



Trascendencia de los estudios previos como parte de la responsabilidad de planeación en los contratos que celebran alcaldías y gobernaciones

Significance of previous studies as part of the planning responsibility in the contracts entered into by mayors and governors

Ángela María Arias Ríos angelam-ariasr@unilibre.edu.co

¹ Facultad de ciencias económicas, administrativas y contables. Pereira, Colombia. Artículo de investigación, presentado como opción de grado para obtener el título de Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia.

RESUMEN

Una etapa primordial en el proceso de contratación pública es la elaboración de los estudios previos, los cuales comprenden una serie de documentos esenciales que respaldan la confección del pliego de condiciones del proyecto. Estos documentos, a su vez, proveen a los posibles proponentes la capacidad de evaluar con precisión el alcance de las exigencias de la entidad contratante, así como la distribución de los riesgos planteados. Es imperativo que estos estudios previos estén disponibles de manera simultánea al proyecto del pliego de condiciones, lo que brinda claridad y transparencia a los interesados.

El método fue el enfoque cualitativo, revisión documental; pudiendo concluir que es responsabilidad de todos los actores de la sociedad analizar y formular propuestas que garanticen la transparencia en los procesos pero que también busque mejorarlos y agilizarlos. Por su parte la academia debe jugar un papel más activo, es por eso que se cree conveniente analizar la trascendencia de los estudios previos como parte de la responsabilidad de planificación en los contratos que celebran alcaldías y gobernaciones.

Palabras clave: Contratación, pública, pliegos, estado.

ABSTRACT

An essential stage in the public procurement process is the preparation of the preliminary studies, which comprise a series of essential documents that support the preparation of the project specifications. These documents, in turn, provide potential bidders with the ability to accurately assess the scope of the contracting entity's requirements, as well as the distribution of the risks involved. It is imperative that

these preliminary studies be made available at the same time as the draft solicitation documents, which provides clarity and transparency to interested parties.

The method used was the qualitative approach, documentary review; concluding that it is the responsibility of all the actors of society to analyze and formulate proposals that guarantee transparency in the processes but that also seek to improve and speed them up. For its part, the academy should play a more active role, which is why it is convenient to analyze the importance of the previous studies as part of the planning responsibility in the contracts entered into by mayors' and governors' offices..

Keywords: Hiring, public, specifications, state.

Clasificación JEL: K1, K4, K12

INTRODUCCIÓN

La ejecución de contratos de índole pública, según lo estipulado por la Ley 80 (1993, artículo 23), descansa sobre fundamentos legítimos como los "principios de transparencia, economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad". De igual manera, estos contratos se enmarcan en los principios de conmutatividad, equilibrio económico contractual, planificación y selección objetiva, tal como prescribe la misma ley. En este contexto, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-713, establece que:

La evolución en el panorama de la contratación pública ha traído consigo una transformación significativa. En el contexto actual de acuerdos entre particulares y el Estado, ya no se trata de normas destinadas a contener el poder exorbitante de este último, sino que se orientan hacia la satisfacción de los fundamentos que guían la función administrativa, como se establece en el artículo 209 de la Constitución. Estos fundamentos, que engloban conceptos como igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, demandan que las Entidades Estatales aseguren el cumplimiento de estos pilares en los contratos que formalizan. En virtud de esto, resulta crucial que los actos administrativos surgidos de la gestión contractual y los propios contratos se adhieran rigurosamente a las condiciones procedimentales prescritas por la Constitución y las leyes. Este enfoque garantiza la plena efectividad de las salvaguardias inherentes al derecho material, tanto para las entidades públicas que celebran contratos como para los contratistas involucrados. Así mismo, esta orientación asegura la adopción de decisiones equitativas y materializa principios esenciales como la seguridad jurídica y la observancia de la legalidad (Palacio, 2010).

En concordancia con estos lineamientos, los principios de economía y planificación demandan la realización de análisis previos sobre la viabilidad, impacto y evaluación de riesgos en la realización de convenciones, con la intención de salvaguardar los intereses colectivos de eventuales perjuicios. En este sentido, la Sentencia 1999-00546 (2012) del Consejo de Estado destaca que:

En concordancia con los cánones de planificación, como expresión intrínseca del principio de economía, su finalidad es garantizar que cada proyecto sea antecedido por minuciosos análisis técnicos, financieros y legales indispensables para la

evaluación de su sostenibilidad económica y técnica. Mediante esta práctica se logra determinar la conveniencia de formalizar el contrato pertinente, así como su alineación con los esquemas de inversión proyectados.

En este contexto, la elaboración de estudios previos para contratos estatales debe tener en cuenta la eficacia en la ejecución y operación de los acuerdos contratados. Se debe velar por una óptima utilización de los recursos financieros y económicos disponibles, con el objetivo de preservar el patrimonio estatal. Las obras realizadas bajo estos contratos deben completarse en un tiempo adecuado para abordar efectivamente las necesidades de la comunidad. Asimismo, se debe garantizar que estas obras sean públicamente divulgadas, permitiendo a la ciudadanía ejercer la supervisión social en las etapas de selección, adjudicación y contratación, promoviendo la participación activa durante la fase de construcción.

