

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

TITULO DE LA INVESTIGACION:

**LA ETAPA DE PLANEACION EN LA CONTRATACION
ESTATAL**

AUTORES:

KAREN VANESSA CASTRO ZULUAGA

JOHN PENAGOS CASTELLANOS

MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ VELA

BOGOTÁ DC.

2016

CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCIÓN	i
PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS	iii
Área problemática	iii
Proposiciones.....	iii
Problema.....	iv
Justificación del problema.....	iv
Hipótesis.....	v
Objetivos.....	v
General.....	v
Específicos.....	vi
ESTADO DEL ARTE	vii
Resúmenes Analíticos De Investigación (RAI).....	vii
RAI 1.....	vii
RAI 2.....	ix
MARCO TEORICO-CONCEPTUAL	1
¿La planeación contractual es un principio o una etapa?	1
INCIDENCIA DE LA ETAPA DE PLANEACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL DE OBRA	14
REQUISITOS Y DOCUMENTOS HABILITANTES Y ASIGNACION DE PUNTAJE	23
La potestad de configuración del legislador en materia de contratación estatal.....	23
Principio de legalidad	27
FALENCIAS RELACIONADAS CON LOS REQUISITOS A CUMPLIR DEL CONTRATO DURANTE LA ETAPA DE PLANEACIÓN	28
Falencias en cuanto 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.....	28
Falencias en cuanto al objeto a contratar.....	29

Falencias en las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución.....	30
Falencias en la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.....	31
Falencias contratación directa mediante contratos interadministrativos.....	32
Falencias contratación directa con entidades privadas sin ánimo de lucro.....	33
Falencias contratación directa prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión.....	34
Falencias en el valor estimado del contrato y la justificación del mismo.	34
Precios unitarios en una licitación pública de obra.....	35
Costos directos e indirectos.....	36
Falencias en los criterios para seleccionar la oferta más favorable.....	38
Falencias en los requisitos y documentos de selección, comparacion y subsanabilidad de propuestas.....	38
Requisitos y documentos objetivos de la propuesta o factores de escogencia que asignan puntaje	40
Falencias en el factor precio.....	42
Requisitos y documentos habilitantes, subjetivos o sustanciales del proponente.....	42
Requisitos de la oferta puramente formales que no comparan ni asignan puntaje.....	45
Requisitos y documentos subsanables	45
Eventos en que la entidad debe pedir aclaración y explicación.....	45
El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.....	46
Riesgos inherentes y riesgos ajenos a la ejecución de un contrato.....	47
Modalidades de selección donde aplica el análisis de riesgos.....	49
Audiencia pública de Riesgos.....	49
Metodología concreta de análisis y mitigación del riesgo.....	50
Estimación o valoración del riesgo.....	51
Probabilidad de ocurrencia del riesgo.....	51
Impacto del riesgo.....	51
Valoración de riesgo.....	51
Asignación del riesgo.....	51

Falencias en las garantías que la entidad estatal contempla exigir en el proceso de contratación.....	52
Contrato de seguro contenido en una póliza.....	53
Garantía mediante el patrimonio autónomo	53
Garantía bancaria.....	53
CONCLUSIONES.....	55
APORTE A LA CIENCIA JURÍDICA CON LA INVESTIGACIÓN.....	56
ENFOQUE METODOLÓGICO.....	57
BIBLIOGRAFIA.....	58

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal se lleva a cabo mediante procedimientos y etapas que deben estar necesariamente documentadas. Jurídicamente cada etapa se encuentra reglamentada y se concreta con un documento respectivo que constituye la prueba de su cumplimiento.

La etapa de planeación contractual es común a todas las modalidades de selección bien sea por licitación pública, selección abreviada en sus variables de subasta inversa y menor cuantía, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía.

La etapa de planeación era considerada tradicionalmente en Colombia de expertos económicos y técnicos de las oficinas de planeación de las entidades públicas, que se concretaba mediante la elaboración de los planes de desarrollo y la formulación de los proyectos respectivos y terminaba con la incorporación del proyecto en el banco de programas y proyectos de inversión.

La necesidad de establecer mayores requisitos en la etapa de planeación para los procesos contractuales de las entidades públicas, fue consagrado por la ley 80 de 1993 en el principio de economía, para todas las modalidades de selección al inicio del proceso respectivo, mediante la elaboración de estudios, diseños y proyectos requeridos, el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones requeridas.

Este deber se concretó con la expedición de la ley 1150 de 2007 al disponer que junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración, además de señalar por primera vez el deber de realizar la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Con la expedición del decreto reglamentario 066 de 2008, se determinaron los elementos y requisitos que debían conformar los estudios previos, proyectos de pliegos y análisis de riesgos, como obligación de la entidad en la etapa de planeación contractual.

La ley 1474 de 2011 modificó y complementó aspectos de la ley 80 de 1993, denominando parte de la etapa de planeación como maduración de proyectos, donde previo a la apertura de un proceso de selección para las modalidades de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y mínima cuantía, o a la firma del contrato en el caso en que la

modalidad de selección sea contratación directa, las entidades públicas deberán elaborar los estudios, y diseños previos.

Los decretos reglamentarios posteriores, como el decreto 1510 de 2013 y el actual decreto vigente 1082 de 2015 establecieron además, el deber para las entidades estatales de realizar análisis del sector económico y de los oferentes por parte de las Entidades Estatales desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo.

Como se puede observar, se abrió un nuevo panorama mediante el fortalecimiento y posicionamiento actual de la etapa de planeación como la base fundamental de la contratación estatal, toda vez que determina los requisitos y documentos que deben contener los pliegos de condiciones que son el soporte de la etapa de selección; así mismo, representa la mayoría sino la totalidad de cláusulas contractuales que definen la ejecución del contrato respectivo, por lo cual el tema cobra importancia dada la necesidad de determinar cuáles son los requisitos legales que estructuran la etapa de planeación y los elementos de cada requisito documental, analizando los necesarios legalmente y los superfluos e innecesarios, para que se pueda utilizar como información de contexto que pueda servir en escenarios reales, en el ejercicio público de la profesión.

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Área problemática

Proposiciones:

1. Interrogativa:

¿Cuál es la importancia e incidencia de la identificación de los requisitos legales y documentales en el fortalecimiento de la etapa de planeación en la contratación estatal a partir de la ley 80 de 1993?

¿El cumplimiento de los requisitos legales y documentales de la etapa de planeación en la contratación estatal, garantiza una adecuada selección y ejecución del contrato?

2. Afirmativa

Los nuevos requisitos documentales exigidos en la ley y reglamento han mejorado la planeación de los procesos contractuales en Colombia.

3. dubitativa

Posiblemente identificando en debida forma los documentos y cumpliendo los requisitos legales que conforman el fortalecimiento de la etapa de planeación en la contratación estatal, se garantizaría una adecuada selección y ejecución de la necesidad a contratar.

4. Propositiva

La etapa de planeación constituye la base de la contratación estatal por lo cual es necesario conocer los elementos y componentes de los requisitos legales exigidos y los desarrollos jurisprudenciales sobre el tema.

