta propuesta normativa implica también una reestructuración funcional que permita que en las Entidades se puedan llevar a cabo la elaboración de proyectos completos y la estructuración de estudios previos suficientes, con los estudios técnicos y jurídicos aquí descritos. Lo anterior, por las debilidades funcionales y estructurales que se presentan dentro de las entidades públicas.³⁷⁵

Sea oportuno reiterar, que una de las recomendaciones de la OCDE en materia de contratación pública, resulta ser la capacitación a los funcionarios, la profesionalización de la labor específica de contratación y la combinación de diferentes campos del conocimiento a la hora de estructurar los proyectos. No es posible entonces proponer reformas olvidando el alcance que estas puedan tener a la realidad del país. Y la realidad es que se encuentran lugares o entidades en Municipios que no cuentan con los recursos económicos y de personal para adelantar lo que aquí se propone, esto es, unos adecuados estudios previos. Sin embargo, dicha circunstancia no puede ser la excusa para elaborar proyectos mal planeados y suscribir contratos con falta de planeación, porque si la excusa es la escases de recursos para la etapa precontractual (de personal y económicos), -como ya se analizó- resulta más oneroso el “arreglo” de las fallas en la etapa de ejecución contractual.

Así, que si bien no se desconoce el alcance que la propuesta puede tener en la realidad, no por ello se debe prescindir de su formulación, pues su consagración ayudaría a minimizar, aún en esos Municipios en los que se presentan dichos inconvenientes, la generación de sobrecostos mayores como los que se han venido presentando, concentrando los pocos esfuerzos con los que se cuenta en los estudios realmente importantes que garanticen la viabilidad de la obra.

³⁷⁵ Véase Capítulo 4.

7.1.1.1. Ley 1882 del 15 de Enero de 2018. Implementación de estándares y documentos tipo con carácter obligatorio para contratos de obra pública.

Coincidiendo con la misma línea de fortalecimiento normativo en materia de contratación pública que se propone en la presente investigación, diferentes entidades y autoridades han presentado propuestas y proyectos de ley, en aras de adaptar y mejorar la regulación con la realidad actual. Tal es el caso de la Agencia Nacional de contratación pública³⁷⁶, la Cámara Colombiana de la Infraestructura³⁷⁷ y el Ministerio de Transporte. Esta última iniciativa legislativa, presentada por el Gobierno en el mes de agosto de 2016 en el Senado, fue aprobada en el segundo debate de la cámara de representantes el 22 de noviembre de 2017 y sancionada el 15 de enero de 2018.

Esta nueva Ley N° 1882 del 15 de Enero de 2018³⁷⁸ adiciona, modifica y dicta disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, buscando ser una herramienta más, junto con las leyes 1474/2011, 1508/2012 y 1682/2013 para incentivar la infraestructura en el país.

Si bien, las importantes modificaciones y adiciones proferidas, se centran en gran medida a contratos de obra, de concesión y puntualmente a temas de infraestructura de transporte, para el caso que nos ocupa y la etapa precontractual que venimos analizando en la presente investigación, la gran novedad y objeto de análisis en este caso, resulta ser la **implementación y estandarización de documentos contractuales de carácter obligatorio, específicamente la adopción de documentos tipo para los pliegos de**

³⁷⁶ Proyecto de Reforma al Sistema de compra pública. URL: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/reforma-la-normativa-del-sistema-de-compra-publica-0>

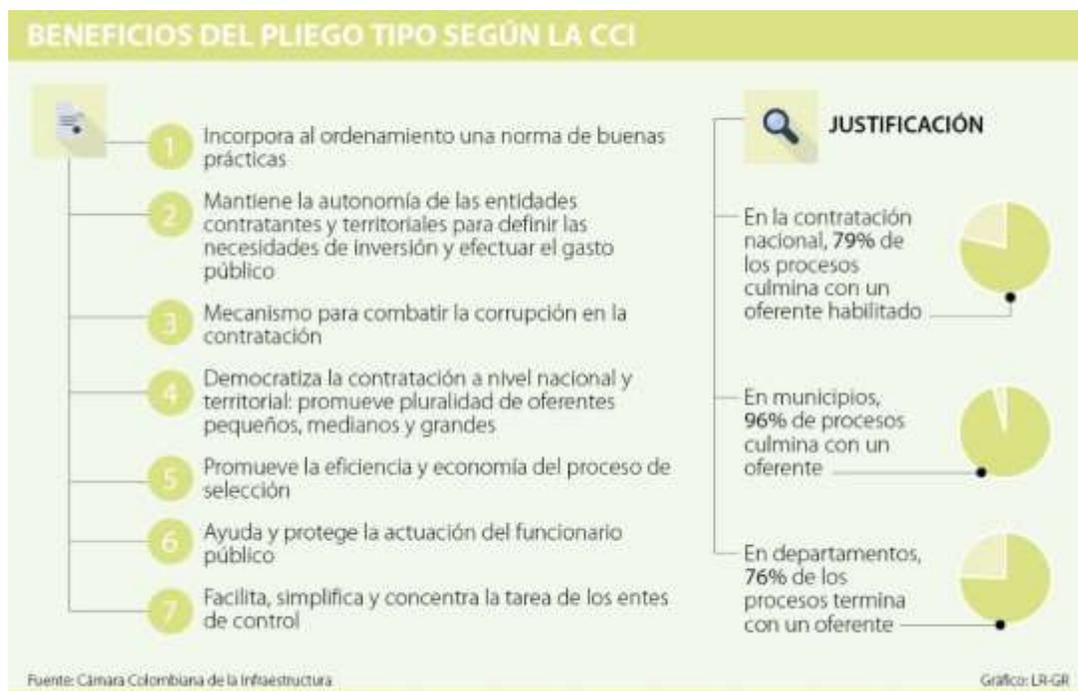
³⁷⁷ CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS. Una *política pública*. Ob. cit.

³⁷⁸ COLOMBIA. Ley 1882 del 15 de enero de 2018, “*por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.*”

condiciones de los procesos de selección de obra pública, interventorías para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas y consultoría e ingeniería para obras. Lo anterior, como resultado del establecimiento legal que faculta al Gobierno Nacional para desarrollar e implementar este tipo de documentación.

Esta disposición legal de adopción de pliegos de condiciones tipo ha sido una de las mayores novedades en materia de contratación, que permite no sólo la estandarización o unificación de criterios y términos técnicos, sino que además genera eficiencia y eficacia en la contratación, disminuye los casos de corrupción -pues evita que se estructuren pliegos de condiciones a medida de algún contratista-, elimina malas prácticas, aumenta la transparencia y propende por un mayor tecnicismo y planeación.

La Cámara Colombiana de Infraestructura ha señalado los siguientes beneficios de la adopción de pliegos de condiciones tipo:



Fuente: <https://www.larepublica.co/economia/los-seis-puntos-para-entender-la-nueva-ley-de-contratacion-publica-2572554>

Dentro de este análisis es oportuno previamente mencionar -antes de referenciar la normatividad finalmente aprobada-, que el proyecto de ley 84 de 2016 del Senado, tal como fue presentado inicialmente, estipulaba como primera modificación o adición (artículo 1°), esta implementación y estandarización de documentos contractuales de carácter obligatorio, pero **para las diferentes etapas de la gestión contractual**, no solo con relación a los pliegos de condiciones. La anterior modificación se efectuaría a través de la adición a las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública (N° 12), artículo 3° del Decreto Ley 4170 de 2011:

*(...) 12. Desarrollar, implementar y expedir los estándares y documentos tipo de carácter obligatorio para **las diferentes etapas de la gestión contractual pública**, incluyendo los pliegos y minuta, en materia de contratación de obras, servicios de interventoría de obras, consultoría en ingeniería para obras y provisión de bienes, en los términos que fije el Gobierno nacional. Tales documentos **serán de uso obligatorio** para las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 o la norma que la modifique o sustituya.*

***Parágrafo.** El Gobierno nacional reglamentará la materia, incluyendo la metodología para la elaboración de los documentos tipo definitivos. Para tal efecto, el Gobierno nacional podrá contar con la colaboración de las entidades que él estime y de los distintos representantes del sector privado que agrupan a los contratistas del Estado.*

13. Las demás funciones asignadas que correspondan a la naturaleza de la entidad.” Negrilla fuera del texto.

En ese orden, hay dos aspectos importantes que cambiaron con relación al texto finalmente aprobado que vale la pena mencionar en este análisis: el primero tiene que ver con la estipulación, de manera puntual en la ley 1882/2018, de la adopción de documentos tipo **para los pliegos de condiciones** de los proceso de selección, de tal manera que el texto inicial resultaba de alguna manera más amplio, en tanto permitía un mayor margen de estructuración de documentos de estandarización, por cuanto se permitía para las diferentes etapas de la gestión contractual; y el segundo cambio, radica en que el texto

inicial, de manera directa dejaba en cabeza de la Agencia Nacional de Contratación, la función de desarrollar, implementar y expedir los documentos estandarizados, en nombre del Gobierno Nacional, como lo ha venido desarrollando hasta ahora, aunque los documentos eran facultativos. En el texto final aprobado se señala de manera general la facultad del Gobierno Nacional, modificando ya no el Decreto Ley 4170 de 2011, sino la Ley 1150 de 2007, artículo 2° “*De las modalidades de Selección*”, adicionando un párrafo 7°, lo que explica también porque se limitó un poco la producción de documento tipos a los pliegos de condiciones. En todo caso, seguramente será la Agencia Nacional de Contratación la que seguirá desarrollando este tipo de documentos como ya lo ha venido haciendo eficientemente.

De tal forma que el texto aprobado y sancionado en la Ley 1882 de 2018, artículo 4° es el siguiente:

*“(..). Artículo 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007: Párrafo 7°. 1 El Gobierno nacional adoptará **documentos tipo para los pliegos de condiciones** de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales **deberán** ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con **alcance obligatorio** para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección. Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”*

Si bien -como se mencionaba al inicio de la investigación- la Agencia Nacional de Contratación ya venía desarrollando e implementado documentos tipo, los mismos resultaban facultativos para las entidades, aunque en la práctica eran tenidos en cuenta por la mayoría, resultando de gran ayuda para los procesos contractuales. Ahora, con la promulgación de la reciente ley, estos documentos, y específicamente los pliegos de condiciones tipo, elaborados como lo señala la misma normatividad, es decir con la metodología establecida, que contemplen los factores técnicos y económicos de escogencia, la ponderación, la modalidad, cuantía y naturaleza del contrato, entre otros aspectos, contarán con el respaldo del principio de legalidad y con la coercitividad que los convierte en insumos obligatorios en la gestión pública contractual.

Esta incorporación normativa, constituye un aporte significativo para la consecución de la propuesta normativa principal de esta investigación, pues de fondo, lo que se busca con la reestructuración de los estudios previos en materia de contratos obra pública a través también de la normatividad, es la estandarización de los requisitos técnicos, jurídicos y presupuestales específicos requeridos, utilizados y necesarios tratándose de esta tipología contractual, de tal manera que se estructuren los proyectos de forma diligente, con mayor tecnicismo y especificidad.

De manera que, la estandarización de los pliegos de condiciones como documentos tipo, y la obligatoriedad de los mismos que se introduce con la ley 1882/2018, constituye una herramienta novedosa para la legislación colombiana, que sin duda aporta a solucionar la problemática planteada en la presente investigación sobre la falta de planeación en la etapa precontractual para los contratos de obra pública, pues hace parte de los insumos para los pliegos de condiciones los estudios previos. La eficacia y efectividad, para el fortalecimiento de la contratación, de estos pliegos tipos, permitirá además –posteriormente-, como lo contemplaba el texto inicial, la consagración expresa de estandarización de documentos para toda la gestión contractual, de carácter obligatorio, dentro de los que se puede incluir un documento tipo de estudios previos para los contratos de obra pública, que contenga lo expuesto en esta investigación.