En adición, las entidades estatales deben establecer procedimientos para estandarizar las modalidades de planificación, asegurando que las actividades derivadas de los contratos administrativos cuenten con la debida planificación y los estudios previos necesarios. Este enfoque busca asegurar la transparencia y una gestión adecuada en los contratos suscritos por las Gobernaciones y Alcaldías en Colombia. Como menciona Gamboa (2009), esto implica "medida, precaución, planificación adecuada, distribución de riesgos, y no optar por la vía fácil de asumir responsabilidades y riesgos sin control, como si fuera un tránsito a ciegas por territorios inexplorados" (p.49). Estas directrices deberían orientar las prácticas de contratación estatal y subrayar la importancia de los estudios previos para garantizar una ejecución adecuada y un control posterior efectivo en los contratos celebrados por alcaldías y gobernaciones en Colombia.

Con base en esos prolegómenos, se resuelve en el presente artículo de investigación el presente interrogante: ¿Los estudios previos requeridos en la contratación pública en Colombia cumplen con los principios que establece la Ley?; erigiéndose como objetivo general: analizar el cumplimiento de los principios de los estudios previos de contratación pública que establece la ley.

También, en aras de abordar esa temática se abordaron el marco normativo y jurisprudencial referente a los estudios previos requeridos para la contratación pública; los fallos y vacíos en la aplicación de la norma durante en la celebración de un contrato estatal desde el derecho administrativo; y, las falencias en la contratación pública con la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

La temporalidad del artículo de investigación versa fundamentalmente entre la expedición de la ley 80 de 1993 y su evolución, como exigencia de los requisitos en los pliegos de condiciones, encontrando que la amplitud de la investigación, se limita al ordenamiento jurídico colombiano, esto así, teniendo en cuenta que el objetivo es observar las situaciones jurídicas que afrontan las entidades territoriales al no elaborar de manera adecuada los pliegos que sirven de base a las contrataciones.

METODOLOGÍA

Esta investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo, de tipo jurídico, atendiendo que la fuente de investigación que estructura el contenido del tema es la norma y jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, basado en las descripciones y la observación con un ejercicio de heurística y hermenéutica.

RESULTADOS (y DISCUSIÓN)

Generalidades de la contratación estatal. Verificado el contenido de la Ley 80 de 1993 y el articulado de la Ley 1882 de 2018, se puede establecer que la nueva disposición normativa no introdujo una reforma de fondo, sino que cuenta con las bases y beneficios de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, buscando entonces la concreción de principios que se requieren en la contratación como es el caso de la promoción de pluralidad de oferentes y los diferentes pliegos de condiciones, muchas veces subjetivos por parte de las entidades públicas.

En consecuencia, la normativa recientemente establecida introduce modificaciones al proceso de licitación en el ámbito de la obra pública. Estos cambios incorporan ajustes en la presentación de propuestas y en el plazo para su corrección, además de la adopción de un pliego de tipo que define claramente las condiciones. Asimismo, se limita y clarifica la responsabilidad del interventor en este contexto. En este contexto, se establece la obligación de utilizar pliegos tipo en los casos de obras públicas, servicios de consultoría e interventoría de obras públicas. Además, se habilita al Gobierno para ampliar la aplicabilidad de esta modalidad a otros tipos de contratos o procesos según lo considere necesario.

En el ámbito de las licitaciones para proyectos de obras públicas, se ha establecido la presentación de ofertas en dos sobres separados: uno para requisitos habilitantes y otro para la oferta económica. La garantía de seriedad de la oferta es esencial y no es corregible si se omite. Además, se reconoce la experiencia adquirida en contratos privados como parte del proceso.

En las audiencias de adjudicación, se emplea un método aleatorio para la selección y se abre la oferta, determinando un orden de elegibilidad. Sin embargo, la Ley 1882 de 2018 requiere aún reglamentación detallada, especialmente en relación al concepto de "pliego de tipo".

Una debilidad notoria radica en la falta de claridad sobre el plazo para corregir ofertas con deficiencias. Esta ambigüedad necesita ser subsanada mediante regulaciones específicas que aseguren procedimientos de licitación y adjudicación más precisos.

En consideración propia se puede colegir que realmente no se presentaron innovaciones sustanciales, pues lo que se hizo fue recoger las prácticas que habían sido determinadas por Colombia Compra Eficiente como ocurre en el caso de los pliegos de tipo en los contratos de obra, pues algunas entidades públicas ya la habían fijado como directriz para la remisión de tales pliegos, incluso en contratos como el de interventoría y el de suministro.

En lo que respecta a la presentación de la oferta en sobres separadas, es costumbre en las entidades públicas que tales actuaciones se realicen de esa manera; por ello algunos tratadistas y publicaciones que se han realizado sobre el particular, apunta a indicar que la Ley 1882 de 2018, se suma a la lista de disposiciones que forman parte de la normatividad contractual ya densa, por cierto, haciendo repetitivo y más complejo el trámite, desde el enfoque legal para las contrataciones públicas.

El marco regulatorio de la contratación estatal en Colombia es sumamente amplio y aplicable a una variedad de situaciones contractuales. El Estatuto de Contratación Estatal abarca tanto los contratos nominados como los innominados, englobando

aquellos que se ajustan a las reglas de derecho exclusivo que están sujetos a la Ley 100 de 1993, así como aquellos que no están explícitamente definidos por disposición alguna, pero que surgen de un acuerdo de voluntades. Este enfoque amplio y abarcador subraya la intención de la Administración de cubrir todas las posibles variantes de contratos con el fin de cumplir sus objetivos institucionales (Corantioquia, 2010).