5. Negativa

La poca o indebida exigencia de documentos y la falta de cumplimiento de los requisitos legales en la etapa de planeación por parte de las entidades estatales, repercute negativamente en la etapa de selección y ejecución del contrato.

Categorías

Requisitos documentales y procedimentales legales

Fortalecimiento de la Etapa de planeación

Etapa de planeación

Problema

En la etapa de planeación de la contratación estatal el incumplimiento de requisitos legales, o exagerada exigencia de documentos y requisitos no establecidos en la ley por parte de las entidades estatales, incide negativamente en una adecuada selección y ejecución del procedimiento contractual.

Justificación del problema

Según las proposiciones de la investigación propuesta, se determinaron una serie de categorías, las cuales fueron analizadas teniendo en cuenta el contexto problémico, siendo necesario abordar el problema desde la perspectiva de una deficiente planeación en la contratación estatal, bien sea porque no se cumple por parte de las entidades estatales los requisitos legales señalados en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011 decreto reglamentario 1082 de 2015, y los fallos jurisprudenciales sobre el tema por el Consejo de Estado, o porque el contenido de cada elemento de los requisitos establecidos en la norma, presenta falencias jurídicas, técnicas y económicas o bien porque las entidades exigen exageradamente documentos y requisitos que no establece la ley, por lo cual es importante abordar el problema con el fin de establecer cuáles son los requisitos que la ley establece en la etapa de planeación contractual como base fundamental tanto para la etapa de selección como la etapa de ejecución, y que elementos precisos integran cada requisito.

A partir de la expedición de leyes que regulan la contratación estatal en Colombia como la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2011, ley 1474 de 2011 y decreto reglamentario 1082 de 2015, se ha experimentado un fortalecimiento de la etapa de planeación mediante la creación de nuevos requisitos de obligatorio cumplimiento, los cuales buscan que los procesos contractuales no obedezcan a la improvisación, mediocridad e intereses individuales de las entidades estatales que ejecutan recursos públicos.

En este sentido la etapa de planeación como fundamento esencial de la contratación estatal ha adquirido actualmente tal importancia, que determina el éxito o fracaso de la selección del contratista y por ende la ejecución del futuro contrato.

Los requisitos legales obligatorios que deben cumplir las entidades públicas en la etapa de planeación de la contratación pública son los siguientes:

- Publicación del proyecto de inversión. (Art. 77 ley 1474 de 2011).
- Plan de acción. (Art. 74 ley 1474 de 2011).

- Plan Anual de adquisiciones. (Art. 74 ley 1474 de 2011 y art. 2.2.1.1.1.4.1. decreto 1082 de 2015).
- Acta comité de contratación. (Manuales de contratación y resoluciones internas de las entidades).
- Estudios de mercado, costo y calidad de las obras. (Art. 88 ley 1474 de 2011).
- Análisis del sector. (Art. 2.2.1.1.1.6.1. Decreto 1082 de 2015).
- Ficha técnica. (Decreto 1082 de 2015)
- Aviso de la convocatoria pública. (Artículo 2.2.1.1.2.1.2. Decreto 1082 de 2015).
- Estudios Previos. (Numeral 12 art 25 ley 80 de 1993, art. 8 ley 1150 de 2007 y art 20 decreto 1510 de 2013).
- Proyecto pliego de condiciones. (Art. 8 ley 1150 de 2007 y art. 2.2.1.1.2.1.4. decreto 1082 de 2015).

Los anteriores requisitos legales contienen una serie de componentes y elementos siendo necesario determinar y analizar su contenido, toda vez que de su cumplimiento y correcta elaboración o su incumplimiento y exigencia de requisitos que la ley no contempla, depende la base misma de una correcta o negativa selección y contratación, que repercute en la ejecución del contrato.

Hipótesis

La etapa de planeación ha experimentado un fortalecimiento a partir de la expedición de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y decreto reglamentario 1082 de 2015, con la exigencia de nuevos requisitos de obligatorio cumplimiento, convirtiéndose en la base fundamental del proceso contractual. Sin embargo, es necesario determinar si, en el cumplimiento del marco jurídico, las entidades estatales no cumplen o exageran la exigencia de requisitos para la selección y ejecución del respectivo contrato.

Objetivos

General:

Determinar si, en el cumplimiento del marco jurídico, de la etapa de planeación, que determina la selección y ejecución del respectivo contrato, las entidades estatales no cumplen o exageran la exigencia de requisitos.

Específicos:

Analizar los elementos que conforman los requisitos legales de la etapa de planeación como base para la contratación estatal.

Identificar las falencias relacionadas con los requisitos a cumplir del contrato estatal durante la etapa de planeación.

Definir la incidencia de la etapa de planeación en la selección y ejecución del contrato estatal.

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos De Investigación (RAI)

RAI 1

Betancourt Ladino José Tobías (2012) en su *ensayo “Principio de anualidad, reservas, vigencias futuras y planeación de la contratación”*, planteando el siguiente problema: “El principal problema relacionado con el régimen de reservas está en que dadas las deficiencias en la planeación institucional y a la ortodoxa aplicación de reglas presupuestales y contractuales, las entidades públicas no consiguen ejecutar ciento por ciento el presupuesto de gastos de funcionamiento e inversión, y con el propósito de “no perder los recursos” y poder mostrar un nivel adecuado de ejecución, terminan comprometiendo el presupuesto en el último mes del año, con graves consecuencias en términos de eficiencia, eficacia, economía e inclusive moralidad.” Teniendo en cuenta que el uso inadecuado de las reservas no es el responsable de las deficiencias, sino el síntoma de la ausencia en los instrumentos de gestión y la desarticulación de los mismos.

Como objetivo principal el autor plantea, primero, establecer la relación que debe existir entre el principio de la Anualidad del presupuesto, las Reservas Presupuestales, las Vigencias Futuras y el principio de planeación en la contratación estatal e identificar las deficiencias de las herramientas jurídicas y técnicas aplicadas por las Direcciones Generales de Apoyo Fiscal y del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público,; como segundo objetivo brindar algunos elementos conceptuales que permitan entender la controversia alrededor del tema de las reservas presupuestales y las vigencias futuras y su relación con el principio de planeación de la contratación pública.

En este orden de ideas, no solo es el principio de planeación el que se encuentra inmerso en esta discusión, sino también los principios presupuestales, que funcionan como parámetros establecidos por el Estatuto Orgánico del Presupuesto que sirven de orientación en el desarrollo del ciclo presupuestal; los principios aplicados al Sistema Presupuestal son: Planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, inembargabilidad, coherencia macroeconómica, homeostasis presupuestal

De igual forma dentro de la conceptualización que se realiza, se puntualiza en las vigencias futuras, los compromisos y reservas presupuestales, las cuentas por pagar, como se conforma un ciclo presupuestal, desde su mención en la Constitución Política, el Plan de

Desarrollo, el Estatuto Orgánico del Presupuesto Público, como en las normas que los reglamentan, que establecen los requisitos para realizar el seguimiento, evaluación y ejecución del presupuesto, teniendo en cuenta el siguiente proceso:

- Formulación
- Autorización
- Ejecución y Contabilización
- Control

Demostrando lo anterior que este proceso es continuo, dinámico y flexible, por medio del cual se programa, ejecuta, evalúa y reformula las actividades del sector público. Permitiendo de esta manera que se pueda desarrollar un ciclo contractual basado en el principio de la planeación, teniendo una prelación en todo el proceso tanto presupuestal como en las etapas precontractuales, contractuales y pos-contractuales.