En todo caso, la nueva regulación representa un avance significativo que se ajusta plenamente a lo que se pretende implementar, y que no excluye de ninguna manera la propuesta que un poco más ambiciosa se quiere desarrollar, tendiente a establecer como en otros países, un acápite especial en la normatividad contractual, de manera literal, el contenido de estudios previos para los contratos de obra, y por qué no, una ley especial. Ya el tiempo, una vez aplicada la ley, revisados y estructurados los documentos tipo de pliego de condiciones y adelantados los procesos, determinará si es suficiente que se establezcan en estos documentos tipo dichas especificidades o si es necesario plasmarlo directamente en la norma. La estandarización de requisitos particulares para contratos de obra pública, señalada en la propuesta, pretende evitar que las entidades públicas obvien u omitan elementos indispensables para una adecuada estructuración de proyectos, que podrían costar la ejecución del objeto contractual.

Finalmente, otro de los aspectos positivos de la nueva Ley 1882/2018 a efectos de la presente investigación, es la constatación de que el mecanismo normativo utilizado y el lineamiento sugerido, consistente en la estandarización de documentos contractuales de carácter obligatorio, van en la misma dirección. De hecho, la nueva ley aporta a su implementación, por cuanto se señala en la exposición de motivos, como tendencia internacional, la estandarización de documentos contractuales, siendo una práctica utilizada por el Banco Interamericano de Desarrollo BID y el Banco Mundial BIRF para proyectos financiados total o parcialmente por estos, obedeciendo a una política de transparencia a nivel mundial que busca hacer de la contratación un asunto objetivo.

De hecho esta práctica de utilización de documentos tipo de carácter obligatorio, fue una de las recomendaciones de la OCDE, implementada ya por otros países, siendo seguida por la Agencia Nacional de Contratación Pública, aunque hasta la fecha sin obligatoriedad para las Entidades, por lo que su carácter coercitivo constituye un avance importante que sin duda garantizará transparencia, libre competencia, eficiencia y tecnicidad -si así se

quiere- en la contratación pública, evitando improvisaciones y disminuyendo la discrecionalidad en la elaboración de los mismos, pudiendo ser lo que aquí se propone un insumo para un documento tipo de estudios previos a adoptar.

Ahora bien, como se planteó al inicio del presente capítulo, se podrían adecuar otras dos propuestas complementarias para el fortalecimiento del principio de planeación, que se entraran a enunciar a continuación:

7.1.2. Consagración expresa de prohibición de violación al principio de planeación.

La primera propuesta complementaria, tiene que ver con lo estudiado en el capítulo quinto de la presente investigación, en el subcapítulo relacionado con el debate jurisprudencial sobre la nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación.

En dicho acápite se estudió cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha propendido por una mayor exigencia -acorde con el problema-, en los casos relacionados con violación al principio de planeación, estableciendo, de conformidad con los parámetros desarrollados³⁷⁹, como consecuencia de su inobservancia, la declaración de oficio de la nulidad absoluta del contrato.

³⁷⁹ “(...) En este sentido, la Sala reitera que en determinados y concretos eventos el desconocimiento del principio de planeación puede conllevar la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, cuando las falencias que producen esta mácula sean: 1. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse. 2. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros. 3. Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad. En tales eventos el juez debe oficiosamente declarar la nulidad advertida, aunque se aclara que no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto.”

No obstante, dentro del desarrollo jurisprudencial referido, como se observó, se suscitaron debates dentro de la misma Corporación, con relación a la normatividad aplicable para llegar a dicha declaratoria, examinando para el efecto las causales de nulidad absoluta establecidas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, y los artículos 1519 y 1741 del Código Civil.

De manera puntual el debate sobre la declaratoria de nulidad absoluta del contrato por violación al principio de planeación, se suscitó por la aplicación normativa que cada Sección examinó en un mismo caso, en el que se estaba en presencia de una prohibición no explícita o general, es decir, no enlistada dentro de las casuales del artículo 44 de la ley 80/93, lo cual habría hecho más sencillo el análisis. Pese a lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado en dicha circunstancia acogió el enunciado del mismo artículo, en cuanto consagra que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el **derecho común**, específicamente por materialización de objeto ilícito, remitiéndose así a los artículos del código civil anteriormente referidos:

“(...) En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.”³⁸⁰

Por su parte la Sección Cuarta del Consejo de Estado, no reconoció dicho análisis y manifestó mediante fallo de tutela de fecha 21 de agosto de 2014³⁸¹ lo siguiente:

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

³⁸⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.: 24.04.2013. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Ob. cit.

³⁸¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá: 21.08.2014. Ref.: Expediente N°: 11001031500020130191900. Ob. cit.

“(…) Ahora, por tratarse de la sanción más grave que se puede imponer a los contratos, la nulidad absoluta sólo puede declararse por las causales expresamente definidas en la ley. Es decir, las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva.”; “(…) La Sala no ignora que la expresión objeto ilícito, como causal de nulidad del contrato, es un concepto jurídico indeterminado, pero no por eso le confiere al juez del contrato discrecionalidad para decir cuándo hay y cuándo no hay objeto ilícito.” “(…) A juicio de esta Sala, la violación del principio de planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito.”

Si bien en su momento, al finalizar el capítulo se encontró razonable de conformidad con lo estudiado y analizado en esta investigación, la postura de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto a que el desconocimiento del principio de planeación constituye una violación normativa, que contraviene las disposiciones consagradas en la ley de contratación, siendo uno de los principios rectores de la misma, y frente a lo cual puede darse cabida a una celebración de objeto ilícito, por la formalización de un contrato que desde su suscripción se tiene conocimiento -por la estructura del proyecto-, que su objeto no podrá cumplirse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o de terceros, o que los tiempos de ejecución no podrán cumplirse, y por tanto no se podrá satisfacer el interés público, de conformidad con los parámetros explicados en la misma jurisprudencia, lo cierto es que una propuesta normativa de fortalecimiento del principio de planeación, **lo sería, la consagración expresa de una prohibición del incumplimiento al principio de planeación, de tal forma que su inobservancia se convierta en una causal autónoma y directa de nulidad del contrato.**

Lo anterior, sin desconocer que las normas imperativas no son solo las que prohíben sino también las que ordenan, como por ejemplo las que regulan el contenido mínimo de los estudios previos, y su violación o desconocimiento merece una sanción que por lo que se ha analizado en la presente investigación, en los casos previstos, merecen la consecuencia de declaratoria de nulidad.

Pese a lo anterior, la consagración de prohibir expresamente en la ley de contratación y de manera particular en el acápite de estudios previos, la elaboración de proyectos, o valga la redundancia, de estudios insuficientes, o elaborados de forma incompleta, ambigua o confusa, respecto de los cuales se observe que su objeto no podrá cumplirse, podría facilitar la aplicación de consecuencias proporcionales al caso, como la declaratoria de nulidad absoluta, por cuanto de conformidad con el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, se celebran un contrato contra expresa prohibición legal. Si bien el numeral 3, artículo 26 de la Ley 80/93 (como ya se hizo referencia), establece la responsabilidad de las entidades y los servidores públicos al respecto, la consagración de prohibir la elaboración de estudios deficientes, y en general, prohibir la suscripción de contratos con falta o falla en la planeación, evitaría la generación de daños antijurídicos por la suscripción de dichos contratos, con consecuencias totalmente diferentes a las establecidas en el artículo 26.

7.1.3. Fortalecimiento desde las entidades públicas.

La segunda propuesta complementaria consiste en el fortalecimiento del principio de planeación en la etapa precontractual y de la elaboración de estudios previos, desde las entidades públicas, esto es, desde los manuales de contratación de las entidades y de los documentos correspondientes al proceso de contratación del Sistema Integrado de Gestión de la Calidad. Lo anterior, tiene que ver con el control y la vigilancia de la contratación, así como la eficiencia en los procesos y procedimientos de las entidades públicas encargadas de adelantar los proyectos.

Los doctrinantes e investigadores referenciados en esta investigación, han destacado el papel de los manuales y formatos como instrumentos para el desarrollo de los principios de la contratación.

Por ejemplo, el arquitecto *Vargas Cantor*, ha señalado como herramienta para realizar el cálculo de costo de un proyecto (principio de planeación), la necesidad de que las entidades cuenten entre sus formatos y manuales “con un ***Manual de Especificaciones Técnicas de Construcción*** que contemple todos los ítemes que han sido aplicados en los diferentes estudios y que describa detalladamente los insumos y las técnicas que se emplean en cada uno de ellos, con el fin de facilitar los análisis de precios unitarios y el control en la ejecución de la obra. (...) También se hace necesario apoyarse en el ***Manual de Procedimientos*** que describa el proceso general **para el cálculo de costos** y que facilitará a las entidades estatales la elaboración correcta de los presupuestos y a los proponentes y a los contratistas la presentación de sus ofertas y estudios modificadorios que puedan darse durante la ejecución de un contrato de obra pública.”³⁸² Negrilla y subrayado fuera del texto.

Igualmente, el mismo autor, al hacer referencia a la elaboración del estudio del sector, también señala: “(...) De acuerdo con la rigidez aplicada en los estudios técnicos y los correspondientes cálculos de cantidades de obra de los proyectos, la variación deberá ser mínima puesto que sólo daría lugar a modificaciones menores al alcance de los contratos que se suscriban. (...) **El cálculo de estos costos y el método para hacerlo debe hacer parte de los manuales de procedimientos que establezcan las entidades estatales para el normal funcionamiento y cumplimiento de su misión institucional y la consecución de sus fines y la aplicación de los principios de economía, continuidad, transparencia, eficiencia y eficacia**”³⁸³. Negrilla fuera del texto.

Un poco más pretensioso y práctico puede llegar a ser lo señalado por la investigadora *Aponte*, en su artículo “*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*”, que propone al referirse a los pilares de la contratación estatal, esto es, a los principios de planeación, selección objetiva y libre concurrencia, unas vez son definidos, la creación de manuales que los desarrollen por modalidad de contratación:

³⁸² VARGAS CANTOR. Ob. cit., pp. 119-125.

³⁸³ *Ibid.*, p. 97 -100.

“Los principios de planeación, selección objetiva y libre concurrencia son los pilares de la contratación estatal, pues la finalidad de la contratación pública es el bien común, y para llegar a él en materia contractual es necesario que medien unos principios que se conocen como elementos indicadores de gestión y control de calidad, que hoy aplican en todos los campos de la actividad humana (Sentencia C-300 de 2012).

*En este orden, si bien es cierto que el principio de planeación la Corte lo asocia a la etapa precontractual como lo hacen los otros jueces, entre ellos el Consejo de Estado, que parten de concebir que es en los estudios previos en los que se determina qué se puede contratar, señalando el objeto, y las obligaciones mutuas con base en la necesidad definida previamente, atendiendo las preguntas: ¿qué?, ¿por qué se necesita? y ¿cuánto cuesta? El principio de selección objetiva significa que se otorga el contrato al mejor postor para el interés público, en término costo/beneficio y garantías; por libre concurrencia, entendiendo que no hay privilegios ni clientelas para la adjudicación de contratos. Al ser estos los pilares de la contratación estatal, **significa que todos los problemas de la contratación pública se fundan en que alguno o todos los principios no son acatados debidamente por los partícipes en la contratación pública (Decreto 1510 de 2013, art. 2), respecto a las obras públicas. Por lo tanto, crear un manual de contratación pública que técnicamente protocolice estos principios por modalidades de contratación pública es una necesidad, que en una perspectiva interdisciplinaria integral es factible de hacerse pero que necesita de ingenieros de procesos con conocimientos jurídicos y de metodología de proyectos asociada a la contratación pública y el seguimiento al desarrollo de las obras en todas sus etapas.**³⁸⁴ Negrilla fuera del texto.*

Finalmente, estas propuestas, tanto la principal como las complementarias, buscan a través de la normatividad ajustar la regulación en materia de contratación a la realidad actual, concientizar a los destinatarios de la norma sobre la importancia del principio de planeación particularmente para los contratos de obra pública, y evidentemente garantizar la efectividad del principio mediante la obligatoriedad de la observancia de los elementos realmente mínimos para la ejecución de esta tipología contractual. Lo anterior, **conminando a los involucrados en los procesos contractuales a invertir tanto tiempo como recursos económicos y humanos en esta etapa del proceso**, alterando lo que

³⁸⁴ APONTE DÍAZ. Ob. cit., pp. 195-196

pasa en la actualidad, en donde la planeación ocupa la menor cantidad de esfuerzo, y se centra la dedicación en la etapa de ejecución, tratando de corregir errores y daños antijurídicos que se pueden prevenir si se cumple adecuadamente con la etapa precontractual o de planificación y específicamente si se elaboran de manera adecuada los estudios previos.