Un aspecto crucial para entender la aplicabilidad de las regulaciones en la contratación estatal es la consideración de los sujetos involucrados en la celebración de los contratos. "El Estatuto de Contratación" abarca a todas las "entidades estatales", tanto las directamente afiliadas como aquellas vinculadas, y se aplica también a los acuerdos contractuales establecidos con actores privados. Esta perspectiva se encuentra respaldada por las "denominaciones" consagradas en el "artículo 2º de la Ley 80 de 1993". No obstante, es importante resaltar un momento clave en la evolución de las regulaciones: la "Ley 1150 de 2007" marcó un hito al suprimir varios "régimenes especiales de contratación", incluyendo los que regían a las "Corporaciones Autónomas Regionales", "FONADE" y las "cooperativas" que formaban parte de las entidades estatales.

En consonancia con lo mencionado, se observa que las entidades en cuestión han adoptado el Estatuto General de Contratación como base normativa, evidenciando la determinación de centralizar y uniformar las regulaciones en el ámbito contractual (Corantioquia, 2010).

A pesar de ello, es importante resaltar que existen excepciones a la aplicación de las normativas de contratación. Estas excepciones pueden ser identificadas en diversos ámbitos, tales como:

La regulación abarca varios sectores y tipos de contratos en Colombia para asegurar transparencia y eficiencia. Incluye empresas de servicios públicos, energía eléctrica, finanzas estatales, defensa, ciencia, tecnología, contratos internacionales y educación superior pública, excepto ciertos tipos de contratos. El propósito es mantener altos estándares en la gestión contractual en diversas áreas.

Es relevante señalar que estas excepciones se alinean con la necesidad de adaptar la regulación contractual a circunstancias específicas y a las particularidades de ciertas entidades y sectores (Corantioquia, 2010).

De acuerdo con la normativa vigente en Colombia, en particular según lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos celebrados por entidades estatales se rigen por un marco legal de naturaleza híbrida. Este marco legal combina las disposiciones tanto del derecho civil como del derecho comercial, fusionándolas con las normas especializadas consagradas en la mencionada ley, y complementándolas con sus respectivas reglamentaciones normativas correspondientes. Esta característica intrínseca implica que para tener un entendimiento completo del marco legal que rige las contrataciones estatales, resulta imperativo considerar tanto las disposiciones relativas a los acuerdos entre entidades públicas y privadas, como aquellas fundamentadas en el Código Civil y el Código de Comercio.

Esta perspectiva se consolida en el artículo 40 de la Ley 80/93, donde se determina que las cláusulas y disposiciones contractuales deben alinearse con los preceptos legales correspondientes a la esencia y naturaleza de los contratos, de conformidad

con los marcos civiles, comerciales y los preceptos de la ley misma. Así, las entidades estatales tienen la facultad de celebrar contratos y acuerdos que fomenten la autonomía de la voluntad y estén orientados al cumplimiento de los objetivos gubernamentales. Dentro de este contexto legal, se encuentra la posibilidad de incorporar diversas modalidades, condiciones y disposiciones que sean apropiadas y adecuadas, siempre y cuando dichas disposiciones no vulneren los preceptos de la Constitución, la legislación vigente, el orden público y los principios fundamentales establecidos en el Estatuto, así como aquellos que orientan la gestión eficiente. Estos fundamentos se derivan del conjunto de principios esenciales inherentes a la administración pública.

La regulación legal en torno a la contratación estatal no estipula límites específicos respecto a los tipos de contratos que pueden ser celebrados. Más bien, otorga un espacio de libertad contractual, tanto para los contratos nominados como los innominados, bajo la condición ineludible de ajustarse al cabal cumplimiento de las normas establecidas y de no contravenir las mismas.

Esta estructura legal promueve la flexibilidad en la celebración de acuerdos, permitiendo a las entidades gubernamentales adaptar los contratos según las necesidades y circunstancias particulares, siempre dentro de los límites establecidos por la normativa y el marco ético y legal que rige la administración pública.

Los cimientos que dirigen la contratación estatal en Colombia se basan en un conjunto de principios fundamentales, en su mayoría delineados por la Ley 80 de 1993. Estos principios forman la base sobre la cual se establece el marco normativo que rige los procesos de contratación pública en el país. Entre estos principios, el de la planeación se destaca y será tratado de manera detallada en una sección posterior. Cada uno de estos principios reviste una significancia innegable al operar como herramientas fundamentales para la interpretación y resolución de situaciones concretas, como estipula el artículo 23 de dicha ley.

A medida que exploramos estos principios, el concepto de transparencia se erige como un faro orientador. Este principio insta a una introspección profunda en el comportamiento de las partes involucradas, asegurando que el contrato a ser formalizado se conduzca conforme a un compromiso inquebrantable contra el soborno. De esta forma, se propicia un proceso de selección objetiva que genera la plena satisfacción en el cumplimiento contractual.

En consonancia con la promulgación de este principio, se hace esencial establecer una pauta de alcance amplio, denominada criterio de selección. En el marco de este criterio, deben definirse aspectos cruciales, incluyendo motivaciones, justificaciones y condiciones que delineen la ejecución del objeto contractual. Estos elementos, cimentados en la estabilidad, la confianza y la seguridad, contribuyen a sentar las bases de una relación contractual sólida y mutuamente beneficiosa.

La transparencia y el criterio de selección no solo enriquecen la estructura conceptual de la contratación estatal, sino que también fortalecen su implementación práctica. Mediante estos principios, se consolida un entorno en el que tanto las entidades gubernamentales como los contratistas privados colaboran en la ejecución de acuerdos que fomentan la integridad, la equidad y el cumplimiento de los fines estatales.

Dentro del contexto de la contratación estatal, el principio de economía destaca como un pilar fundamental que reviste una relevancia significativa en el desarrollo y conducción de este proceso. El artículo 25, numeral 15, de la Ley 80 de 1993, establece: "Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos". Este enunciado legal destaca cómo el principio de economía, en conjunción con la confianza legítima, debe guiar las interacciones contractuales, estableciendo un marco que fomente la confianza recíproca y el respeto mutuo entre las partes involucradas en los futuros contratos estatales.