La relevancia de la aplicación de los principios de la Contratación estatal, se evidencia en el momento de plantearse la idea de realizar un proyecto que implique esta forma de actuación de la administración, ya que en toda ella se debe fundamentar en la Carta Magna, en la Constitución Política de Colombia, porque es allí donde se garantiza tanto los derechos como los deberes tanto del Estado como de los ciudadanos, permitiendo así que se pueda ejercer un control, de todo aquello que organice el Estado, facilitando las herramientas para verificar el proceso de Contratación paso por paso.

Análisis

La conceptualización de los principios que intervienen en la Anualidad del presupuesto, las Reservas Presupuestales y las Vigencias Futuras, exalta la Planeación, como el principio que debe tener más prelación en los procesos contractuales, toda vez que gracias a él se puede prever y buscar soluciones a aquellos inconvenientes predecibles, sin embargo, las malas prácticas y el no verificar cada proceso, permite que no se ejecuten los contratos en su totalidad o que estos queden con pendientes, con compromisos adquiridos, restando del presupuesto pensado para la vigencia futura.

Es por ello que en el momento de planear cualquier tipo de proyecto, contrato, actividad, hay que tener en cuenta los principios presupuestales, así de esa forma evaluar y verificar cada proceso que hace parte de estos procesos.

Conclusiones del autor

Como conclusiones presenta las siguientes:

No es posible adquirir compromisos que excedan en su ejecución la vigencia, si no se cuenta con una autorización para adquirir compromisos con cargo a vigencias futuras y así usar en los gastos el presupuesto de la vigencia en la cual se ejecutan realmente.

Por lógica no deberían constituirse reservas, ya que al haberse recibido a satisfacción lo que procedería en caso de no haberse pagado, sería la constitución de una cuenta por pagar, también es cierto que la dinámica contractual y comercial no responde necesariamente al calendario y se pueden presentar circunstancias no previstas que conlleven a una suspensión del contrato y, por esta razón, a abarcar en su ejecución parte de la siguiente vigencia. Sin embargo, dicha circunstancia no puede ser previsible al momento de suscribir el contrato, ni ser responsabilidad de la administración.

Las reservas desde la perspectiva presupuestal y contable, lo único que hacen es finalizar el proceso de ejecución iniciado en la vigencia anterior. El 31 de diciembre fenecen sin excepción las partidas no comprometidas, mientras que las comprometidas continúan vigentes hasta tanto finalicen sus efectos.

Se debe incorporar al nuevo presupuesto, trae como consecuencia en el caso de la reserva de funcionamiento, que si se incorpora al nuevo presupuesto afectará el límite de gastos de funcionamiento y, por tanto, deberá reducir los gastos de funcionamiento para no sobrepasar los límites legales.

RAI 2

Cristancho González Cristian Alexander y Suarez Ríos Juan Miguel (2013) en su estudio sobre la estimación del A.I.U. (administración, utilidades e imprevistos) en empresas que desarrollan proyectos de ingeniería civil en la ciudad de Bogotá plantea el siguiente problema: “En el ejercicio profesional de la ingeniería civil y más específicamente en el sector de la construcción , los procesos de contratación y licitación para la ejecución de proyectos de obra civil tanto con el sector privado como con el sector público, se hace indispensable el cálculo o estimación de indicadores de desempeño empresarial denominados (administración, utilidades e imprevistos).

Esta estimación en la actualidad es desarrollada por los planeadores de las empresas de manera empírica y con base a valores que se basan primordialmente en la experiencia y tradición empresarial, más que en información cuantitativa concreta derivada del

comportamiento de variables asociadas de orden contable, financiero, productivo y de riesgo. Por esta razón, el estudio de las prácticas de estimación del valor del AIU, a partir de las prácticas tradicionales permite identificar los procesos y procedimientos más frecuentemente empleados y de acuerdo a ellos parametrizar proponer un conjunto de prácticas y criterios que permitan realizar este cálculo a cualquier empresa que deba presentar este indicador en procesos licitatorios y obras con entidades privadas”.

Recuerda que el tema actualmente no se encuentra reconocido ni regulado por ninguna norma, tiene un manejo empírico en cada tipo de proyecto, empresa y sector, desarrollado principalmente a través de conceptos de entidades públicas, la doctrina y reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Como objetivo general el autor planea identificar y estudiar los criterios que despliegan las empresas del sector de la construcción en Bogotá para estimar de manera óptima el cálculo del AIU (administración, utilidades e imprevistos).

En este orden de ideas, se resumen los criterios utilizados por las empresas del sector de la construcción en Bogotá para estimar de manera óptima el cálculo del AIU:

Administración

La forma de calcular la administración es costeando que se va a tener para que la obra funcione correctamente.

Se analiza todo el costo administrativo y luego este se para a un porcentaje de los costos directos.

Es la única que los interventores podrían llegar a revisar y corregir.

En muchas licitaciones se pide la discriminación de la administración teniendo en cuenta algunos factores tales como: nominas, amortizaciones, implementación de la calidad, salud ocupacional, seguridad industrial, capacitación del personal como medidas preventivas durante la ejecución de la obra, laboratorios, vallas, actividades de información y socialización de los proyectos, vigilancia y seguridad de la obra, parte locativa como lo es arriendo oficinas servicios públicos.

Algunos de los impuestos que se toman en la administración son: de impuestos retefuente (1% del valor total), rete-Ica (6.9 x 1000), impuesto de guerra (5%), estampillas.

En contratación pública debe haber una póliza de garantía única de cumplimiento (1% del contrato), contiene la póliza de cumplimiento del contrato, cumplimiento de los salarios de

los trabajadores, del buen manejo de inversión del anticipo, también debe haber una póliza de responsabilidad civil extracontractual.

Si se exige publicar el contrato se pagan publicaciones en diarios oficiales y en la imprenta nacional.

La administración entre más largo el plazo de obras, es más alto el cobro de la misma.

En contratación privada no hay impuesto de guerra.

Imprevistos

Los imprevistos se calculan con matrices de impacto, esta matriz es un documento generado por el contratante en el cual se especifican los riesgos contemplados en la obra a ejecutarse.

Matrices de riesgo que viene planteados en los pliegos de condiciones, este estipula el riesgo al que puede estar sometido el proyecto, y quien sería el responsable de mitigar los riesgos ya sea el contratista o la entidad.

La investigación se basa principalmente en la realización de encuestas, para así recolectar datos acerca del manejo que se le da al cálculo del AIU en 16 empresas representativas, que contratan con el sector privado y público, en la ciudad de Bogotá, que cuentan con diferentes organizacionales, tamaños y poseen gran reconocimiento en el sector de la construcción.

Análisis

El AIU (*administración, utilidades e imprevistos*) forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato.