7.2. ANÁLISIS DE LAS RECOMENDACIONES EFECTUADAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA OCDE.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), fundada en 1961, es una organización que tiene como misión, promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Esta labor se desarrolla a través de foros, en los que se comparten las experiencias de los países miembros, de tal forma que a partir de las mismas se establezcan soluciones a problemas comunes, a través de la estandarización internacional de prácticas en temas de política pública. Actualmente la OCDE agrupa 35 países miembros, y en América latina, Colombia se encuentra en proceso de adhesión desde el 29 de mayo de 2013, lo que ya ha permitido que en su proceso de revisión y evaluación, a través de los estándares y las buenas prácticas internacionales, se realicen reformas por parte de las autoridades Colombianas a partir de las recomendaciones efectuadas durante el proceso.

Algunas de las últimas publicaciones de la OCDE sobre Colombia en materia de contratación pública	
Fecha	Título
Octubre de 2017	Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia, Invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo
Octubre de 2016	Inversión Pública más Eficiente en Colombia: Mejorar la Gobernanza Multinivel
Abril de 2016	Towards Efficient Public Procurement in Colombia

2014	Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Colombia. Implementación del buen Gobierno
------	--

Elaboración propia

Desde la solicitud del Gobierno Nacional de acceder a ser miembro de la OCDE, se empezaron a elaborar informes por parte de esta Organización, como parte de un conjunto de estudios a adelantar, encargados por el mismo País. De manera importante, se generó el Informe titulado: “**Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Colombia. Implementación del buen Gobierno**”, mediante el cual se aconseja al Gobierno de Colombia, cómo mejorar su capacidad de Gobernanza en aras de lograr resultados estratégicos en términos de calidad de vida, prosperidad y competitividad, con la finalidad de que el Estado preste servicios de forma más eficiente y efectiva. La fecha de cierre de contenido del informe referido fue el 27 de mayo de 2013 y su publicación en año **2014**. Este hace parte de la lista de informes con mayor trascendencia en temas de contratación pública, pues se inicia un análisis de la normatividad vigente a la fecha, se identifican sus fortalezas y debilidades y se efectúan recomendaciones específicas por parte de la OCDE.

En dicha oportunidad, las recomendaciones de reforma se centraron básicamente, en materia de contratación pública, en tres áreas claves, que permitían hacer más transparente y efectiva la contratación:

Optimizar la organización, operación y capacidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública -*Colombia Compra Eficiente*.

Lograr mejoras en la eficiencia en los diferentes niveles del gobierno, en particular a través de acuerdos marco, asignados bajo la responsabilidad de Colombia Compra Eficiente y regulados por un nuevo decreto a ser adoptado.

Aprovechar el potencial de las nuevas tecnologías para fomentar la transparencia y garantizar un enfoque basado en evidencias para las reformas a la contratación, en particular a través de la plataforma electrónica de contratación.

Los desafíos que encontró la OCDE en materia de contratación para Colombia, así como las acciones recomendadas a corto y a largo plazo, fueron expuestos en el Anexo B del informe, Matriz B1, que se transcribe a continuación:

Recuadro B.1. Matriz de desafíos y acciones propuestas³⁸⁵		
Desafío clave	Acciones a corto plazo	Acciones a largo plazo
Establecer el papel de Colombia Compra Eficiente como centro de capacidad, pericia y experiencia en la contratación.	Emisión de una campaña de concientización sobre los servicios de Colombia Compra Eficiente.	Organización de capacitaciones por parte de Colombia Compra Eficiente para otros funcionarios de contratación.
Atender las disparidades en la contratación entre el nivel central y los niveles subcentrales y entre niveles subcentrales.	Proveer un servicio de ayuda y herramientas prácticas sobre cómo usar los acuerdos marco.	Armonizar prácticas y procedimientos de contratación.
Profesionalizar la fuerza de trabajo de contratación.	Crear cargos específicos de contratación con habilidades claras, rutas de carrera para Colombia Compra Eficiente. Capacitar funcionarios de contratación	Desarrollar una estrategia comercial para Colombia Compra eficiente, con servicio al cliente dedicado.
Mejorar la plataforma de contratación electrónica.	Poner en marcha las características de licitación electrónica de contratación. Capacitar a funcionarios públicos y proveedores en las características y el potencia de la plataforma electrónica de contratación	Introducir características de administración de contratos (procedimientos de pago electrónico y de cierre) en la plataforma electrónica de contratación.

³⁸⁵ OCDE (2014), Colombia: La implementación del buen gobierno, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es> p.p.411-412

Mejorar las características de inteligencia de negocios de la plataforma electrónica.	Recolectar datos de participación en la contratación y de adjudicación, y hacer análisis estadísticos con base en los mismos.	Desarrollar políticas nacionales para mejorar los procedimientos de contratación o buscar objetivos secundarios (verdes/otros) con base en la evidencia recolectada.
Estandarizar el rango, calidad y precio de productos y servicios comúnmente contratados	Desarrollar especificaciones para acuerdos marcos con base en análisis adecuados de necesidades e investigación de mercados.	Garantizar el dialogo regular con proveedores potenciales para hacerle seguimiento al desarrollo de los mercados en una base de datos.

Recomendaciones formuladas en el informe a mediano plazo	Evaluar las concesiones que implica usar la contratación como un elemento importante de estímulo de políticas que pretenden alcanzar objetivos económicos, sociales y ambientales más amplios.
	Desarrollar orientaciones de las políticas para articular los objetivos principales buscados a través de la contratación pública, y asesorar a los funcionarios competentes en materia de contratación sobre cómo reflejar estas consideraciones en su toma de decisiones cotidianas de compra.



Igualmente, se señaló como recomendación, la identificación y gestión proactiva de los riesgos de integridad y corrupción de la contratación pública.

De manera específica se hizo referencia en este informe, por solicitud del Gobierno Nacional, a las áreas de reformas esenciales que permitieran apoyar la organización, implementación y capacidad de la recién creada para la fecha, Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, teniendo como resultado las siguientes recomendaciones:

- ✚ La orientación de la Agencia hacia un ámbito más comercial.

- ✚ Campañas de concientización del papel y los beneficios de Colombia Compra Eficiente, para familiarizar a los usuarios tanto con la Agencia, como con los acuerdos marco de precios que entrarían a regular.

- ✚ Establecer un servicio de asesoría.

- ✚ Presidir una red de profesionales en contratación pública con la finalidad de compartir experiencias, que sirva como plataforma de consulta sobre los cambios en los procedimientos y los logros de los objetivos de la contratación.

- ✚ Servir como agencia de formación a funcionarios que asumen competencia en materia de planeación.

- ✚ La cooperación de la Agencia con instituciones y entidades encargadas de la lucha contra la corrupción, de tal manear que se identifiquen coordinadamente los riesgos que esta actividad comporta.

- ✚ La plataforma electrónica de la Agencia podría habilitar la licitación electrónica y hacer interfaz con otras herramientas electrónicas. Estos sistemas integrados de

contratación electrónica se han establecido exitosamente en países miembros de la OCDE.

- ✚ La Agencia podría introducir características electrónicas de administración de contratos e inteligencia comercial, que habilite la gestión de contratos, comunicaciones, facturaciones y pagos, así como la disposición de datos comerciales necesarios para generar estadísticas que faciliten la toma de decisiones.
- ✚ El manejo de la información de tal manera que ayude a estructurar y reajustar políticas públicas, permitiendo a su vez el control de las mismas, el establecimiento de su efectividad, así como la evaluación de la necesidad de nuevas medidas.
- ✚ La agencia podría centrarse en establecer exitosamente su proyecto piloto de acuerdos marco:

“- Se pueden suscribir acuerdos marco con un proveedor individual o con muchos proveedores, y podría evitar tener que cubrir una amplia gama de productos o servicios, dado que esto conduciría a sacar del mercado a proveedores que no participan en el acuerdo marco, pudiendo afectar adversamente al crecimiento del empleo y a la competencia. Adicionalmente se aplica en acuerdos marcos de larga duración, que aislaría de la competencia a esa parte del mercado y garantizaría una participación en el mercado a proveedores específicos.

- *Tomando como base los resultados alcanzado en la fase piloto, los acuerdos marco podrían ser ampliados a más productos y servicios.*
- *La agencia podría contemplar hacer obligatorios los acuerdos marcos para más usuarios finales.”*

De las principales recomendaciones a la contratación, señaladas por la OCDE, llama la atención que reiteradamente se señala como una condición previa para el uso efectivo del sistema de compra pública, garantizar que los funcionarios involucrados tengan las habilidades y capacitación adecuada para lograr los objetivos propuestos. Igualmente es clara la OCDE en señalar, como recomendación clave, el alejamiento de la contratación del enfoque basado en el cumplimiento, para adoptar un enfoque más comercial, entrando la Agencia Nacional de Contratación a jugar un papel preponderante en este aspecto.

DEBILIDADES ENCONTRADAS		
1	La contratación pública como una actividad descentralizada.	Cada entidad pública evalúa sus necesidades y lleva a cabo procedimientos públicos de adjudicación. La experiencia y calidad del personal que interviene varía considerablemente y a nivel territorial tienden a ser menos especializados
2	La contratación resulta ser un marco regulatorio complejo.	La normatividad es compleja, muchas reglas se superponen y no es fácil de implementar, lo que permite que los funcionarios adopten un enfoque de contratación basada en el cumplimiento, que hace énfasis en el proceso y no en los resultados. Aunque se reconoce que la Agencia Nacional de Contratación está trabajando en la simplificación del marco legal. Igualmente existe una amplia gama de excepciones a las reglas de contratación.

FORTALEZAS ENCONTRADAS		
1	La creación de la Agencia central de contratación Colombia Compra Eficiente. (Decreto 4179/2011).	Las debilidades institucionales conllevaron a la creación de la Agencia de Contratación. Lo anterior como resultado de los tres estudios internacionales sobre contratación en Colombia efectuados por el Banco Mundial en el 2000, el CPAR de 2005; Igualmente del Banco Mundial,

	en esta oportunidad junto con el Banco Interamericano de Desarrollo; y el tercero, el Estatuto de la Reforma de la Contratación Pública en Colombia de 2009, también de estas dos últimas corporaciones. En dichos informes se recomendó consolidar, unificar y armonizar las reglas de contratación, pues se concluyó que la debilidad se encontraba en la organización.
--	---

Aun cuando la Agencia de Contratación pública es una fortaleza, se recomienda de manera puntual que las personas que la integran sean funcionarios con una mezcla de perfiles, para constituir equipos multidisciplinarios con diferentes aptitudes y habilidades. De hecho, en 18 de los países miembros de la OCDE, los funcionarios de contratación son reconocidos como de una profesión específica, y se tiene como práctica estandarizada invertir en el fortalecimiento de las capacidades de sus funcionarios de contratación para poder gestionar internamente los procedimientos y seguir los desarrollos del mercado, tal como ocurre en Irlanda y Portugal.

Igualmente, en **abril de 2016** se publica el Informe titulado “***Towards Efficient Public Procurement in Colombia***” – “*Hacia una contratación pública eficiente en Colombia*”:

Luego de la evaluación inicial efectuada en el informe acabado de referir, como parte de la revisión de Gobernabilidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública invitó a la OCDE a evaluar la integridad y efectividad del Sistema de adquirentes. De tal manera que el informe sobre la contratación eficiente en Colombia, se centró en esta oportunidad en cuatro áreas claves: datos de contratación pública, gestión de conflictos de intereses, procedimientos de adjudicación de contratos y sistemas de reparación y control.