Además, el Código de Forma Administrativo y Contencioso reitera esta iniciación, subrayando la necesidad de activar las decisiones y minimizar el tiempo y los costos involucrados en los procedimientos. Se enfatiza en la no exigencia de documentos, copias, autenticaciones o presentaciones personales que excedan lo estrictamente necesario, a menos que la ley lo demande de manera expresa.

Un segundo principio que merece consideración es el de responsabilidad. Este principio confiere a las existencias gubernativas una autoridad inherente para instituir su propio régimen de responsabilidad. Asimismo, establece que tanto aquellos que se someten a las regulaciones del servicio público como aquellos que actúan como contratistas o particulares están vinculados por una relación de cumplimiento. En este contexto, tanto las normas legales, penales como disciplinarias tienen un papel preponderante en cada fase del proceso contractual: precontractual, contractual y poscontractual.

En síntesis, los compendios de economía y compromiso, en conjunto con otros fundamentos legales, forjan el entorno en el que se desenvuelve la contratación estatal en Colombia. Estos principios no solo sirven como guía, sino que también refuerzan la integridad, la confiabilidad y el cumplimiento de los propósitos estatales en cada etapa del ciclo contractual.

En un sentido amplio Gómez (2010, p.166), define un contrato como "el acuerdo de voluntades entre dos o más personas con la intención de vincular jurídicamente y generar efectos creando o modificando obligaciones entre las partes." A partir de esa afirmación se entiende el tratado administrativo como: "un acuerdo de voluntades que genera obligaciones y derechos entre un órgano del Estado, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas" (Marienhoff, 1971, p.174). Desde lo anterior, es evidente reflexionar en torno a la necesidad de diferenciar desde los preceptos y elementos jurídicos aquellos que legítimamente promueven una sana y adecuada gestión en los métodos de convenio estatal, con el fin de que se cumpla a cabalidad con la finalidad enunciada en la definición dada anteriormente – satisfacer necesidades públicas –.

A nivel contextual, la presente investigación, intenta resaltar como desde la redivisión existente entre los tres reemplazos públicos clásicos; la cual surge de la necesidad de evitar el ejercicio absoluto del poder, propone un sometimiento de los particulares al Estado Social de Derecho; dichas dinámicas, permiten evaluar las transformaciones

significativas, que, para el presente caso conciernen al poder ejecutivo, y como aquella función delevada en el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana, la cual dota de soberanía funcionaria al Estado sobre sus administrados, propende por satisfacer aquellos fenómenos de interés común (Montaña, 2011). De este modo, los procesos de contratación que lleva a cabo el Estado colombiano tienen como propósito fundamental regular los procedimientos que se realizan al interior de las entidades para garantizar y satisfacer desde el cumplimiento de lo establecido en el contrato de obras o servicios, las necesidades de carácter público.

Aunando, teniendo en cuenta la premura que surge por comprender la naturaleza de la función administrativa, en una de sus funciones específicas como lo es en el proceso de contratación, autores como Aponte (2011), señalan que de dichas relaciones contractuales lo que más se evidencia en el contexto colombiano son las falencias en los procesos de planeación, de allí, resulta útil comprender ciertos factores que pueden determinar la inadecuada gestión en estudios de contratación administrativa, entre los que cabe nombrar, a parte del ya mencionado, la descentralización, el desconocimiento de los principios jurídicos establecidos legítimamente, un adecuado diseño de políticas públicas en proceso contractuales, entre otros; sin duda alguna lo que resalta la importancia de desarrollar la presente investigación, que a su vez, se desplegará "taxonómicamente" en describir y resaltar aquellos principios del derecho administrativo colombiano en cuanto a la contratación estatal con el fin de generar una visión que permita ir transformando significativamente dichos procesos contractuales, a fin de que en su ejecución cumplan con los preceptos jurídicos y con los fines mismos del Estado y sus miembros.

Para poder determinar de la forma más eficiente y precisa la trascendencia de los estudios previos como parte de la responsabilidad de planificación en los contratos que celebran alcaldías y gobernaciones es necesario llevar a cabo una revisión bibliográfica de diferentes fuentes con el fin de tener un soporte más sólido partiendo de las referencias de estudios que han analizado el mismo tema.

En este contexto, resulta pertinente hacer mención del análisis emprendido en el año 2021 por distinguidos politólogos de la Universidad Libre de Colombia: Daniel Beltrán Ortiz, Juan Andrés Bayona Lizcano y Luis Fidel Villamizar Barragán. Su estudio, titulado "El Principio de Planeación en la Elaboración de los Estudios Previos en Licitaciones Públicas: Análisis de las Controversias Contractuales en la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado durante el Periodo 2014 - 2020", proyecta una visión esclarecedora sobre la integración y aplicación del régimen jurídico de la convenio público en Colombia.

Este análisis exhaustivo y de enfoque multidisciplinario desentraña de manera integral tanto el entramado normativo como los cimientos teóricos que dirigen el ámbito de la contratación pública en la nación. Enfoca con una exactitud meticulosa la importancia intrínseca del principio de planificación en la elaboración de estudios previos en procesos de licitación pública, arrojando luz sobre la intrincada sinergia entre la teoría y la ejecución en el contexto contractual.