Tanto en contratación pública como privada de obra en la modalidad de selección mediante licitación pública o privada, se utiliza la estimación de cada uno de los factores que comprenden al AIU aplicado a la hora de evaluar los costos requeridos para la ejecución de un proyecto.

En la doctrina se ha entendido que el concepto del AIU corresponde al componente del valor del contrato, referido a gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U), donde:

Administración: La Administración son los costos indirectos necesarios para el desarrollo de un proyecto y comprende los gastos para la operación del contrato como

honorarios, impuestos, de disponibilidad de la organización del contratista, servicio de mensajería, secretaría, etc.;

Imprevistos: El valor destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista; dependen de la naturaleza de cada contrato y constituyen el alea del negocio, es decir los riesgos normales en que incurre el contratista;

Utilidad: La Utilidad es la ganancia que el contratista espera recibir por la realización del contrato, la cual debe ser garantizada por las entidades y se calcula mediante un porcentaje del valor total del proyecto.

Es claro que el AIU, hace parte de la estructura de costos del respectivo contrato y como tal, salvo disposición contractual en contrario, existe una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida. En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2003 con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque bajo el radicado 14.577, establece:

Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera, como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.

Conclusiones del autor

En el sector público el AIU se establece en contratos principalmente de obra en las modalidades de: administración delegada, precios unitarios y precio global alzado.

El cálculo de la Administración en los contratos públicos y privados se diferencia en su aspecto tributario toda vez que en el sector público para los contratos de obra se debe tener en cuenta descuentos por concepto de: Contribución especial para la seguridad (Impuesto de Guerra), retención en la fuente, reteica y estampilla Pro-Cultura y Pro personas mayores.

Los análisis de riesgos realizados por las entidades públicas en la etapa de planeación, son útiles para determinar los riesgos involucrados en la contratación y ejecución del contrato, por lo cual sirven de base para que el contratista realice pueda conocer los posibles riesgos y determine el cálculo por concepto de imprevistos en su propuesta económica.

El cálculo del AIU presenta variaciones de gran magnitud entre empresas de consultoría y construcción, ya que en la consultoría se manejan porcentajes altos de utilidad (15%) e imprevistos (8%) y bajos en administración (12%).

La administración oscila para empresas constructoras entre el 17% y 20% de los costos directos del proyecto.

El porcentaje de imprevistos más aplicado por parte de las empresas evaluadas se mueve entre el 3% y el 5% de los costos directos del proyecto.

La utilidad por el manejo que le da el mercado es aproximadamente 5% del valor total del proyecto.

MARCO TEORICO-CONCEPTUAL

¿La planeación contractual es un principio o una etapa?

La planeación como concepto es un factor que se encuentra inmerso en cada proceso administrativo, lo cual permitirá que se establezcan unos propósitos, unos objetivos y la forma en que estos se llevaran a cabo, lo que requiere toma de decisiones realizando planes de acción viables posibles, teniendo en cuenta los estudios previos del sector, del mercado, y los riesgos.

En esta etapa se vislumbra una gran responsabilidad y la clave para emprender cualquier tipo de proyecto, o proceso contractual, toda vez que ayuda a lograr el uso efectivo de los recursos financieros y administrativos en miras al cumplimiento del objetivo. No se puede dejar algo tan importante en mano de la suerte, se requiere planear todo lo que se va a realizar, evitando así malversar recursos significativos.

Para que exista una planeación exitosa se debe tener en cuenta algunos lineamientos fundamentales como guía para el desarrollo de la misma, tenemos que tener en cuenta; a.- Conocer las necesidades, b.- Saber qué, se pretende hacer con el proyecto o contrato y, c.- Cuál sería su incidencia en el momento de aplicación o poner en ejecución el contrato. En el instante que se realiza esta proyección, es más sencillo encontrar las falencias, priorizando y adecuando los momentos, cada una de las fases, las actividades en pro de no causar demoras innecesarias dentro de lo visionado. La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con que se cuenta (Sánchez 1991).

El objetivo principal de esta etapa es precisar los elementos, que sirve para el desarrollo del proyecto o contrato, tenemos que concretar; el objeto, el plazo, el valor, al igual que preveer los riesgos, determinar la cantidad de recursos necesarios, entre otros. Partiendo de la base, que la contratación tiene que estar precedida por el desarrollo de los estudios, análisis, diseños y demás gestiones que permitan definir con certeza las condiciones del contrato a celebrar y del proceso de selección pertinente, con el fin de que la necesidad que motiva la contratación sea satisfecha en el menor plazo, con la mayor calidad y al mejor precio posible.

Como señala Jaime Ramírez Plazas, 2008, los aspectos principales de una buena planeación son; la supremacía de la administración, la generalización de la planeación y la

eficiencia de los planes, explicando que; “Esta supremacía también logra entreverse en la medida en que las demás funciones administrativas deben planearse, es decir, se debe planear que tipo de estructura organizacional se debe tener, que tipo de personas se requieren, cómo dirigir las, con más eficacia y que clase de controles aplicar.

Un plan será eficiente dependiendo del grado en el que contribuya al alcance de los fines buscados, siempre y cuando no sea un costo indebidamente alto, ya que este debe ser un costo razonable”

En fecha de 2010, La Procuraduría General de la Nación, conceptuó, sobre la etapa de planeación, lo siguiente; Es la aplicación de metodologías y razonamientos que ayudan conocer mejor la realidad y a tomar decisiones para controlar un sistema y prever que en el futuro no sucedan situaciones indeseables y se logre el objetivo anhelado.

Se puede concluir que para efectos de la contratación Estatal, la planeación implica el agotamiento y cumplimiento de una serie de requisitos legales exigidos antes y durante el proceso de contratación, con el fin de organizar, prever, visualizar y seleccionar con los suficientes argumentos y razones, en miras de suplir una necesidad en cumplimiento de un objeto que requiere de una intervención pública.

En la ley 80 de 1993, la planeación se encuentra inmerso en los principios de Responsabilidad, Transparencia y Economía, que se tiene que tener en cuenta en el desarrollo de la Función Pública.

Es importante reseñar como a partir de la ley 1474 de 2011, la Planeación, se fortaleció y concretó como un principio, con lo que la ley denominó maduración de proyectos, y la obligatoriedad para las Entidades Públicas, de dar a conocer a todos los interesados, por medio de la publicación de los proyectos de inversión, esto es la ficha técnica del proyecto en las páginas WEB, la elaboración y publicación del plan de acción y planes de adquisiciones, estudios de mercado de costo y calidad de obras, viabilidad técnica, impacto social, económico y ambiental, como documentos previos al inicio de cada vigencia fiscal, que todas las entidades estatales que ejecutan recursos deben elaborar previamente como soporte de la futura contratación.

Es por ello, que la obtención y producción de unos apropiados estudios previos, el cotejo de la necesidad a suplir, la verificación de la condiciones, precios y costos en el mercado, serán determinantes en el éxito, de la escogencia del Proceso de Selección y en la ejecución del Contrato.