Como resultado del anterior estudio se produjeron las siguientes recomendaciones en la materia:

- ✚ Buscar el desarrollo y la expansión de un sistema de información de adquisiciones públicas de segunda generación, reduciendo la duplicación, eliminando un registro de proveedores obligatorio por fuera del sistema de compras electrónicas. Lo anterior se traduce en el despliegue del Secop II, que constituye la herramienta utilizada para compra pública en Colombia y para presentar las ofertas correspondientes.
- ✚ Un enfoque en el tema de conflictos de interés, haciendo mejor uso de los métodos de contratación competitivos, impulsando la eficiencia y racionalizando las metodologías para controles legales, así como el desarrollo de la capacidad de la fuerza laboral de adquisiciones. Lo anterior a través de capacitaciones e información a los compradores públicos, para que estos al igual que los proveedores, estén constantemente en proceso de formación.
- ✚ La continúa formulación de reforma en materia de contratación pública, como con enfoque estratégico.

La Agencia de Contratación Pública en su página web, señaló de manera clara y puntual las recomendaciones referidas:

“La OCDE señala la necesidad de (a) continuar los esfuerzos para mejorar la disponibilidad y la calidad de la información del sistema de compra pública para lo cual el rápido despliegue del SECOP II es muy importante; (b) incorporar el concepto de conflicto de intereses y estructurar métodos para su prevención y manejo; (c) mejorar la competencia; (d) mejorar los tiempos de la decisión

judicial de los conflictos asociados al sistema de compra pública; (e) organizar un sistema de profesionalización del comprador público.”³⁸⁶

En el informe de la **OCDE publicado en octubre de 2016**, de título “*Inversión Pública más Eficiente en Colombia: Mejorar la Gobernanza Multinivel*”, se continúa con la misma línea de los dos anteriores informes, pero ya se empieza a hablar de planeación propiamente dicha en materia de contratación pública. Por ejemplo, se recomienda un enfoque más sistémico mediante la mejora de la coordinación horizontal y vertical para la inversión pública, pues se señala cómo los Gobiernos subnacionales **consideran con frecuencia la actividad de planeación como un mero ejercicio formal**.

Se recomienda en el informe referido, el fortalecimiento de las capacidades a nivel subnacional para el diseño, implementación y seguimiento de las estrategias de inversión, teniendo en cuenta que la contratación pública es una actividad proclive al fraude y a la corrupción. Si bien se reconoce la creación de la Agencia Nacional de Contratación y la lucha contra la corrupción, se señala la existencia de grandes desafíos:

“(…) Colombia Compra Eficiente ha simplificado recientemente la normativa, teniendo en cuenta específicamente las limitaciones de capacidades a nivel subnacional. También ha publicado guías para los gobiernos subnacionales y ha presentado documentos modelo para la contratación de obras públicas, fideicomisos y contratación de tecnologías de la información y la comunicación, entre otras. Colombia Compra Eficiente también ha promovido la contratación colaborativa mediante acuerdos marco que aún son poco utilizados. Sin embargo, existen aún muchos desafíos, tales como la implementación de un sistema de contratación descentralizado que permita a los gobiernos subnacionales contratar bienes y servicios a nivel local y utilizar la nueva plataforma electrónica avanzada que se estableció en el 2015. Otro desafío es la tendencia a centrarse en procesos en lugar de resultados. Es necesario

³⁸⁶ URL: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/informe-ocde-sobre-el-sistema-de-compra-publica-de-colombia>

pasar de un sistema de control basado en criterios formalistas (requisitos de cumplimiento) a un sistema basado en evaluación de resultados.”³⁸⁷

De esta forma, y de manera específica en el tema de planeación en la etapa precontractual, la OCDE señala en el informe referido, **la necesidad de pasar del control formal en la fase de ejecución, a una mejor selección y diseño de proyectos:**

*“El problema principal del seguimiento a los proyectos es que éste se concentra en el control de la contratación y ejecución de los proyectos. Esto genera un proceso muy burocrático y una enorme carga para la administración de los gobiernos subnacionales además de un temor general al incumplimiento de las múltiples obligaciones formales y el sometimiento a la persecución penal. Los gobiernos subnacionales deben hacer énfasis en: (i) verificar la coherencia con la estrategia general de inversión pública y (ii) **verificar la factibilidad, sostenibilidad y eficiencia técnica y financiera (incluida la evaluación ex ante del impacto de la inversión sobre el gasto actual).** En general, **Colombia debería poner un mayor énfasis en la selección y diseño de proyectos**, así como en las evaluaciones ex post (Banco Mundial, 2016), sin descuidar el control durante las fases de contratación y ejecución.”³⁸⁸ Negrilla fuera del texto.*

Finalmente, el **estudio publicado en Octubre de 2017**, titulado “*Estudio de la OCDE sobre integridad en Colombia, invirtiendo en integridad pública para afianzar la paz y el desarrollo*”, en materia de contratación y en general de debilidad gubernamental, hace referencia a la corrupción y falta de integridad en la toma de decisiones públicas, como una de las amenazas para el crecimiento.

En este punto, resulta importante reconocer la labor que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha efectuado para la contratación pública colombiana. Esta Organización, dentro del proceso de evaluación y revisión de la

³⁸⁷ Serie de estudios Gobernanza multinivel. Inversión pública más eficiente en Colombia: Mejorar la Gobernanza multinivel, OCDE publicación, Paris, 2016.

³⁸⁸ *Ibíd.*

normatividad, ha analizado no solo las fortalezas y debilidades del sistema de contratación pública en Colombia, sino que ha generado recomendaciones y elogiado particularmente a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, con la cual ha logrado un engranaje y una articulación para las acciones recomendadas. Si bien, en materia objeto de estudio de planeación en la etapa precontractual de contratos de obra pública, sus recomendaciones han sido generales, en cuanto a concentrar esfuerzos en la mejora de selección y diseños de proyectos, de tal manera a que se verifique su factibilidad, sostenibilidad y eficiencia técnica y financiera, sin entrar en mayores detalles o ejemplos de práctica estandarizada puntual, efectuada por otros países miembros, cada una de sus recomendaciones sin duda fortalece este principio de contratación en Colombia: desde la recomendación de modificar y simplificar el régimen normativo, hasta el empoderamiento de la Agencia Nacional de Contratación, la intensificación en la capacitación e incremento de habilidades de las personas encargadas de la contratación, la lucha contra la corrupción, la utilización de plataformas tecnológicas, etc., sin duda contribuyen a mejorar y adecuar cada vez más los procesos contractuales, desde su estructuración.

Otra reflexión para finalizar: la metodología utilizada por la OCDE de estandarizar prácticas (internacionales) y a través de estas efectuar recomendaciones de modificación en la normatividad, generadas a partir de la experiencia, constituyen también la base de la presente investigación, pues lo que se pretende es estandarizar un tema particular a nivel local (Colombia), muy propio de nuestra cultura, y es la estructuración adecuada de estudios previos para contratos de obra pública. Como se observó, es una recomendación general, no solo estructurar y prestar mayor atención a los diseños y factibilidad de los proyectos, sino también es esencial fortalecer la capacitación de los funcionarios que intervienen en los mismos. De tal manera que las propuestas que en el presente capítulo se señalan, van acorde con las prácticas internacionales.

CONCLUSIONES

- ✚ Para la vigencia 2004, el Departamento Nacional de Planeación, realizó un estudio con ocasión del proyecto de Contratación Pública BIRF-DNP, referenciado en el “*Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública*”, mediante el cual se obtuvo como resultado de la revisión de diversas providencias judiciales³⁸⁹, las principales causas por las cuales se condena al Estado, encontrándose dentro de estas: “(...) *iii) Realización de obras o servicios no previstos en el contrato o de mayores cantidades de obras, bienes o servicios, que son consecuencia de la precariedad de los estudios previos pero que ordinariamente se presentan en la ejecución del contrato*”.
- ✚ La anterior precariedad en la elaboración de estudios previos, también es evidenciada en diversos estudios y artículos que se han desarrollado alrededor del tópico de la falta de planeación de los contratos de obra pública -reseñadas en el acápite bibliográfico de la presente investigación-, siendo este un hecho reportado frecuentemente por los medios de comunicación y por la jurisprudencia del Consejo de Estado que aquí se señala, como una de las causas principales de las obras inconclusas. De hecho, ensayos, trabajos de grado y notas periodísticas tienen como titular de los textos “la falta de planeación y la contratación de obra pública en Colombia”, abordando el tema desde diferentes perspectivas.
- ✚ No obstante lo anterior, aún con un amplio material investigativo, doctrinal y jurisprudencial frente al principio de planeación, a la fecha, no se ha señalado directamente como causa raíz de su ausencia, una deficiencia en la estructura normativa de los estudios previos. A pesar de esto, existen doctrinantes³⁹⁰, que aunque no cuestionan directamente dicha estructura normativa, si proponen políticas públicas uniformes que fortalezcan la estructuración de proyectos, y se preocupan por ubicar elementos en la práctica que

³⁸⁹ Estudio de 274 providencias. “*Las providencias analizadas resolvían controversias de naturaleza contractual estatal y fueron proferidas en el periodo comprendido entre los meses de enero de 1996 y diciembre de 2002.*” MONTENEGRO, Santiago. Ob. cit.

³⁹⁰ Véase [Introducción]

necesariamente deben ser analizados adecuadamente al momento de elaborar los estudios previos, tratándose de contratos de obra pública. Igualmente se propone por ejemplo, protocolización técnica de los principios contractuales, teniendo en cuenta características propias por modalidad de selección. Todo lo anterior evidencia una preocupación, que aunque no había sido expresada directamente, si encuentra el origen de su inconformidad en la normatividad de estructuración de proyectos, traducida en el contenido normativo de los estudios previos.

- ✚ Normativa, jurisprudencial y doctrinalmente se ha ubicado el principio de planeación de manera predominante en la etapa precontractual, identificándolo en los artículos normativos que hacen referencia a la estructuración de los proyectos o preparación de los objetos contractuales, viendo desarrollado el mismo, a través de los mecanismos creados para el conocimiento absoluto del objeto a contratar, el contexto en que se desarrollará, y la preparación jurídica y económica que se requiere para el efecto.
- ✚ Lo anterior, ha generado frecuentemente una confusión del principio de planeación con la etapa precontractual -también por el mismo desarrollo otorgado por la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad-, que han ocasionado que se identifique principalmente en la etapa de formación del contrato, hallando características que le facilitan desarrollarse ampliamente, lo que se ha denominado en esta investigación -para efectos metodológicos- planeación en sentido estricto. Lo anterior, sin desconocer que el principio de planeación se encuentra presente en todo el proceso de contratación, y debe incluir actuaciones posteriores a la etapa precontractual que abarquen seguimiento de la ejecución de la obra, garantías para dicha entrega y en general todos los aspectos que permitan que la obra, no solo sea terminada y entrega, sino que cumpla con la función social para la cual fue contratada. Lo anterior se ha denominado planeación en sentido amplio -para efectos metodológicos-.
- ✚ Del estudio y análisis de los antecedentes del principio de planeación, se observa cómo este, no se encuentra tipificado o señalado de manera expresa como principio de la contratación pública o como principio de la función pública. No obstante, el mismo ha sido

reconocido como tal por la jurisprudencia y la doctrina, en razón a que se encuentra implícito en la legislación, como consecuencia de la hermenéutica armónica, es decir, como resultado de la aplicación de los demás principios de la función pública, constitucional y legalmente consagrados, guardando relación directa e inmediata por ejemplo, con los principios constitucionales de legalidad y de interés general , así como en el desarrollo de los principios de contratación pública de economía y responsabilidad. Su evolución ha hecho que en la actualidad este principio de planeación es el que da efectividad a los principios que antes lo cobijaban. El Consejo de Estado ha ratificado la fuerza vinculante que tiene el principio de planeación, en todo lo relacionado con el contrato estatal, atendiendo al principio de legalidad, como desarrollo de la normatividad que regula la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales.