Los resultados obtenidos de este análisis brindan una perspectiva integral acerca de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y su papel central en la resolución de controversias contractuales. El estudio arroja luces sobre los patrones factuales,

las normativas pertinentes y las decisiones jurisprudenciales que caracterizan el desempeño de esta entidad en el periodo que abarca desde 2014 hasta 2020.

Esta cita académica, basada en análisis empíricos, enfoque normativo y precedentes judiciales robustos, amplía el conocimiento sobre la dinámica de la contratación pública en Colombia. Asimismo, destaca la esencial relevancia de la planificación en la formulación de estudios preliminares en licitaciones públicas, una dimensión esencial para asegurar la legalidad, la transparencia y la eficacia en los procedimientos de contratación.

Así mismo, con el fin de conocer más de cerca las generalidades y aspectos más importantes referentes a la fase de planeación en la contratación estatal fue necesario tener como guía el trabajo de Karen Vanessa Castro Zuluaga, John Penagos Castellanos y María Fernanda Rodríguez Vela, quienes intentan hacer un aporte a la ciencia jurídica identificando diferentes errores y falencias, insumos apropiados para la presente investigación. (Castro Zuluaga, Penagos Castellanos, & Rodríguez Vela, 2016).

Otro punto de referencia importante para la investigación fue la adelantada por el experto en contratación estatal Carlos Fernando Amaya Rodríguez quien de firma concreta logra hacer una revisión de las diferentes sentencias y jurisprudencias emitidas. En el ámbito de la contratación estatal, el principio de planeación ha sido abordado minuciosamente tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional. Este enfoque ha llevado a considerar el principio de planeación como una directriz no explícitamente establecida en las normativas vigentes (Amaya Rodríguez, 2015).

En el mismo tenor, resultó de suma relevancia incorporar diversos fragmentos del trabajo de investigación datado en 2015, cuyo enfoque radicaba en la caracterización de la orientación en los procesos de licitación pública en relación con los contratos de suministro. El estudio abordaba desde una óptica rigurosa el cuestionamiento de la ausencia de regulación en los pliegos de condiciones que emanan de los estudios previos. Los esfuerzos investigativos llevados a cabo por Casar Augusto Bonilla Gómez, Eduardo Bonilla Lozano y Yaneth Galindo Ortiz se inscribieron en el campo del Derecho Público aplicado a la contratación, procurando ofrecer tanto una panorámica histórica como una contextualización de la problemática de corrupción que afecta la actual operatividad del Sistema de Contratación Estatal en el país.

Fue conveniente contar con la tesis de Jorge Eduardo Vásquez Santamaría denominado "Algunos Problemas "Públicos" de la Contratación Estatal en Colombia como Componentes Del Enfoque De Ciclo Para La Formulación De Una Política Pública" el que quiso darle respuesta al cuestionamiento sobre cuales son problemas públicos, alternativas de solución y procesos consensuados de toma de decisiones desde el enfoque de ciclo hacen posible una política pública para la planeación de la contratación en la Gobernación de Antioquia. La investigación realizada en 2017 cuenta con una minuciosa revisión bibliográfica no solo del marco legal sino de otras investigaciones que se han ejecutado para determinar medidas de control a la hora de celebrar un contrato, específicamente por parte de la Gobernación de Antioquia. (Vásquez Santamaría, 2018).

De la misma forma fue necesario acudir al ordenamiento jurídico colombiano relacionado con la contratación pública que establece que no solo debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en la Ley 84 (1873), sino que adicionalmente debe tomar en cuenta otras características que permitan su adecuada configuración y que son detalladas a continuación: y la Ley 489 (1998, art.4).

La realización de proyectos constructivos, la prestación de servicios públicos u otras formas de contraprestación diseñadas para promover los intereses y satisfacer las necesidades de la población, constituye el objeto central de un contrato. Conforme a la Ley 489 de 1998, artículo 4, esta premisa se establece como un pilar fundamental en la legislación.

Para que un contrato adquiera la naturaleza de administrativo, resulta imperativo que involucre la participación de una entidad estatal o una entidad pública actuando en el ejercicio de sus atribuciones administrativas. Conforme a lo consagrado en la Ley 489 de 1998, artículo 4, este componente es esencial para que el contrato adquiera dicha cualidad.

El carácter administrativo de un contrato se manifiesta en su inherente naturaleza adhesiva. Esto puede deberse a la existencia de un contrato macro que engloba diversas facetas contractuales o a la delimitación de condiciones y requisitos por parte de la Administración. La formulación unilateral de las cláusulas contractuales por parte del Estado, según lo estipulado en el artículo 209 de la Ley 80 de 1993, contribuye a la definición y establecimiento de este tipo de contratos.

La coexistencia de prerrogativas excepcionales atribuidas a la Administración, que si bien se encuentran delimitadas en su alcance por la consagración constitucional del derecho administrativo, conlleva a subordinar los principios fundamentales de la contratación privada, como lo son la autonomía de la voluntad y la equidad de las partes, al interés superior de la esfera pública. (Zunino, 2012, p.730).

Conforme a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, se establece un riguroso requerimiento. Previo a la iniciación de cualquier procedimiento contractual y en pleno acatamiento al principio de la planificación, se torna indispensable llevar a cabo un análisis detenido y estudios previos exhaustivos. Estos procedimientos tienen como fin validar la conveniencia y la oportunidad de satisfacer las necesidades identificadas en la población. Este informe previo debe incluir aspectos técnicos, económicos y financieros, así como la disponibilidad presupuestaria y los riesgos que se pudieran originar durante la ejecución del contrato. A tal efecto las entidades involucradas deberán sustentar este informe para garantizar la legalidad y la transparencia de tal forma que se determine expresamente la necesidad, el objeto que se va a contratar, las características y especificaciones técnicas y los argumentos necesarios para justificar que es la mejor solución para satisfacer la necesidad planteada junto a los criterios evaluados para seleccionar la mejor oferta de acuerdo con los intereses de la entidad las necesidades a satisfacer y la conveniencia de la contratación para la comunidad.