La ley 80 de 1993 no hace referencia directa al principio de planeación, el cual se deduce por interpretación del principio de economía desarrollado en el artículo 25, mediante la obligatoriedad para las entidades estatales de analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, las autorizaciones y aprobaciones para ello, con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato (Num 7) y la elaboración previa a la apertura del proceso de selección o de la firma del contrato, de los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones según el caso.

Cuando la norma hace referencia a la planeación antes de la firma del contrato, se debe entender que se refiere a la modalidad de selección mediante contratación directa.

El Principio de Planeación, ha tenido un desarrollo de estructuración legal, mediante los decretos 066 de 2008, 2474 de 2008, 734 de 2012, 1510 de 2003 y actualmente 1082 de 2015, normatividad que ha señalado los elementos que debe contener los estudios previos, como parte esencial del principio de planeación, lo cual se analizará en detalle más adelante.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, ha dicho que el “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”.

Igualmente sostuvo, que la planeación es una manifestación de la carga en cabeza de la entidad contratante de revelar la información importante del contrato.

De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado que la planeación contractual es uno de los principios más importantes que informan la actividad contractual y cuyo cumplimiento resulta obligatorio por parte de las entidades del Estado y que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, en virtud

del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, que tengan en cuenta lo siguiente:

- La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- 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;
- 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 cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc;
- 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;
- La disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;
- 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;
- Los procedimientos, trámites y requisitos de 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.

Entre otros pronunciamientos sobre la importancia de la planeación en los contratos Estatales, se pueden destacar los siguientes:

“El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y

documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado”. (Sala de lo contencioso administrativo; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar, 2008).

“El principio de planeación, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración.

Al respecto, esta Corporación ha dicho que “la falta de planeación por parte de las entidades públicas incide en la etapa precontractual, pero significativamente, en la etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la Administración por falta de estudios y diseños definitivos generan serias consecuencias que llevan a modificar las cantidades de obra y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, que a su turno generan incrementos en los costos del proyecto y en el más grave de los casos, paralización de obras por la falta de los recursos requeridos”. (Sala de lo contencioso administrativo; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 2009).

El deber ser de la Planeación en los contratos estatales, refiere a que “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad”.

El omitir la planeación lesiona de forma grave el interés general, con resultados inesperadamente nefastos, no sólo en la elaboración efectiva del objeto pactado, sino también en el erario, el cual es el soporte financiero de todo tipo de contratación. Se trata de requerir de forma determinante a las administraciones públicas plasmar de forma veraz la organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

Aunque no existe una normatividad directa expedida por el legislador sobre la planeación, si encontramos un desarrollo legal del tema, en forma indirecta, pero con énfasis en la esencia del concepto, en la Ley 80 de 1993, donde es inevitable y se infiere su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal: en el articulado 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26,

de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2° del Decreto 01 de 1984; dentro de los cuales se dan las pautas para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines del estado, con el propósito de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desarrollo adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses generales.

Así las cosas, la planeación en este sentido y en la totalidad de sus exigencias constituye sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que el procedimiento establecido por el legislador, tiene como fin la racionalización, organización y coherencia de las decisiones que llevan a cabo en la contratación, no pueden ser desconocidos por los operadores ni las entidades del estado. Por eso, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado. Es una forma muy sucinta y concreta como lo expone el Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Concejero de Estado, la planeación como un todo, en cada una de las fases de la contratación.

Se quiere demostrar a través del presente trabajo, que la planeación contractual es la etapa más importante de todo el proceso contractual, toda vez que esta, es la que realmente le enseña a la entidad, que y porque se requiere contratar, como, cuando, con que, y donde; determina los aspectos técnicos, de costo, económicos y financieros, sociales, ambientales, lo que se conoce como viabilidad, aspectos legales como licencias, permisos, autorizaciones y todo el espectro general y específico de la futura contratación, de tal modo que de la etapa de planeación, surgen los pliegos de condiciones los cuales determinan el éxito o fracaso del proceso, y se constituye como el insumo principal del contrato y su ejecución.

En la Ley 80 de 1993 no se usa la palabra planeación. La referencia a los principios de economía, eficacia y transparencia en la contratación pública se refleja en el acápite VII de la exposición de motivos, denominado Aspectos Generales de la Selección Objetiva. Allí se desarrolla, la importancia del proceso de selección del contratista para el logro del objeto contractual, lo cual debe hacerse con sentido técnico y legal, asegurando el recurso económico del Estado.

Sin embargo, en el artículo 25 de la ley 80 de 1993, refiriéndose al principio de economía, contempla en el numeral 12 que para efectos de contratar, las entidades públicas

tienen la obligación de contar con estudios y documentos que les servirán de base para definir el objeto contractual, los términos de la obra, su costo y las exigencias de idoneidad técnica, así como las garantías que pedirá a los proponentes, para seleccionar la mejor oferta. Esta norma fue modificada por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, que bajo la denominación Maduración de proyectos, en estricto sentido para las entidades del Estado, cumplir previamente las exigencias internas necesarias para concretar la necesidad y la procedencia de la contratación como mecanismo idóneo para su solución, precisando la existencia de recursos económicos para ejecutar el contrato. Además, en el análisis previo se debe establecer cuáles serán los impactos económico, social y ambiental del contrato a realizar, hecho que es muy importante, porque toma el contrato en un contexto de ejecución técnica y la vincula como proyecto, al cumplimiento de unas metas establecidas previamente en unos planes.

El artículo 26 de la Ley 80 de 1993 expone el Principio de Responsabilidad, señalando la planeación objetiva, que es la actuación responsable de los partícipes en el proceso contractual atendiendo los fines del estado, funcionado como medios para la realización de la función pública que debe satisfacer necesidades de la comunidad, como medio para mejorar su calidad de vida y posibilita su desarrollo.

En el numeral 3 del mencionado artículo 26 se alude a la planeación en la etapa precontractual, señalando que previo a la contratación, debe tenerse pleno conocimiento de lo que se necesita y de los recursos con que se cuenta para garantizar que efectivamente el objeto a contratar suple una carencia. Esta norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, el cual exige la publicación con el pre- pliego, los estudios previos, resaltando que "...la información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, eficiente y oportuna", de donde se colige el deber para la administración, de establecer objetivamente cuál es la necesidad y cómo dar solución a la misma. Esto pone en evidencia que la necesidad no se suple con la celebración del contrato, sino con el logro en condiciones de calidad y oportunidad del bien o servicio que se espera recibir, por lo que se estima que la planeación debe ser integral y dinámica para que abarque hasta ese momento.

También se tiene que señalar el artículo 5° de la norma en cita, que modificó el concepto de selección objetiva plasmado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en donde se tiene en cuenta considerar la oferta más beneficiosa, buscando optimizar recursos, obtener más

con menos, lograr que las obras contratadas tengan funcionalidad, continuidad, perdurabilidad, mantenimiento preventivo y correctivo, que se garantice su estabilidad funcional, su durabilidad, contando con opciones de mejoramiento y sostenimiento. Todas estas son actividades asociadas a la planeación en función de la necesidad, que no están de manera explícita en estos artículos de la ley en cuestión.