- ✚ De esta manera, la etapa precontractual de estudios previos se convierte en la fase, donde el principio de planeación alcanza su máxima expresión, de ahí que se señale -y en ocasiones confunda- la etapa con el principio. Constituye entonces su materialización, en cuanto el principio conlleva la identificación de parámetros que deben observarse manteniendo un orden y priorización, lo que se ajusta puntualmente a lo establecido respecto de los estudios previos, convirtiéndose estos en el plan a seguir, que contiene los procesos, pasos y elementos con los que debe contar la Administración para determinar qué quiere, cómo pretende conseguirlo, qué necesita para hacerlo y a qué costo podrá llevarlo a cabo.

- ✚ La exigencia sobre la elaboración de unos estudios y de evaluaciones necesarias para determinar el objeto a contratar de manera previa, y con énfasis a los contratos de obra pública, que implica la elaboración de estudios y diseños, se ha contemplado en la legislación Colombiana desde 1976 y se mantiene en la actualidad, fortaleciéndose en cada disposición con elementos que resultan indispensable para la ejecución exitosa del contrato. En la actualidad, es el Decreto 1082 de 2015, el que consagra en el numeral 2.2.1.1.2.1.1 lo referente a los estudios y documentos previos, debiéndose tener en cuenta además, lo señalado en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 referente al análisis del sector, y lo señalado en la ley 80 de 1993, artículo 25 numeral 12 -modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011-. Lo anterior como normatividad base, porque tal como se observó, para el desarrollo de los elementos contenidos en el articulado mencionado, se debe tener en cuenta

igualmente la totalidad de la legislación y remitirse a la normatividad especial que la complementa.

- ✚ Del contenido general y actual de los elementos que componen los estudios previos, se concluye la importancia que reviste para la contratación, el cumplimiento de la totalidad de exigencias establecidas, siendo estas concurrentes; tanto la disponibilidad presupuestal, el estudio de mercado, el establecimiento del precio, el plazo, así como la estipulación y asignación de los riesgos etc., son necesarios para la adecuada estructuración de los proyectos. Sin embargo se observó también, cómo estos análisis y estudios requieren como insumo, el conocimiento técnico del objeto a contratar -la planeación técnica-, de tal suerte que la naturaleza de los bienes y/o servicios que se pretenden contratar, su identificación y especificación, incidirá en la totalidad de estudios que hacen parte de los documentos previos. De ahí también el orden que la ley a dispuesto de los estudios, conservando la priorización de los mismos.

- ✚ Respecto del régimen jurídico del contrato de obra -objeto de la presente investigación, tipificado en el numeral 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993-, se observó del análisis efectuado, cómo la ley 80 de 1993, dejó de lado la terminología “pública” que acompañaba el contrato de obra en el decreto anterior, convirtiendo en uno de sus elementos esenciales para considerarse contrato estatal un contrato de obra, al factor subjetivo, es decir, el criterio que atiende a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación y no al objeto del contrato. Igualmente se observó cómo esta tipología presenta particularidades en su estructuración y ejecución, de conformidad con las formas y modalidades de pago que se establezcan (por precios unitarios, administración delegada, por reembolso de gastos, precio global, llave en mano), lo que genera que la aplicación del principio de planeación, deba observarse con mayor rigurosidad, especialmente a la hora de identificar el objeto a contratar y el contexto en que se desarrolla.

- ✚ Para contratos complejos como por ejemplo los contratos estatales de obra, el estudio principal o predominante contenido en los estudios previos, lo constituye el análisis técnico, siendo un requisito legal indiscutible que permitirá definir el objeto material del contrato, y la elaboración por consiguiente de unos estudios previos fortalecidos, coherentes,

pertinentes y adecuados. Este estudio se encuentra establecido en el numeral 2° del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015: La especificación del objeto a contratar, así como los diseños y demás documentos técnicos y de impacto ambiental, económico y social.

- ✚ Igualmente en proyectos complejos, como los contratos estatales de obra, la planeación técnica debe ser lo más precisa posible, ya que a partir de ésta se determina el objeto del contrato, la estructuración del proyecto de tal forma que sea completa, se establecen las obligaciones recíprocas, se racionaliza el gasto, se determina el valor del contrato o valor estimado según el caso, se logran estructurar de manera adecuada las ofertas, se establece la oferta más favorable, se establecen las modalidades de pagos, el esquema de distribución de riesgos, los elementos jurídicos necesarios, entre otros.
- ✚ Así mismo, el numeral 2° del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, establece, junto con la exigencia de planeación técnica, lo que en la investigación se ha denominado planeación jurídica, entendida como la obtención de autorizaciones, permisos y licencias necesarias, previo a la apertura del proceso de selección, de conformidad con la identificación del objeto a contratar. Particularmente, para los contratos estatales de obra, la planeación jurídica representa un elemento relevante, toda vez que del análisis de este aspecto, dependen en gran medida la realización o ejecución de la obra, pues estos estudios implican -como se señala en la guía de obra pública de la Agencia Nacional de contratación pública –Colombia Compra Eficiente-³⁹¹, un listado de aspectos normativos, que deben ser identificados, hallados, estudiados y obtenidos, de conformidad con lo señalado en la normatividad especial que regula los mismos.
- ✚ En todo caso, una vez analizados los elementos mínimos que deben contener los estudios previos y el régimen jurídico de los contratos estatales de obra -teniendo en cuenta de manera especial la planeación técnica y jurídica para esta tipología contractual-, se

³⁹¹ URL: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-obra-publica> Ob. cit

evidencia, cómo el contrato de obra pública contiene particularidades en su planeación que exceden las fórmulas jurídicamente establecidas.

- ✚ Igualmente se logró constatar, del análisis de la jurisprudencia, cómo la realización de estudios previos se ha venido efectuando, en ocasiones, como un deber de medio y no de resultado, pasando de manera rápida por los estudios técnicos y jurídicos que se deben realizar, lo que genera problemas desde el proceso de selección (etapa de formación), hasta - y aun con mayor impacto- la ejecución del contrato.
- ✚ Lo anterior resulta también importante resaltar, por cuanto, aunque la falta a falla de planeación puede afectar el proceso mismo de contratación desde su formación, dicha falla se observa de manera ostensible o genera un mayor impacto en la fase de cumplimiento de las obligaciones recíprocas, es decir en la ejecución del contrato, como resultado de la conducta antijurídica de la administración, traducida en el incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, desconociendo en consecuencia, fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales, es decir, en violación del principio de legalidad³⁹², por omisión del principio de planeación en la etapa precontractual.
- ✚ Ahora bien, la falta o falla de planeación, traducida en la elaboración incompleta o inadecuada de estudios previos, de manera particular, conlleva una mayor trascendencia en contratos como los de obra pública, pues su ausencia genera como consecuencias paralización de obras, mayores cantidades, cambios de ítems, modificaciones técnicas y económicas, sobrecostos, entre otros aspectos que terminan afectando no sólo a la misma administración, sino también al contratista y al erario público.
- ✚ Se evidenció -de conformidad con los casos señalados en la jurisprudencia-, la omisión del deber de planeación por parte de la administración, traducida por ejemplo en la no obtención de las exigencias jurídicas necesarias para poder ejecutar el objeto -falta de licencias-, o peor aún, en la no entrega de planos y diseños una vez suscrito el contrato (o con

³⁹² SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Ob. cit. p. 148. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: 10.12.2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Ob. cit.

deficiencias), o la no entrega oportuna de los terrenos sobre los cuales debe ser construida, o no entrega de materiales, que generan el inicio tardío de la obra o su paralización, con consecuencias directamente económicas no solo en contra del erario público sino también en contra del contratista, afectando la retribución razonable a que éste tiene derecho.

- ✚ Frente al tema de la falla en la planeación desarrollada por la jurisprudencia, se pudo establecer, que a pesar de que un gran porcentaje de los casos presentaban deficiencias en la planeación, no se condenó en la mayoría de los casos al Estado, por razones eminentemente probatorias. El Consejo de Estado ha dejado claro, que no basta que se haya producido el incumplimiento del contrato por parte de la Administración Pública para que surja la responsabilidad patrimonial a su cargo, sino que es necesario la verificación de la existencia de los perjuicios, acreditando la cuantía del detrimento patrimonial.
- ✚ Así mismo, la realización de una buena planeación en la etapa precontractual, independientemente de los inconvenientes que puedan surgir, sobre todo en la ejecución de los contratos de obra pública, minimiza la generación de sobrecostos antijurídicos, y coadyuva a la defensa jurídica del Estado, al demostrarse la gestión y previsión desplegada por la administración que contó con los estudios suficientes, serios y completos con anterioridad a la apertura del proceso de contratación.
- ✚ Los casos revisados contenidos en la jurisprudencia referenciada, evidenciaron la celebración de contratos en contravía de las disposiciones legales que abarcan el principio de planeación en la etapa precontractual, aparentando su cumplimiento en la elaboración de “estudios” que resultaron evidentemente insuficientes. En algunos casos la ausencia de los mismos resulta más evidente que en otros, pero tratándose de obra pública, su suficiencia o insuficiencia puede ser corroborada ocularmente.
- ✚ Adicional a lo anterior, se observó en la jurisprudencia referida, que en la mayoría de los casos –aun cuando resulta difícil probarlo-, la falta de planeación en la etapa precontractual tiene como consecuencia principal la generación de sobrecostos, produciéndose así un daño antijurídico. No obstante, tratándose de contratos de obra pública, estos sobrecostos deben ser determinados de conformidad con la modalidad y forma de pago pactada.

- ✚ Lo anterior, porque en contratos estatales de obra es posible encontrarse frente a lo que se ha denominado "sobrecostos permitidos", ya que de acuerdo a las modalidades y formas de pago que se pueden establecer, como por ejemplo a precios unitarios, la cláusula de valor constituye solo un estimativo o indicativo, careciendo de fuerza vinculante u obligacional, conociéndose el verdadero valor una vez se concluya el objeto contractual, de tal manera que, en este tipo de contratos es dable encontrar mayores cantidades de obras, que por lo tanto no generan de ninguna manera un daño antijurídico.

- ✚ La falta de planeación, si bien es examinada a lo largo de la investigación como un problema normativo, ha sido analizada igualmente –a manera de crítica- como un problema social, cuyo origen se encuentra en la corrupción, falta de visión de largo plazo y terrorismo. Así mismo la doctrina determina, por ejemplo, como sub causas de la corrupción: la ineficiencia, la mala calidad del control y la discrecionalidad.

- ✚ La ineficiencia de algunas de las personas encargadas de la contratación, como una de las causas señaladas por la doctrina, del fracaso en la planeación, no necesariamente constituye un problema social, sino que se convierte en un problema estructural y funcional de la administración, por ejemplo, por la manera en que se distribuyen las cargas laborales, por la poca importancia que le otorga a la etapa precontractual, y por la falta de capacitación de los funcionarios. Este punto, de la inversión en talento humano, ha sido una de las observaciones efectuadas por la OCDE, en tanto recomienda, profesionalizar la fuerza de trabajo de contratación, creando cargos específicos, e invirtiendo en las capacidades de los funcionarios.

- ✚ Igualmente se evidencio como una de las causas de la falta de planeación, su estrecha relación con el ejercicio del poder, lo que genera, la utilización de los contratos de obra como “herramienta” de campañas políticas, en dónde la realización de estudios les resulta excesivamente onerosa y no les reporta beneficios políticos en la medida en que los estudios debidamente elaborados no se exteriorizan o concretan en forma inmediata.

- ✚ A pesar de las anteriores causas como origen de la falta de planeación en la etapa precontractual, se plantea igualmente, como causa concurrente, un problema normativo - fallas en el modelo de contratación-, escenario en donde así exista una adecuada gerencia pública y eficiencia por parte de los funcionarios, en la práctica los procesos de selección - como por ejemplo para los contratos de obra pública-, presentan particularidades que no están expresamente consagradas en la ley, y que requieren un conocimiento técnico, que no en todos los casos es contemplada por la Administración, aun cuando en principio se “cumpla” con los requisitos mínimos señalados en la ley. Dicha generalidad de los mínimos requeridos, permite además, que se presenten los demás problemas sociales reportados anteriormente y que los destinatarios de la norma asuman de manera poco diligente la estructuración de proyectos, por lo que un fortalecimiento de la normatividad en estudios previos más rígida y completa, en materia de contratos de obra pública impediría malas prácticas en la contratación.