La Etapa Precontractual en Colombia. se enmarcan los trámites intrínsecos al proceso de selección, así como la creación de los pliegos de condiciones. Estos documentos, fundamentados en la información derivada de los estudios previos,

deben articular con precisión y simplicidad los requisitos que los interesados en presentar propuestas deben satisfacer. Asimismo, estos pliegos establecen los criterios de evaluación de las propuestas y delimitan el proceso de selección de la oferta ganadora, además de especificar el plazo en el que se tomará tal decisión.

La envergadura con la cual las entidades configuran estos documentos y supervisan la ejecución del procedimiento repercutirá directamente en el estándar que el tribunal de contratación utilizará para evaluar cualquier eventual responsabilidad contractual. Es de vital importancia recordar que tanto el proceso de licitación como la adjudicación están regidos por actos normativos, con márgenes de discrecionalidad limitados. Es crucial comprender que las implicaciones económicas serán considerablemente significativas para las entidades si se les encuentra culpables. Este hecho se ve reforzado por la reafirmación jurisprudencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, que considera que el dato idóneo para determinar la magnitud del perjuicio es la utilidad proyectada en la propuesta.

Frente al tema el Consejo de Estado ha encontrado algunas deficiencias por parte de las entidades, correspondientes a imprecisiones relativas a la etapa precontractual que como resuelta de esta resulta una sentencia condenatoria en contra del Estado.

Como ejemplo:

1. El orden de elegibilidad no es integrado de acuerdo con los resultados de la aplicación estricta de esos criterios. Ha sido explícito el Consejo de Estado al prevenir sobre el hecho de que la causal "propuesta inconveniente" contenida en unos pliegos de condiciones e invocada para declarar desierta una licitación, si bien es un concepto jurídico indeterminado, no equivale en lo absoluto a discrecionalidad absoluta. Esa alta corporación ha señalado que la declaratoria desierta de una adjudicación debe hacerse porque ninguna de las ofertas se ajuste al pliego de condiciones y no porque en el sentido de que la entidad decida cambiar las reglas del juego.

Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos, en concordancia con las buenas prácticas, deben ser concebidos con antelación a la divulgación del proyecto de pliego de condiciones y ser puestos a disposición de manera simultánea en el SECOP. Estos documentos, de naturaleza definitiva, constituyen el sustento esencial para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones. Su propósito radica en brindar a los proponentes una comprensión cabal del alcance de las exigencias de la entidad, así como de la distribución de los riesgos propuesta por la misma.

Cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios, se emprende un minucioso análisis de los precios imperantes en el mercado. Para ello, se toman en consideración los costos y valores vigentes en el lugar de ejecución de la prestación, además de las condiciones de pago que la entidad tiene en mente para los futuros contratistas. La verificación a través del Sistema de Información de Precios de Compra y la Consulta de Precios de otras entidades gubernamentales y organismos asesores, junto con la obtención de cotizaciones en distintos establecimientos, configuran parámetros esenciales para determinar las condiciones y valores del mercado.

El análisis técnico y económico que respalda la determinación del valor estimado del contrato debe presentar con precisión las variables consideradas en el cálculo del

presupuesto correspondiente a la contratación en cuestión, así como su cuantía específica. Además, este análisis abarca los costos inherentes a la entidad asociados tanto al proceso de selección como a la ejecución del contrato. Si la modalidad de contratación implica precios unitarios, se requiere que los cálculos presupuestarios cuenten con una fundamentación sólida en la estimación de dichos valores.

En el contexto de un concurso de méritos, no se exige la publicación detallada del análisis llevado a cabo en el estudio técnico y económico. No obstante, dicho estudio debe estar debidamente avalado por el funcionario competente y autorizado. Es importante señalar que los estudios previos deben contener, como mínimo, los siguientes elementos sustanciales:

a. La exposición de la necesidad que la entidad estatal tiene la intención de colmar a través de la contratación debe ser clara y fundamentada. Esta sección debe discernir la urgencia de adquirir el bien o servicio, así como respaldarla con una definición técnica precisa de cómo la entidad pretende satisfacer esta necesidad.

b. La descripción del objeto de contratación es un aspecto central en esta etapa. Esta descripción debe abarcar tanto las especificaciones esenciales como la identificación concreta del tipo de contrato a ser celebrado. Los elementos clave que deben ser considerados son:

- El Objeto: Definición concisa y precisa de los bienes, servicios u obras que se van a adquirir o desarrollar.
- Tipo de Contrato: Categorización de la modalidad de contrato a ser suscrita, como prestación de servicios, empréstito o convenio interadministrativo.
- Plazo de Ejecución: Estimación precisa del tiempo requerido para la completa ejecución del objeto contractual.
- Lugar de Ejecución y/o Entrega: Identificación detallada del lugar donde la ejecución del contrato tendrá lugar.
- Valor Estimado del Contrato: Valor presupuestado destinado para la realización del contrato.
- Forma de Pago: Definición detallada de cómo se llevará a cabo el desembolso económico al contratista.
- Supervisión y/o Interventoría: Identificación de la entidad o individuo responsable de supervisar y garantizar el cumplimiento adecuado del contrato.
- Obligaciones Generales del Contratista: Descripción exhaustiva de las tareas y responsabilidades a cargo del contratista.