Con la expedición de 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", se establecieron medidas de lucha contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Se entiende que la corrupción es un fenómeno dinámico de carácter internacional, que impone el deber a todos los estados de buscar mecanismos para combatir este flagelo de grandes proporciones para la sociedad. En ello están comprometidos los países que han adherido a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Colombia mediante la Ley 970 de 2005. Esta norma, en materia de contratación estatal, toca temas como el régimen de inhabilidades, la responsabilidad fiscal y disciplinaria que asiste a los asesores, supervisores e interventores, la maduración de proyectos, el debido proceso en materia sancionatoria contractual, el manejo de anticipos y la creación de tipos penales, entre otros.

En el artículo 68 de la norma en cita trata de las funciones de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y le asigna en el literal b), la función de realizar informes producto de evaluar los planes, políticas y programas atinentes a la lucha anticorrupción, lo cual no puede ser llevado a la práctica de manera especulativa, sino que requiere de un examen objetivo a la contratación pública en general, identificando los casos en los que se han presentado anomalías para estudiarlas científicamente y saber sus causas, lo cual requiere evaluar los métodos aplicados de planeación en las fases precontractual, contractual y poscontractual de las obras públicas.

Pero el literal que claramente considera de forma implícita la planeación es el e), toda vez que le asigna a la citada Comisión el deber de seguimiento a las medidas adoptadas en la norma, para mejorar la gestión pública en los diferentes aspectos, entre otros, en el de la contratación estatal. Se establece allí que es preciso examinar la llamada apertura democrática de la administración pública; medir estadísticamente el acceso a la información pública en

materia contractual, la publicación en medios masivos y los servicios de atención al ciudadano, entre los que se concibe la veeduría ciudadana en el desarrollo y cumplimiento de las obras públicas. Al respecto es importante anotar que ninguna de esas funciones puede llevarse a cabo sin evaluar la planeación aplicada en cada caso de contratación pública en los ítems referidos. A ello se suma lo dispuesto en el literal d) del artículo 72, que describe y enumera las funciones que le corresponden al Programa Presidencial de modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción en el que se habla de mecanismos y herramientas diseñados para el fortalecimiento institucional y la participación de los ciudadanos en el control social, para el desarrollo de una cultura de moralidad en el manejo de lo público y en la contratación pública, actividades que deben partir de examinar con lupa las fallas de planeación que se han cometido, bien sea por omisión o con dolo y crear, al mismo tiempo, mecanismos de planeación que permitan el control y la prevención de actos de corrupción y de negligencia en materia de contratación, en la administración pública.

En los artículos 82 al 96 se plantean aspectos relacionados con el control a la ejecución de los contratos, por medio de los supervisores e interventores, señalando de manera expresa sus funciones, en términos de un trabajo experto que coadyuve a que los administradores, gerentes, representantes legales del Estado, contraten y vigilen el desarrollo de las obras de manera técnica, buscando que cada contrato solucione la necesidad para la cual fue concebido. Debe tenerse en cuenta la precisión del párrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, en el que se establece que "...Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal...".

De otra parte, atendiendo la reciente expedición del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", se debe resaltar que esta norma no reglamenta el estatuto de contratación, como lo indicaba el Decreto 734 de 2012, sino el sistema de compras y contratación pública, sin que por ello se deje de lado la aplicación de los principios rectores de la actividad administrativa contractual.

Revisado el Decreto 1510 de 2013, no se encuentra la definición de planeación, pero se posiciona en un marco conceptual, en el que se reglamentan deberes como el de presentar el plan anual de adquisiciones, la elaboración de estudios del sector, el cumplimiento de procesos

de planeación, contratación y ejecución, atendiendo el criterio de que planear es anticipar lo que va a suceder, o simplemente prevenir problemas del contrato y omitiendo que este es una herramienta al servicio de los fines del Estado, para procurar la materialización de la solución a una necesidad.

Estimamos que este decreto, al definir el proceso de contratación como el conjunto de acciones divididas en actos y actividades, pone en un sentido lineal de sucesión una serie de acciones a cumplir por una entidad estatal cuando desea contratar. Dichas acciones abarcan desde la etapa de planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad, mantenimiento y todas las demás condiciones de disposición final, que tengan como objeto la recuperación del medio ambiente, lo cual de alguna manera contempla la valoración que debe tener la entidad frente al cumplimiento de obligaciones poscontractuales por parte del contratista.

Ahora bien, llama la atención el contenido de los artículos 4, 5, 6, y 7 de la norma en cita, que aluden al "Plan Anual de Adquisiciones", definido en el artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 como "...un instrumento de planeación contractual que las entidades estatales deben diligenciar y actualizar en los términos del presente decreto...", el cual debe ser publicado a más tardar el 31 de enero de cada anualidad, pero que no es obligatorio en su cumplimiento y que se debe actualizar por lo menos una vez durante su vigencia, cuando: "i) haya ajustes en los cronogramas de adquisición, valores, modalidad de selección, origen de los recursos, ii) para incluir nuevas obras, bienes y/o servicios; iii) excluir obras, bienes y/o servicios; o iv) modificar el presupuesto anual de adquisiciones" (art. 7 Decreto 1510 de 2013), por lo que la obligatoriedad del Plan de Contratación está en entredicho, pues es deber su actualización mínimo una vez y por causas que permiten cualquier situación. En ese orden, la tensión entre la obligatoriedad del plan y su flexibilidad, claramente fue solucionada en favor de una amplia flexibilidad, que afecta sin lugar a duda el principio de planeación (Gómez Lee, 2013).

No se puede desconocer que a partir de la función de creación de documentos estandarizados, de guías y de manuales a cargo de Colombia Compra Eficiente, se está avanzando sobre la consolidación de un criterio que busca encontrar soluciones a las necesidades de cada una de las entidades, generando instrumentos que sirven de herramienta para fortalecer la planeación de la actividad administrativa contractual. Por tal razón,

estimamos que estos manuales son un avance para facilitar la planeación con eficacia y eficiencia de las decisiones, ratificando, así, nuestra posición inicial frente a que la planeación abarca más allá de la preparación del contrato, porque está presente en todas las etapas del desarrollo de la obra, lo cual implica la entrega de la obra, la atención a la carga ambiental, el cumplimiento de las garantías, sin desconocer que cada una de estas actividades también reviste planeación. Ahora bien, esta norma exige que en el estudio previo quede la evidencia sobre el análisis del sector al cual pertenece el contrato (art. 15 Decreto 1510) desde una perspectiva legal, técnica, comercial, financiera y organizacional, apoyando el concepto de planeación dinámica porque exige a la entidad conocer de manera ordenada el entorno del futuro contrato, para precaver situaciones y posibilitar soluciones, ante eventos que tengan incidencia en el resultado del objeto contractual.