- ✚ Al efectuar un análisis de la práctica precontractual de las entidades públicas, y constatar si se mantiene lo reportado en el informe que dio origen a la presente investigación, no se evidencia un estudio o guía similar al realizado en el 2004 por el Departamento Nacional de Planeación -enfocado en un análisis particular del acervo jurisprudencial y de pronunciamientos en circunstancias litigiosas-, que permitieran obtener resultados comprobados como los presentados en su momento, para determinar de manera significativa, si la falta de planeación continua siendo una de las causas por las cuales se condena recurrentemente al Estado. Sin embargo, al recurrir al estudio de casos específicos, sí se logró observar cómo la omisión de este principio -sobre todo en la etapa precontractual- constituye una causa común en algunas entidades públicas, permitiendo a su vez determinar las conductas específicas en aras de prevenir daños antijurídicos.

- ✚ Es así como, de los estudios de casos particulares, se logró determinar como principales causas de la no realización de las obra o de la generación de sobrecostos, las siguientes deficiencias en los estudios previos: falta disponibilidad de predios; falta de estudio de suelos; ausencia de permisos y licencias; ausencia del contrato de interventoría; deficiencia de diseños previos que no correspondían a las condiciones que presentaba el terreno; no se tuvo en cuenta el verdadero alcance de la obra inicialmente pactada; modificaciones en

las cantidades contractuales y establecimiento de ítems no previstos; ausencia de socialización del proyecto; cambios en zonas de intervención, ajuste de diseños; y ausencia de diseños completos como los estructurales, hidrológicos, hidráulicos, geomorfológicos, entre otros.

- ✚ Con esta misma metodología, el principio de planeación en la etapa precontractual, fue analizado desde dos campos de estudio diferentes (el control judicial ejercido por el Consejo de Estado y el control fiscal ejercido por la Contraloría), aportando en gran medida a la identificación de herramientas indispensables para los contratos de obra pública que deben ser tenidos en cuenta al momento de estructurar los proyectos y estudios previos de la etapa precontractual.
- ✚ Desde el control judicial efectuado a la contratación pública a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se evidenció como particularidad en la verificación y cumplimiento del principio de planeación en la etapa precontractual, que este deber también le sería adjudicable al particular -como colaborador de la administración-, cuando se logre determinar que podía conocer los errores o falta de planeación durante el proceso y a la suscripción del contrato, y aún así decidió participar y suscribir el mismo, aun cuando se reitera, le era evidente la imposibilidad de ejecución del objeto del contrato en los plazos establecidos.
- ✚ Igualmente, como posición adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los contratos estatales, cuando desde el momento de la celebración del contrato se evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse, que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad, el desconocimiento del principio de planeación conlleva a la configuración de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. No obstante, es imperioso el estudio concreto de cada caso en particular, pues no toda deficiencia en la aplicación del principio de planeación conlleva automáticamente a dicha consecuencia. En los demás casos no señalados, su desconocimiento conlleva el incumplimiento de un deber legal. Los efectos adversos o favorables de la nueva postura

del Consejo de Estado, sólo se comprobarán en el futuro y merecerán un análisis independiente y profundo.

- ✚ Ahora, desde el control fiscal que se ejerce a la contratación pública por parte de la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales y Municipales, se obtuvo como resultado, que la violación al principio de planeación en la etapa precontractual puede producir la declaratoria de responsabilidad fiscal y la consecuente imposición de la reparación del patrimonio público, por cuanto, tal como se analizó a lo largo de la investigación, su desconocimiento conlleva, a lo entendido por la ley, como daño patrimonial al estado, esto es, el menoscabo, la disminución, perjuicio, detrimento, uso indebido o deterior de los bienes o recursos públicos como producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente o inoportuna que no busca el cumplimiento de los fines esenciales de Estado.
- ✚ Igualmente, de los Informes de auditoría efectuados por este Ente de control –utilizados en esta investigación como herramienta para la identificación y seguimiento de obras inconclusas-, se evidenció que varios de estos contratos tenían como origen de la obra inconclusa, falla de planeación en la etapa precontractual, concreta y recurrentemente en la elaboración de los estudios previos, traducidos en la carencia de análisis técnicos suficientes, falta de presupuestación y falta de autorizaciones, permisos o licencias.
- ✚ Conjuntamente, del análisis de los casos estudiados para analizar el comportamiento precontractual de las entidades públicas, a través de estudios particulares, del estudio de la jurisprudencia y de los informes de la controlaría, se evidencio de manera general, una reiteración de falla de planeación en temas técnicos y jurídicos, que conllevan a errar igualmente en la planeación presupuestal. Lo anterior como consecuencia de la limitación por parte de algunas entidades públicas de la etapa precontractual como actividad estática, de “cumplimiento de requisitos” de manera superficial, formal, sin la dedicación, concentración y estudio técnico y profesional necesario, que permita identificar plenamente el objeto y el contexto en que se desarrolla la obra.
- ✚ Ahora, en la normatividad española, bajo las Directivas correspondientes de la Unión Europea, si bien los principios predominantes en materia de contratación pública son el principio de objetividad, publicidad, igualdad, transparencia, de libre circulación de

- mercancías, la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, no señalándose de manera expresa principios tales como el de planeación, este se encuentra implícito en los articulados de la normatividad, al referirse por ejemplo, a contratos públicos de obra, permitiendo su desarrollo el cumplimiento de los principios consagrados de manera literal.
- ✚ Igualmente, en materia de preparación de contratos o de elaboración de estudios previos, la legislación española a diferencia de la colombiana, proporciona un espacio o escenario diferente para la regulación de la preparación de los contratos de obra, reconociendo que existen elementos particulares que se deben tener en cuenta, presentando una regulación bien completa en materia de estructuración y preparación de proyectos de obra pública que viene desde las directivas y leyes anteriores, y que presenta cada vez más avances para el desarrollo de obras completas. Sea de paso mencionar, como una de las razones por las cuales se han efectuado las últimas modificaciones normativas, los problemas de corrupción que se han venido presentando.
 - ✚ En ese orden, el principio de planeación en la etapa precontractual de la normatividad española, se desarrolla implícitamente, a través de postulados tales como, racionalidad y consistencia de la contratación del sector público, ciclo de vida, consulta preliminar de mercado, especificaciones técnicas, etiquetas, obra completa, pliego de prescripciones técnicas particulares, replanteo del proyecto, entre otros, que dan cuenta de la presencia de un proceso detallado y estricto de planificación.
 - ✚ Finalmente, una vez analizado todo lo anterior, esta investigación desarrolla una propuesta principal, tendiente a incorporar una normatividad de requisitos mínimos en la elaboración de estudios previos, especiales para los contratos de obra pública, que permitan una adecuada planeación de la obra a ejecutar, abordando dicha propuesta al amparo del principio de legalidad como herramienta para la efectividad material del principio de planeación en la etapa precontractual.
 - ✚ Lo que se busca con la implementación de reestructuración de los estudios previos a través de una reforma normativa, es que la actividad de planeación precontractual se desarrolle con mayor tecnicismo, eficiencia, eficacia y profesionalismo. Si bien, los elementos mínimos

agrupan la generalidad de lo básico para los contratos de obra pública, es decir, requisitos técnicos, jurídicos, de presupuesto, etc., **el desarrollo específico de cada uno de estos**, es lo que constituye la garantía para su cumplimiento.

- ✚ En tal caso, dentro de los elementos identificados en la praxis y en el derecho comparado, que deberían estar consagrados en la normatividad y desarrollados de conformidad con la naturaleza de la obra a contratar, se encuentran, los denominados por los doctrinantes como de investigación y planificación: que consisten en la formulación (identificación, perfil preliminar y pre factibilidad) y evaluación del proyecto, en el que el perfil del proyecto abarca la identificación y beneficios del mismo, periodos de vida útil, inversión y operación, valoración de costos, flujos de caja e información de fuentes de financiación, factores de sostenibilidad, consistencia y viabilidad, entre otros; Así mismo, en esta etapa de planificación, se deberían tener en cuenta aspectos como el replanteo del proyecto -de conformidad con lo establecido al analizar la normatividad española en materia de contratación de obra-, en aras de tener claros los aspectos geográficos, realidad geométrica y titularidad desde la formulación del proyecto.

- ✚ Igualmente, como parte del estudio tendiente al fortalecimiento del principio de planeación en la etapa precontractual, se considera relevante tener en cuenta la importancia, que en Colombia se le otorga al perfil del proyecto tratándose de infraestructura de transporte (ley 1682 de 2013), de tal manera que se le dedica el tiempo necesario a la estructura de los mismos y se enlistan los aspectos mínimos a tener en cuenta, como son, por ejemplo, las redes y activos de servicios públicos; el patrimonio urbano, arquitectónico y arqueológico; las licencias, permisos, autorizaciones o procesos de reserva; la identificación de los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección; las comunidades étnicas establecidas; diagnostico predial o análisis del predio sobre el cual se va a construir, entre otros. Igualmente se especifican los estudios de ingeniería necesarios, describiendo en qué consiste cada uno, dependiendo la fase en que se encuentra y dividiendo los mismos en estudios de pre factibilidad, factibilidad y estudios y diseños definitivos.

- ✚ Así mismo, en temas de presupuestación y jurídicos, se deben tener en cuenta lo también identificado en la praxis y en el derecho comparado, de condiciones económicas de la región, variación de inflación, plazos de ejecución, intereses moratorios, posibles variaciones en los alcances del objeto, licencias, permisos, ciclo de vida, método para calcularlo, pliego de prescripciones técnicas particulares, etc.; Igualmente, como mínimos técnicos o requisitos para obras civiles o de infraestructura física y para construcción de edificios o estructuras físicas se deben tener en cuenta como particularidades propias y necesarias los siguiente temas: estudios de impacto ambiental, levantamiento topográfico, estudios geotécnicos o de suelos, diseños estructurales, presupuesto y programación de obra, mitigación del impacto ambiental y/o urbano, diseños de las instalaciones requeridas, alternativas de diseño de ingeniería, flujo mensual de caja, sistema de aseguramiento de la calidad, plan de seguridad industrial y salud ocupacional, plan de gestión social, plan de manejo ambiental, impacto urbano, entre otros.

- ✚ La propuesta de incorporación normativa se enfoca de esta manera en cuatro aspectos importantes de los estudios previos, comprendiendo su rediseño: investigación-perfil del proyecto, presupuestación, estudios jurídicos y estudios técnicos, que si bien están contenidos en los requisitos mínimos generales, el desarrollo específico de cada uno de estos elementos para contratos de obra pública y la identificación de otros a partir de la práctica y el derecho comparado, constituirían un marco jurídico de protección y mayor tecnicidad en la elaboración de proyectos, siendo un gran aporte para el fortalecimiento del principio de planeación en la etapa precontractual para esta tipología.

- ✚ Sin duda alguna, la nueva ley 1882 de 2018, que otorga facultad legal al Gobierno Nacional para desarrollar e implementar estándares y documentos tipos de pliego de condiciones con carácter obligatorio en la contratación estatal, constituye una de las mayores novedades y un avance significativo en materia legal de contratación pública, aportando en gran medida al principio de transparencia y de planeación en la etapa precontractual, por cuanto se convierte en una herramienta más, eficiente, inmediata o a mediano plazo, mediante la cual, se pueden empezar a implementar las buenas prácticas, la tecnicidad en

la elaboración de pliegos de condiciones y por consiguiente conllevaría a tener que desarrollar una mejor elaboración de estudios previos que se verán reflejados en este documento tipo, lo que incrementaría la dedicación para esta etapa precontractual.