c. Los fundamentos jurídicos que sustentan la elección de la modalidad de selección constituyen una parte crucial. Estos fundamentos derivan de las disposiciones legales que autorizan el uso de una modalidad específica para el proceso de selección. Por ejemplo:

"Dado que la licitación pública se establece como la modalidad de selección objetiva principal según el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y después de realizar un análisis exhaustivo para determinar la modalidad más adecuada para el objeto en cuestión, se concluye que no se presenta ninguna

circunstancia que justifique la aplicación de una modalidad distinta, como selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa. Esto se debe a que no se configuran las causales establecidas por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 2474 de 2008." (Sánchez, 2010, p. 1).

d. El análisis que fundamenta la estimación del valor del contrato es una fase crucial. Este análisis, resultado de un exhaustivo estudio de mercado, no solo tiene como objetivo definir el valor aproximado de los bienes, obras o servicios requeridos, sino también afinar la naturaleza misma del objeto. Los resultados de este análisis deben incorporarse en el estudio previo. La estimación debe reflejar los precios usuales en el mercado y estar referida al momento de publicación del anuncio de licitación o, en caso de no ser necesario, al inicio del procedimiento de adjudicación del contrato por parte de la entidad.

En el ámbito de contratos relacionados con obras y concesiones de obras públicas, es imperativo considerar tanto el importe de las obras como la estimación total del valor de los suministros necesarios para su ejecución, los cuales son entregados al contratista por parte de la entidad.

En el contexto de contratos que abarcan suministros y están orientados hacia el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos, se procederá a calcular el valor estimado del contrato de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Para los contratos con una duración específica que sea igual o inferior a doce meses, se calculará el valor estimado total para el periodo acordado. En situaciones en las cuales la duración exceda los doce meses, se deberá incorporar el importe estimado del valor residual para determinar el valor total estimado.
2. Si el contrato carece de una duración definida en referencia a un intervalo de tiempo específico, se multiplicará el valor mensual por un factor de 48 para establecer el valor estimado del contrato.

e. La fundamentación de los factores de selección que posibiliten la identificación de la oferta más ventajosa.

La oferta más ventajosa se define como aquella que, considerando los aspectos técnicos y económicos determinantes y ponderando dichos elementos con precisión y minuciosidad, demuestra ser la más beneficiosa para la entidad. En los técnicas de escogimiento objetiva de empresarios ejecutados mediante la modalidad de selección abreviada, donde se invoca la causal de menor cuantía, y también para aquellos procesos realizados bajo este mismo procedimiento, la determinación de la oferta más favorable puede basarse en las siguientes consideraciones:

- Cumplimiento Técnico: Se valora el grado de adecuación de la propuesta a las especificaciones y requerimientos técnicos establecidos.
- Precio: La oferta con el precio más competitivo, alineado con las prestaciones a cumplir, puede tener preferencia.
- Experiencia y Capacidad: Se considera la trayectoria y capacidad del proponente para ejecutar el contrato en términos exitosos.

- Sostenibilidad: La viabilidad a largo plazo y el impacto ambiental pueden ser considerados en la evaluación.
- Innovación y Calidad: Propuestas que demuestren innovación y alta calidad pueden ganar mayor puntuación.
- Condiciones de Entrega y Plazo: La oferta que se ajuste a los plazos y condiciones de entrega establecidos puede ser más atractiva.
- Garantías y Soporte Postventa: Propuestas que incluyan garantías y un sólido soporte postventa pueden ser favorecidas.

Garantía única de cumplimiento. Según la naturaleza del contrato, es esencial realizar una evaluación para determinar si es necesario respaldar ciertos valores establecidos en el mismo. Por ejemplo, en contratos de suministro, la cobertura de un valor por concepto de estabilidad de obra no sería requerida.

Dentro de este contexto, se contempla en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994 que la garantía única de cumplimiento debe incorporar únicamente los riesgos que se relacionen directamente con las responsabilidades y compromisos inherentes al contrato en mención. Esta regulación pone énfasis en las siguientes categorías de coberturas:

- La cobertura de garantía de anticipo o pago anticipado debe ser igual al 100% de la cantidad otorgada al contratista en forma de anticipo o pago adelantado, ya sea en efectivo o en especie, para respaldar la ejecución contractual.
- La garantía de cumplimiento no puede ser inferior al monto establecido en la cláusula penal pecuniaria ni menor al 10% del valor total del contrato.
- La garantía para salarios, prestaciones sociales y compensaciones debe representar al menos el 5% del valor total del contrato y se extenderá durante el período de vigencia del contrato, además de tres años adicionales.
- El cálculo de las garantías relacionadas con la estabilidad de la obra, la calidad del bien o servicio y el funcionamiento adecuado de los equipos debe efectuarse individualmente, conforme a los términos contractuales. Se deberá hacer referencia, en caso necesario, al valor final de la obra, bien o servicio contratado, o al objeto del contrato en cuestión.

Pliego de condiciones definitivo. El pliego de condiciones definitivo debe ser divulgado en el SECOP de manera simultánea al acto administrativo que inicia el proceso de selección. En este documento, se deben establecer de manera precisa los procedimientos y etapas esenciales para garantizar una selección objetiva. Además, el pliego definitivo debe detallar de manera clara los requisitos para la presentación de propuestas. A través de este instrumento se definen normativas que son objetivas, equitativas, transparentes y exhaustivas, facilitando la elaboración de propuestas congruentes.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 5º del Decreto presidencial No. 2474 de 2008, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2025 de 2009, la entidad debe indicar con exactitud el plazo en el cual se llevará a cabo la revisión en audiencia de la tipificación, distribución y asignación de riesgos, según se establece en el inciso 2º de la Ley 1150 de 2007.