De acuerdo con la Ley 152 de 1994, "Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo", se tiene que los principios rectores de la planeación a nivel estatal son: a) autonomía, b) ordenación de competencias, c) coordinación, d) consistencia, e) prioridad del gasto público social, f) continuidad, g) participación, h) sustentabilidad ambiental, i) desarrollo armónico de las regiones, j) proceso de planeación, k) eficiencia, l) viabilidad, m) coherencia y n) conformación de los planes de desarrollo. Estos principios son aplicables en contratación pública a todas las formas y a todas las entidades del Estado, que al contratar obras de impacto social, con el objetivo de brindar bienestar a la Nación y al desarrollo del país, deben cuidar las finanzas públicas, haciendo los estudios previos necesarios para contratar lo necesario, sacando el máximo rendimiento por medio de análisis contables y financieros; teniendo prospectiva de presupuestos; determinando el costo/benéfico de manera técnica; estableciendo científicamente la factibilidad de las obras, su desarrollo y sustentación a corto, mediano y largo plazo y su impacto en la comunidad y el medio ambiente, para obtener obras que puedan ser sostenidas por un tiempo suficiente que amerite la inversión del Estado. Todo lo anterior, bajo criterios de atender lo prioritario, evitando obras suntuarias, inconclusas o denominadas coloquialmente como "Elefantes blancos", y además pondrá como base del sistema de contratación pública la defensa de los recursos naturales, la cultura nacional, la diversidad biocultural en condiciones de equidad y armonía social, atendiendo las necesidades de la población más vulnerable.

Se basará en un seguimiento técnico precontractual, contractual y pos-contractual que garantice que las obras cumplan con mínimos de eficiencia y calidad para que el gasto público sea una inversión y no un despilfarro, dentro de marcos de legalidad, transparencia, publicidad y lucha contra la corrupción, evitando el detrimento patrimonial del Estado y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y particulares.

Pero, como ya hemos anotado, no se aprecian mecanismos aplicables dentro en un concepto de planeación dinámica, como por ejemplo la inclusión de cláusulas de mejora progresiva de la calidad, tal vez por un poco de temor a que los mismos, a cambio de ser valorados y aprovechados en favor de la ejecución de los contratos para que estén ajustados a las reales necesidades de la comunidad, se usen de manera arbitraria, para la satisfacción de lucros personales, desconociendo el papel de colaborador del Estado que le asiste al contratista.

REQUISITOS DOCUMENTALES DE LEY ETAPA DE PLANEACION

Documento	Clase	Regla
ETAPA DE PLANEACION		
Publicación del proyecto de inversión. Documento Técnico de soporte DTS.	Trámite o impulso	Art. 77 ley 1474 de 2011
Análisis del sector	Trámite o impulso	Art. 2.2.1.1.1.6.1. decreto 1082 de 2015
Estudios Previos	Trámite o impulso	Num. 12 art 25 ley 80 de 1993, Art. 8 ley 1150 de 2007. Art 20 decreto 1510 de 2013.

INCIDENCIA DE LA ETAPA DE PLANEACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL DE OBRA

Teniendo en cuenta todo el material recopilado para el desarrollo del presente trabajo, se puede afirmar que:

- La planeación en todos los contratos estatales, está directamente relacionada con los principios de transparencia y legalidad, y aunque estos no estén taxativamente expresados en la ley, la doctrina y la jurisprudencia si adopta como principios, relacionándolos con todo el trámite licitatorio, aduciendo que la administración Pública debe prepararlo previamente, poniendo en primer lugar, los pliegos de condiciones o términos de referencia; precisando todas y cada una de las exigencias, a fin de que la selección o escogencia del proponente arroje un resultado eficaz.

Así mismo, las reglas objetivas y claras juegan un papel importante para la confección de la oferta, para solicitar objetivamente e impedir la declaratoria de licitación o concursos desiertos; fijando las condiciones rigurosas de costo y calidad de los bienes, obras y servicios objeto del contrato, también señalando el plazo del contrato y las condiciones generales y particulares de ejecución.

- Lo que se busca, es invitar al estudio de cada propuesta como su fuera única, así como cada una de las presentadas por cotejo, a fin de señalar la mejor; otorgándole a los interesados la oportunidad para conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones de los documentos de licitación, mediante el señalamiento de instancias gubernativas para objeción, aclaración y recursos, así como expedición a quien muestre interés de copia de la actuación sin perjuicio de la reserva legal de patente, procedimiento o privilegio, en concordancia con los criterios de algunos doctrinantes.

Aunado a esto, el legislador afianza el criterio de transparencia el cual debe recaer en el funcionario que abre el proceso licitatorio a fin de que este no incurra en desvío de poder o extralimitación de funciones, toda vez actúa en forma íntima y manifiesta en debido ejercicio de su competencia para los fines previos en la ley.

En tal sentido, y escogida la mejor propuesta, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el pliegos de condiciones, el jefe de la entidad licitante proferirá acto administrativo motivado de adjudicación, el cual se le notificará personalmente al proponente

favorecido como lo dispone la ley; si la adjudicación no tiene lugar en audiencia pública, y comunicando únicamente a los proponentes fallidos.

Este acto de adjudicación es irrevocable y obliga por tanto a la entidad y al judicatarario quien deberá suscribir el contrato en el término fijado por el pliego de condiciones, si la suscripción no se logra por culpa del judicatarario, la entidad contratante tomará la garantía de seriedad de la propuesta, a título de sanción sin perjuicio de acciones legales para otros reconocimientos.

Por tanto, de no celebrarse el contrato con el proponente situado en primer lugar, por acto administrativo motivado, la entidad contratante podrá adjudicarle el contrato al proponente que viene enseguida si su propuesta es enteramente favorable para la entidad. (Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio (2007)

Teniendo en cuenta lo anterior, una buena planeación de un contrato, se tendrá una adecuada ejecución y en este sentido se enunciarán algunos de los requisitos para que se pueda dar inicio a la ejecución de un contrato.

Con base en los pliegos de Condiciones, el contratante debe hacer las evaluaciones necesarias para seleccionar al contratista que ofrece la propuesta más conveniente, la cual debe contener todas las precisiones técnicas, jurídicas y económicas necesarias para la ejecución de la obra licitada, los requisitos mínimos exigidos a los licitantes para que puedan participar en el evento y los criterios y procedimientos de adjudicación.

Respecto a la ejecución de los contratos, la más frecuente falla consiste en diversos errores como las cantidades de obra por ejecutar, lo cual se debe a la falta de estudios completos de tales obras. En ciertas oportunidades internacionalmente se incurre en la práctica de recortar las cantidades de obra, para adecuarlas a las limitaciones presupuestales de la entidad contratante. Así en muchas ocasiones se abre a licitación una cierta obra, pero el adjudicatario termina ejecutando en realidad otra diferente a aquella para la cual presento su oferta, aun cuando ambas sean referidas al mismo objeto.

En estas condiciones, y como consecuencia de la imprecisión de los estudios previos a la licitación, la entidad termina haciendo una evaluación completamente descaminada, y otorgando puntajes, haciendo promedios y cálculos acerca de las excelencias de las propuestas, sobre una base irreal. En efecto cada contratista ofrece precios calculándolos sobre las cantidades y unidades de obra que trae el pliego de condiciones. Pero si estas unidades y

cantidades de obra resultan ser notablemente diferentes a las que se van realmente a ejecutar, tanto las ofertas presentadas como las evaluaciones realizadas, están basadas en datos errados y no pueden conducir a encontrar realmente la oferta más favorable a la entidad promotora del certamen licitatorio, y los estudios sobre la favorabilidad de las propuestas serán aplicables a una obra diferente a la que realmente debe realizarse, por lo cual, mediante ellos no podrá establecerse cual, entre las presentadas es la propuesta más conveniente.