- ✚ La eficacia de estos documentos que unifican criterios y términos técnicos en los pliegos de condiciones, con los beneficios que conlleva como ya lo ha demostrado la comunidad internacional (reflejado en los informes de la OCDE), permitirá que se abran las puertas para ampliar la facultad de estructuración de documentos tipo para todas las etapas de la gestión contractual, incluido un documento tipo de estudios previos para contratos de obra pública, que sería un primer paso para lo que aquí se pretende proponer mediante modificación y adición normativa al acápite de estudio previos o ley especial para contratos de obra pública. De tal suerte que esta nueva regulación fortalece la presente investigación, ratifica la línea de estudio que se viene proponiendo de estandarización y adopción uniforme de buenas prácticas, y se convierte en una herramienta mediante la cual se puede hacer viable su implementación.

- ✚ Adicional a la propuesta normativa principal, existen dos propuestas complementarias para el fortalecimiento del principio de planeación que ayudarían a su estricta observancia. Una de estas surge como consecuencia del análisis efectuado al debate jurisprudencial de declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato, en algunos casos, por el desconocimiento del principio de planeación. Si bien, en el capítulo correspondiente se analizaron cada una de las posturas y se encontró ajustada la desarrollada por la sección tercera del Consejo de Estado, de conformidad con la normatividad actual, un robustecimiento y fortalecimiento del principio de planeación podría tener lugar si se consagra de manera expresa una prohibición, por ejemplo en el acápite de estudios previos, de elaboración de proyectos o estudios insuficientes, o elaborados de forma incompleta, ambigua o confusa, respecto de los cuales se observe que su objeto no podrá cumplirse, o la prohibición general de la suscripción de contratos con falta o falla en la planeación. Disposiciones que facilitarían la aplicación de consecuencias proporcionales al caso, como la nulidad absoluta del contrato, de conformidad con el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993; La segunda de estas propuestas complementarias, se desarrolla por su parte

desde la actividad de las entidades públicas, a través del sistema integrado de gestión de la calidad, ya que los manuales, formatos y procedimientos que hacen parte de los procesos, pueden contribuir a fomentar y desarrollar una cultura e insumos de estructuración de proyectos más técnicos y profesionales.

- ✚ En todo caso, la metodología de estandarizar prácticas que se generan como resultado de experiencias, constituye una valiosa herramienta, que va acorde con la práctica internacional, siendo la metodología utilizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a través de la cual analiza, evalúa y efectúa recomendaciones de reformas estructurales que mejoran la gobernabilidad y la prestación de los servicios por parte de los estados miembros, así como la eficiencia y eficacia en la satisfacción del interés general.

- ✚ En materia específica de planeación, si bien, en las recomendaciones de la OCDE no se menciona como principio preponderante, y no se señala exclusivamente como debilidad para Colombia, sus recomendaciones generales sí hacen alusión a una mayor dedicación en la estructuración de los proyectos y el estudio de factibilidad, así como la capacitación de los funcionarios que intervienen en la contratación. Sin duda alguna, esta organización, con el apoyo de la Agencia Nacional de contratación pública han contribuido grandemente en el desarrollo del sistema de compra pública en el país.

- ✚ En ese orden, resulta claro que el fortalecimiento del principio de planeación con las propuestas normativas sugeridas, exigen por parte de los intervinientes o destinatarios la necesidad de cumplir con establecido en la ley, es decir, dichas propuestas no pueden quedarse en una simple enunciación legal, sino que deben corresponder a un desarrollo y una aplicación técnica y práctica en el ejercicio precontractual de las entidades públicas. Lo anterior, siendo conscientes de que la norma necesita una aplicación práctica y diligente, que permita su eficacia.

- ✚ Si bien el principio de legalidad impone la existencia de deberes y obligaciones, así como consecuencias ante su desconocimiento, depende de las personas encargadas de la contratación pública en las entidades, su compromiso e idoneidad para que dicho cumplimiento sea técnico, completo y rigurosos, de tal manera que no se convierta esto en la proliferación y existencia de normas y leyes que se cumplen someramente pre requisito para celebración de contratos, “planeando” resolver los problemas en la ejecución, como se ha venido haciendo. Si bien se busca fortalecer el principio de planeación a través de la normatividad, su verdadera consolidación depende exclusivamente de los destinatarios de la norma.

- ✚ En ese orden, las propuestas normativas deben hacer parte de una estrategia integral Estatal, que logre la unión entre el derecho como medida, como herramienta de constante construcción, y la cultura y educación de las personas que intervienen en cada una de la materias que se regulan. Sin la concepción de esto como un todo, es decir, sin la observación del derecho como una ciencia social, que incluye no solo la estipulación normativa, sino la búsqueda por que la misma sea cumplida por los destinatarios, cualquier efecto pre formativo de la ley queda sin sustento o eficacia.

- ✚ Para finalizar se puede observar, que los resultados obtenidos en la presente investigación encuentran consonancia con el estudio que se viene adelantado respecto al proyecto de reforma a la Ley de contratación en Colombia, específicamente en cuanto al principio de planeación precontractual, toda vez que al igual que lo que se pretende con este fortalecimiento normativo enunciado en el capítulo 7 -esto es, la conminación a los involucrados en los procesos contractuales a emplear mayor tiempo, recursos económicos y humanos en esta etapa del proceso-, el proyecto de ley también busca **invertir más en este principio contractual**³⁹³, por lo que podría considerarse esta investigación como un insumo más (aunque específico) en esa labor ardua y meticulosa que vienen desarrollando los expertos.

³⁹³ Cfr. URL: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/encontratacion-se-deben-tener-en-cuenta-incentivos-de-contratista-e-interventor?CodSeccion=2>. (22.06.2016)

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968. pp. 127 y ss.
- BARRANTES VENEGAS, Claudia Patricia. *Los cambios introducidos por la ley 1150 y sus decretos reglamentarios en el procedimiento de contratación directa*. Disponible en: *La ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Colección Textos de Jurisprudencia, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.
- CEPEDA ULLOA, Fernando [Compilador]. *La Corrupción En Colombia*. Editores Tercer Mundo en coedición Facultad de Administración de los Andes, febrero de 1997.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis, Tercera Edición, 2016.
- DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. *Guía de Contratación Estatal: Deber de Planeación y modalidades de selección*. Bogotá: Abeledoperrot, noviembre de 2014.
- DROMI, José Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Astrea, 2002. pp. 191-192.
- ESCOBAR HENRIQUEZ, Álvaro B. *El Contrato Estatal de Obra*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, año 2000.

- ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis. Segunda Reimpresión, 2000.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Primera Edición: Octubre de 2013.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- GÓMEZ Lee, Iván Darío. *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia – Análisis y comentarios al Decreto 1510 de 2013*. Editorial Legis 2014.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *El Contencioso Contractual*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia. Cuarta Edición, 2004.
- GUZMÁN ARROYO, Ricardo. *Estudios Previos: Una manifestación de los Principios de Planeación y Economía*. Disponible en: Colección Jurídica Disciplinaria, ICDD Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá: Nueva Jurídica, Primera Edición 2012.
- MALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual De Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Reforma de la ley 80, 3ª ed., marzo de 2013.
- MEJIA, Francisco Javier. *Débil Infraestructura física*. Disponible en: AMAYA PULIDO, Pedro José. *Colombia Un país Por Construir. Problemas y retos, presentes y futuros*. Bogotá: UNIBIBLOS, Universidad Nacional de Colombia. Edición junio de 2000.
- PACHÓN LUCAS, Carlos. *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos*. Bogotá: ECO, Sexta edición, 2014.

- PINI RICCI, Jorge. *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, diciembre de 2005.
- ROGER, Tomas. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia, concesiones en infraestructura*. Bogotá: Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, 1996.
- ROSERO Melo, Bertha Cecilia. *Contratación Estatal. Manual Teórico Práctico*. 2011
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Análisis con fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión, Julio de 2002.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. *Contratación Administrativa*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley Ltda., 2010.
- SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. *Estudios de Derecho Contractual Público*. Bogotá: Legis, 2013.
- SUAREZ BELTRÁN, Gonzalo. *La nueva contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis, 2009.
- VARGAS CANTOR, Edgar Fernando. *Las Obras públicas. Una visión pragmática del proceso general de contratación*. Bogotá: Ibáñez, 2010.
- YONG, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Bogotá: Ibáñez.

ARTÍCULOS

- ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, Bogotá Humana. *Guía de Contratación Estatal. 8 Estructuración de estudios previos*. Bogotá: Secretaria General, Alcalde Mayor de Bogotá Gustavo Petro U, Actualización 2012.
- AMAYA C. (2016) “*El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado.*” *Revista Via Iuris*, 20, pp. 105-119.
- APONTE DÍAZ, Iriana. (2014). “*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 177-207.
- AYMERICHCANO, Carlos. *Corrupción y Contratación Pública: Análisis de las nuevas Directivas Europeas de Contratos y Concesiones Públicas*. Trabajo recibido en la revista el 13 de octubre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de diciembre de 2014. *Revista Aragonesa de Administración Pública* ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015.
- CAICEDO, Juan Martin. *Las obras públicas: ¿Qué falla?, ¿La ingeniería, o el modelo de contratación?* Cámara Colombina de la Infraestructura. URL: http://www.infraestructura.org.co/noticiasprincipales.php?np_id=330. [26.03.2014]
- GIMENO FELIU, José María. [Catedrático de Derecho Administrativo - Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón]. *Novedades del Anteproyecto ley Contratos Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España*. Disponible en: Universidad de Zaragoza, Congreso Internacional sobre Contratación Pública. Cuenca, 21 y 22 de Enero de 2016.
- LOZANO MEDINA, Edgar. [Funcionario de la Contraloría General de la República del Perú]. *La eficiencia en la ejecución de Obras Públicas: tarea pendiente en el camino*

hacia la competitividad regional – un enfoque desde el control gubernamental. Junio de 2012. <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1608.pdf>

- PAPILIO ABOGADOS. *Las Nuevas Directivas De Contratación (I). Comentarios a Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE de 28-3-2014)*. Nota Informativa N° 2/2014. Marzo/Abril 2014.
- UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. *La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura*, Vol. 2 Ed 16 » Omnia » Revista Nova et Vetera, ISSN: 2422-2216 / Volumen 2 - N° 16 Junio 2016.

JURISPRUDENCIA

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. C.P.: Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá, D.C.: **10.12.2015**. Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489). Acción contractual. Asunto: Recurso de apelación. Actor: Milton Enrique Oviedo Álvarez, Demandados: Municipio de Ibagué – Gestora Urbana.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.: **26.11.2015**. Radicación: 41001-23-31-000-2007-00355-01 (51.362). Actor: Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva. Demandados: Departamento del Huila. [Asunto: Acción Contractual (Sentencia)].
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C.:

- 20.10.2014.** Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809). Acción contractual. [Asunto: Recurso de apelación.]
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá: **21.08.2014**. Ref.: Expediente N°: 11001031500020130191900. Demandante: Constructora Conconcreto S.A. Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. [Sentencia de tutela de primera instancia].
 - COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A. C.P.: DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN (E). Bogotá: **11.06.2014**. Exp.: 34649. Sentencia 2000-01764, Rad.: 760012331000200001764 01. Actor: Cooperativa Nacional de Desarrollo Territorial CODETER. Demandado: Municipio de Yumbo. [Referencia: contractual - apelación sentencia].
 - COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D. C.: **26.02.2014**. Rad.: 68001-23-15-000-1997-13341-01 (26.551). Actor: Luis Jesús Ochoa Reina. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. Proceso: acción contractual. [Asunto: recurso de apelación].
 - COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: OLGA MELÍDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C: **26.02.2014**. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00157-00 (49.101). Impugnante: Instituto de Desarrollo Urbano.
 - COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Dr. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá D.C: **13.11.2013**. Rad.: 25000-23-26-000-1999-02430-01(23829). Actor: Pablo Gómez Silva, Demandado: Distrito Capital de Bogotá-Secretaría de Obras Públicas.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: **13.06.2013**. Rad.: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637). Actor: Consorcio Concreto S.A. y Dragados y Construcciones S.A. Demandado: Instituto Nacional de Vías —Invías— Proceso: acción contractual. [Asunto: recurso de apelación.]

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C: **24.04.2013**. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Actor: Jairo Ospina cano. Demandado: Área metropolitana de Bucaramanga. Referencia: Acción de controversias contractuales [Apelación sentencia].