El alegato de que la suspensión provisional limita la aplicación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 no encuentra respaldo. Esto se debe a que en el segmento del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, no se encuentra sustento para tal afirmación, se incorpora el verbo "podrá", con la intención de otorgar a las formas la posibilidad de establecer otros momentos distintos para la audiencia de aclaraciones, "pero después de la apertura". De esta manera, se permite a las entidades designar oportunidades adicionales a la audiencia de aclaraciones que se realicen en el período posterior a la apertura. Esto es importante ya que, según la normativa, el inicio del período de licitación no proporciona el espacio requerido para llevar a cabo la tarea de distribución definitiva de riesgos de forma eficaz (Consejo de Estado, 27 de mayo de 2009).

En el contexto del acto administrativo que da inicio al proceso de selección, la entidad está en la obligación de especificar en el cronograma la ubicación, fecha y hora programada para la celebración de la audiencia de cierre. En esta audiencia, que puede ser de asistencia voluntaria u obligatoria, se admiten todas las propuestas presentadas, y se procede a la apertura de los sobres que contienen las propuestas respectivas. De esta relevante instancia, se debe generar un acta donde se identifique al proponente y se describa de manera precisa el documento presentado. Este acta adquiere relevancia al ser publicada en el SECOP, asegurando así la transparencia y accesibilidad de la información.

La evaluación individual de cada propuesta implica una exhaustiva revisión de los requisitos habilitantes contemplados en el pliego de condiciones definitivo. Esta fase de evaluación está encomendada a un comité evaluador, designado mediante acto administrativo, cuyas responsabilidades y deberes están estipulados en el manual de contratación de la entidad. Dicho comité se encargará de evaluar aspectos legales, financieros, técnicos y operacionales.

Las propuestas, sin excepción, deben ser sometidas a una evaluación objetiva, siguiendo rigurosamente las directrices consagradas en el pliego de condiciones definitivo. Esto permite identificar y seleccionar la propuesta más beneficiosa para la entidad. En caso de que algunos oferentes no cumplan con los documentos habilitantes requeridos en los pliegos de condiciones definitivos, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 del Decreto Presidencial No. 2474 de 2008, se les otorga un plazo para subsanar dichos requisitos (Sánchez, 2010).

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

- Amaya Rodríguez, C. F. (2015). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, 105-119.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución política de la República de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 116. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Beltrán Ortiz, D., Bayona Lizcano, J. A., & Villamizar Barragán, L. F. (2021). *El principio de planeación en la elaboración de los estudios previos en licitaciones públicas: análisis de las controversias contractuales en la agencia nacional de defensa jurídica del estado durante el periodo 2014 – 2020*. Bogotá.
- Bonilla Gómez, C., & Bonilla Lozano, E. (2015). *El direccionamiento en los procesos de licitación pública respecto al contrato de suministro desde la creación de pliegos de condiciones mediante los estudios previos y su falta de regulación*. Bogotá.: Universidad la Gran Colombia .
- Castro Zuluaga, K. V., Penagos Castellanos, J., & Rodríguez Vela, , M. F. (2016). *La etapa de planeación en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad la Gran Colombia .
- Congreso de la República de Colombia. (1993, octubre 28). *Ley 80*. Bogotá: Diario Oficial No. 41.094.
- Congreso de la República de Colombia. (1998, diciembre 29). *Ley 489*. Bogotá: Diario Oficial No. 43.464.
- Congreso de la República de Colombia. (2007, julio 16). *Ley 1150* . Bogotá: Diario Oficial No. 46.691.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873, mayo 26). *Ley 84*. Bogotá: Diario Oficial No. 2.867.
- Consejo de Estado. (2012, mayo 28). *Sentencia 1999-00546*. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009, octubre 7). *Sentencia C-713*. (M.P.: María Victoria Calle Correa, Ed.) Bogotá: Diario Oficial.
- Gamboa, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmática del contrato Estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*.
- Gómez, C. (2010). *Teoría del Contrato*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Marienhoff, M. (1971). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Perrot.
- Palacio, J. (2010). *La contratación en las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Presidente de la República de Colombia. (2015, mayo 26). *Decreto 1082*. Bogotá: Diario Oficial .
- Vásquez Santamaría, J. E. (2018). Algunos Problemas “Públicos” de La Contratación Estatal en Colombia como Componentes del Enfoque De Ciclo Para La Formulación De Una Política Pública*. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 79-98.
- Zunino, P. (2012). *Contratos de la Administración pública: teoría, principios y aplicación práctica* (. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

FINANCIACIÓN

“Ninguna” o “Los autores no recibieron financiación para el desarrollo de la presente investigación”.

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERÉS

“Ninguno” o “Los autores declaran que no existe conflicto de intereses”.

CONTRIBUCIÓN DE AUTORÍA:

1. Conceptualización: xxxxxx Nombres de los autores
2. Curación de datos: xxxxxx
3. Análisis formal: xxxxxx
4. Adquisición de fondos: xxxxxx
5. Investigación: xxxxxx
6. Metodología: xxxxxx
7. Administración del proyecto: xxxxxx
8. Recursos: xxxxxx
9. Software: xxxxxx
10. Supervisión: xxxxxx
11. Validación: xxxxxx
12. Visualización: xxxxxx
13. Redacción – borrador original: xxxxxx
14. Redacción – revisión y edición: xxxxxx