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C.: **14.03.2013**. Radicación: 760012331000199603577-01 Expediente: 20.524 Demandante: Jairo Antonio Ossa López Demandado: Superintendencia de Notariado y Registro - Naturaleza: Contratos

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: **14.03.2013**. Radicación número: 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). Actor: Sociedad Avila Limitada. Demandado: Departamento de La Guajira. Referencia: Apelación sentencia - acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C.: 28.03.2012. Radicación N°: 2247.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C.: **31.08.2011**. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor:

PAVICON LTDA. Demandado: departamento de Cundinamarca. Referencia: Acción de controversias contractuales.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Bogotá, D.C.: **25.02.2009**. Expediente: 15797.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C.: **20.11.2008**. Radicado: 50422-23-31-000-1369-01 (17.031). Actor: Empresa Colombiana de Ingeniería Demandado: MUNICIPIO DE SABANETA (ANTIOQUIA) Referencia: Acción Contractual – Nulidad y Restablecimiento.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá, D.C.: **05.06.2008**. Proceso N°: 15001233100019880843101- 8031. Radicación N°: 8431. Actor: Constructores Limitada. Demandado: Fondo Vial Nacional. Referencia: CONTRACTUAL [Apelación Sentencia].

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá D.C.:**29.08.2007**.; Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469).

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C.: **31.08.2006**. Exp. 14287. Rad. 1991 - 07664 – 01.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C.: **16.02.2006**. Exp. 13.414.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1439 de julio 18 de 2002. C.P. Susana Montes de Echeverry. Referencia: Contratos estatales dobra. Adición del contrato y contratos adicionales.
- COLOMBIA. Consejo de Estado. Radicado 244966 80-CE-SEC3-EXP1998-N14202. Magistrado ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Agosto 20 de 1998.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ. Bogotá D.C.: **19.06.1998**. Exp. 10439.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS. Bogotá D.C.: **01.06.1995**.

CORTE CONSTITUCIONAL

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-300/2012
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-254 de 2003.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-597 de 1998.

TESIS

- LUNA BURGOS, Benjamín. *Mecanismos Jurídicos contra la Corrupción en la Contratación Estatal en Colombia. Especial referencia en las Acciones Constitucionales en la lucha contra la corrupción*. Trabajo de Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014.

- MAFÉ LLOPIS, Aurelia. *La Directiva 2014/24/UE Sobre Contratación Pública: Novedades y Aspectos prácticos en los que incide*. Trabajo fin de grado en Gestión y Administración Pública. Valencia: Aurelia. Universitat Politècnica de València. Facultad de Administración y Dirección de Empresas, diciembre de 2015.
- PERDOMO, Andrés. “*Parámetros técnicos y legales a observar en los contratos estatales para determinar deficiencias de planificación que puede conllevar a responsabilidad fiscal ante las contralorías en Colombia.*”. Trabajo para optar al título de Especialista en gestión pública. Colombia: Pasto. Universidad Nacional Abierta y a Distancia –UNAD-, año 2016.
- PICO DELGADO, Yenny; BARBOSA BARAJAS, Nicolás. “*Importancia de la planeación en proyectos de obra pública para satisfacer necesidades básicas insatisfechas y la infraestructura en Bucaramanga y su Área Metropolitana.*” Trabajo para optar al título de Ingeniero Civil. Colombia: Bucaramanga. Universidad Pontificia Bolivariana, Facultad de Ingeniería Civil, año 2014.
- REALES, Yakcenia; López, John; Forero, Brian. “*Estudio comparativo de dos casos de contratación pública de obras de malla vial en la ciudad de Bogotá entre los años 2012 y 2013*” Trabajo para optar al título de Especialista en gerencia de Obras. Colombia: Bogotá. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Ingeniería Civil, año 2015.
- RODRIGUEZ, Leonardo; BUSTOS, Diego. “*Diagnóstico del proceso de contratación Colombiano en su fase de prefactibilidad e identificación de iniciativas para su optimización.*” Trabajo para optar al título de Ingeniero Civil. Colombia: Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada, Programa de Ingeniería Civil, año 2016.
- TRUJILLO MONJE, Nancy. “*Falta De Planeación En La Contratación Estatal De Obras De Infraestructura En El Municipio De Palermo – Departamento Del Huila.*” [Recurso electrónico]. Ensayo presentado como requisito para optar al título de

Especialista en Contratación Estatal. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana, Instituto de Postgrados, 2012.

PRONUNCIAMIENTOS E INFORMES CONTRALORIA DE BOGOTÁ D.C.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, Contralor General de la República. Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República 2015-2016

- CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Pronunciamiento relacionado con la necesidad de que la Administración a su cargo en el Plan de Desarrollo Distrital “Bogotá Mejor para Todos” 2016-2020, incluya y garantice la terminación de las 25 obras inconclusas, en las cuales el Distrito ha invertido recursos por valor aproximado de \$836.284 Millones; dado que de no ser así, se causaría en los términos que lo prevé el Artículo 6° de la ley 610 de 200, un eventual daño patrimonial. Existen obras que a pesar de ser contratadas desde el año 2006, después de 10 años no están terminadas, ni tampoco se han puesto al servicio de la comunidad.* Radicado No. 10000-10730, dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO. [10-05-2016]

- CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Alcance al oficio No. 2-2016-08596 del 10 de mayo de 2016, relacionado con el tema de las 25 obras inconclusas del Distrito Capital.* Radicado No. 10000-10979, dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá ENRIQUE PEÑALOSA LONDOÑO. [12-05-2016]

- CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Informe de visita fiscal obras inconclusas.* Dirección Sector Gobierno Instituto Distrital de la Participación Ciudadana – IDPAC. Vigencia: 2014. [Octubre de 2014].

- CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Informe final visita fiscal, nuevo comando policía metropolitana de Bogotá - MEBOG, Dirección Sector Gobierno, Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D. C. FVS*. Vigencia 2013. [abril de 2014].

- CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Pronunciamiento relacionado con las obras inconclusas existentes en el Distrito Capital, como quiera que no obstante los cuantiosos recursos invertidos, a la fecha no atienden los fines estatales perseguidos con la actividad contractual adelantadas para ejecución de las mismas*. Radicado No. 10000-21723, dirigido al Alcalde Mayor de Bogotá de la época Gustavo Francisco Petro Urrego. [18-09-2013].

- CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. *Informe final de Visita Fiscal a obras Inconclusas, efectuada al Sector Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.: Fondo De Vigilancia Y Seguridad – FVS, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial De Bomberos – UAECOB y el Instituto Distrital De La Participación Y Acción Comunal –IDPAC*, Vigencia: 2013 [octubre de 2013].

MANUALES E INFORMES

- Serie de estudios Gobernanza multinivel. Inversión pública más eficiente en Colombia: Mejorar la Gobernanza multinivel, OCDE publicación, Paris, 2016.

- OCDE (2014), Colombia: La implementación del buen gobierno, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>

- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Buenas Prácticas de Transparencia en la Gestión Contractual*. Primera impresión: diciembre 2011.

- CUELLAR CRUZ, María Lorena. *Recomendaciones para la elaboración de Estudios Previos. Aplicación del principio de planeación en la Contratación de las Entidades Públicas*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, 180 años, Abril de 2010.
- MONTENEGRO, Santiago [Director]. *Manual de Buenas prácticas para la Gestión Contractual Pública*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, Diciembre de 2004.

NORMATIVIDAD

- COLOMBIA. Ley 1882 del 15 de enero de 2018, “*por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones*”
- ESPAÑA. Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, “*por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*”.
- COLOMBIA. Decreto N° 1082 del 26 de mayo de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”.
- COLOMBIA. Decreto 1077 del 26 de mayo de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*”

- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE). 28.3.2014. Diario Oficial de la Unión Europea L94/65.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1682 de 2013 *“Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”*. Diario Oficial No. 48.987 de 27 de noviembre de 2013
- Decreto 1510 de 2013 *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.”* Decreto derogado por el Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015.
- COLOMBIA. DECRETO 734 DE 2012 *“Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.”* Derogado por el art. 163, Decreto Nacional 1510 de 2013
- COLOMBIA. Decreto 19 de 2012 *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*. Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. 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”*. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.
- COLOMBIA. Exposición de Motivos *“Proyecto de ley 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”*. [Ley 1474 de 2011].

- COLOMBIA. Decreto 2474 de 2008 “*por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones*” Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012.

- España. Ley 30 de 2007 “*de Contratos del Sector Público*”. Órgano JEFATURA DEL ESTADO. Publicado en BOE núm. 261 de 31 de Octubre de 2007. [Vigente hasta 16 de Diciembre de 2011]

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. 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.*” Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 610 de 2000 “*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.*” Diario Oficial No. 44133 del 18 de agosto de 2000.

- COLOMBIA. Decreto 2170 de 2002 “*Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999*”. Diario Oficial 44952 del 03 de octubre de 2002. Derogado por el art. 9.2, Decreto Nacional 734 de 2012.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. ley 397 de 1997 “*Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura,*

se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias". Diario Oficial No. 43102, de 7 de agosto de 1997.

- COLOMBIA. Decreto 2150 de 1995, "*Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*". Diario Oficial No. 42.137 de 6 de diciembre de 1995.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. ley 142 de 1994 "*Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias.*" Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. ley 99 de 1993, "*por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*". Diario Oficial No. 41.146, de 22 de diciembre de 1993.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 80 de 1993 "*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*". Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 42 de 1993 "*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.*" Diario Oficial No. 40.732, de 27 de enero de 1993.

- COLOMBIA. Decreto 222 de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.*” Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983. [Decreto derogado por la ley 80 de 1993].

- COLOMBIA. Decreto 150 de 1976. “*Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.*” Diario Oficial No. 34.570 del 11 de junio de 1976 y No 34.492, del 18 de febrero de 1976. [Decreto derogado por el Decreto 222 de 1983].

- COLOMBIA. CODIGO CIVIL.

- COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991.

- ESPAÑA. CONSTITUCIÓN DE 1978.

OTROS

- CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS. *Una política pública: Maduración de Proyectos Matriz de Riesgos, Buenas Practicas Contractuales.* Tercera Versión, noviembre de 2012.

- CONTRATO 730 de 2010. Estudios Previos. Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá.

PÁGINAS WEB

- URL: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E182180>. [06.06.2017]. Diccionario del español jurídico.

- URL: <http://lema.rae.es/drae/?val=planeaci%C3%B3n> [16.01.2017]. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- URL: <http://definicion.de/planeacion/#ixzz42dMnNd1U> [10.07.2016]. Definición de planeación - Qué es, Significado y Concepto.
- URL: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/en-contratacion-se-deben-tener-en-cuenta-incentivos-de-contratista-e-interventor?CodSeccion=2>. [22.06.2016]
- URL: <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/obras-e-infraestructura-sin-terminar-en-colombia/16534744>. Diario el Tiempo Online, [publicación del 12 de marzo de 2016].
- URL: <https://defensajuridica.gov.co/>
- URL: <https://www.contratos.gov.co/consultas/resultadoListadoProcesos.jsp#> Consulta de Procesos.
- URL: <http://www.wradio.com.co/noticias/bogota/vence-contrato-para-construccion-de-nuevo-edificio-de-mebog-sin-avances/20160315/nota/3085278.aspx>
- URL: <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/3-2016-vence-contrato-para-sede-de-la-mebog>
- URL: <http://sinergiapp.dnp.gov.co>
- URL: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/primer-imputado-por-obra-inconclusa-del-comando-de-policia-de-bogota-86796> [10.05.2017]
- Proyecto de Reforma al Sistema de compra pública. URL: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/reforma-la-normativa-del-sistema-de-compra-publica-0>
- URL: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-obra-publica> Guía para Procesos de Contratación de obra pública. G-GPCOP-01 Colombia Compra Eficiente

- URL: <https://www.larepublica.co/economia/los-seis-puntos-para-entender-la-nueva-ley-de-contratacion-publica-2572554>
- URL: <http://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-se-cayo-el-puente-de-chirajara/555546> [31.01.2018]
- URL: <http://www.dinero.com/pais/articulo/error-de-diseno-en-puente-de-chirajara/254873> [31.01.2018]