Por ello es de esperarse que los funcionarios responsables de los procedimientos contractuales, exijan las dependencias oficiales encargadas de elaborar los pliegos de condiciones, que antes de abrirse los procesos licitatorios, se tengan estudios técnicos con un razonable nivel de precisión, para permitir que las evaluaciones de las licitaciones se hagan sobre bases reales y no sobre supuestos que en su mayoría resultan fallidos.

¿Qué sentido tiene establecer cuál es la propuesta más favorable para la ejecución de una obra que proyecta ejecutarse, si en el momento de adelantar los trabajos, nos percatamos que el favorecido con la adjudicación debe realizar en realidad otra diferente a la proyectada y a las cantidades e ítems de trabajo presupuestado no son los mismos que deben ejecutarse? En tal caso la evaluación de las ofertas fue un esfuerzo inútil y fallido, pues de haberse realizado con las cantidades y unidades de obra que verdaderamente se requería ejecutar, la propuesta favorecida seguramente habría sido otra.

Cuando el proceso licitatorio se adelanta sobre la base de estudios técnicos y proyectos incompletos o errados es porque indudablemente existe una mala planeación desde el comienzo y, por ende, termina siendo un ejercicio ilusorio que nada le aporta a las conveniencias e intereses de las Entidades Públicas, ni cumple con el propósito para el cual fue establecido. Con esto, se ha cumplido solamente las formalidades que dispone la ley, pero realmente no se ha seleccionado la propuesta más conveniente, dado que ni siquiera se sabe a ciencia cierta cuál es el proyecto a ejecutarse.

Es extremadamente dañino montar licitaciones sobre estudios y diseños errados, superficiales o incompletos, pues ellos condicen a procesos de selección en los que es imposible escoger la propuesta más favorable a la obra o contrato por ejecutar, por carecerse de unos de los extremos más necesarios para realizar el juicio de valor que permita comparar las ofertas.

Frente al agresivo progreso de la corrupción administrativa, las investigaciones y escándalos organizados en la actividad contractual de las entidades públicas son cada vez más numerosos, es por esto que mientras no opere el freno moral y la voluntad de los funcionarios Estatales, no habrá norma jurídica que se los impida; con el paso de tiempo, los frenos y obstáculos que pueda establecer la legalidad, comenzarán a mostrar sus resquicios, aberturas, fallas y esguinces.

Es por ello que estima el autor que ninguna ley podrá por sí sola ganarle la partida a la imaginación de quienes tienen el firme propósito de violarla.

Los actuales mecanismos de control se han mostrado ineficaces para evitar que se apliquen indebidamente las normas de los procesos de selección del contratista y demás disposiciones sobre la materia, dado que el único control efectivo es posterior y sus efectos solo se ven después de un largo, dispendioso e incierto proceso disciplinario, fiscal, penal o contencioso administrativo.

El autor propone que se establezca un sistema de veeduría de la contratación siguientes funciones:

- Evaluar la planificación, racionalidad, coherencia y pertinencia de la contratación de los distintos sectores oficiales, esto es, si existen se desarrollan y cumplen en cada uno de los sectores dependientes de los ministerios y Departamentos Administrativos, políticas y metas que persigan objetivos concretos y racionales que eviten desperdicios de recursos y actuaciones contradictorias con el propósito de informar al competente, las incongruencias, ineficiencias contradicciones y desperdicios entre otros que sean consecuencia de la incorrecta ejecución, coordinación y orientación de la actividad contractual, buscando que se tomen medidas para corregir errores cometidos y pueda orientarse racionalmente la contratación a cada sector.
- Conocer de las observaciones y planteamientos que hagan los intervinientes en los procesos de selección de contratistas con el fin de detectar a tiempo irregularidades o conductas contrarias a las políticas de gobierno, advertir de ellos a los funcionarios respectivos, para tratar de evitar que se hagan adjudicaciones contrarias a la ley y a los pliegos de condiciones o términos de referencia.
- Informar a los superiores de los funcionarios que a su juicio incurran en violaciones de las normas de contratación estatal y de las políticas de limpieza y transparencia, que

imponga el gobierno tanto en los procesos de selección, como en el desarrollo, ejecución, liquidación y solución de controversias de los contratos estatales con el fin de que estos puedan valorar la actividad de tales subalternos y resolver sobre su permanencia en los cargos. Estos informes incluirán, cuando a ello haya lugar las recomendaciones de separación de sus cargos de los funcionarios que, a juicio de las veedurías, se hagan merecedores de tal procedimiento.

- Estructurar, bajo las orientaciones del Presidente de la República, unas políticas de la contratación estatal, que incluyan directrices sobre la mejor manera de adelantar los contratos del Estado. (Escobar Henríquez, Álvaro -1999)

En relación con las falencias de la planeación (Aponte Díaz, Iriana - 2014) se cuestiona del ¿Por qué hay falencias de planeación en el desarrollo de obras públicas contratadas por el Estado? Y a su vez llega a una conclusión previa de que los intervinientes en el proceso, esto es, contratantes y contratistas, al ceñirse al marco normativo vigente, confunden tener un plan para contratar en cuanto a diseño del proyecto, estudios previos, presupuesto y planos entre otros, con planeación, y no se distingue en forma sistemática la diferencia categorial, conceptual y práctica que hay entre plan y planeación. Aduce la catedrática que en tal confusión han incurrido el legislador como los operadores administrativos, doctrinantes y administradores de justicia.

Así mismo afirma que la ejecución y cumplimiento efectivo del contrato Estatal, lleva inmerso el desarrollo de las actividades necesarias para su terminación ajustada a las cláusulas negociales entre las cuales se encuentran el objeto, la contraprestación, el término de ejecución y la garantía, pero además la obra, bien o servicio debe ser entregado funcionando dentro de los marcos de la garantía post contractual, por tanto lo anteriormente descrito, requiere de planificación antes de su realización, para que su ejecución y desarrollo sean exitosos en la materialización del contrato, obteniendo así la satisfacción al poner en funcionamiento la obra ejecutada.

El ordenamiento jurídico y los intervinientes en la contratación estatal, han limitado el concepto de planeación, a un tema de estudios previos, los cuales se desarrollan en la etapa pre contractual, descuidando así las otras etapas del proceso, las cuales y sin duda alguna también requieren planeación toda vez que son parte en la ejecución y por ende ingresan en un sistema de cumplimiento dentro de los fines del Estado.

Por su parte, el factor fundamental de la planeación adecuada de todo proceso de contratación pública, es el conocimiento real y efectivo sobre la necesidad de satisfacer, qué es lo que se requiere contratar, con qué recursos se cuenta y sus términos de ejecución presupuestal respecto de la obra requerida por la comunidad, que factores que inciden en el desarrollo de los procesos que se van a realizar, así como definir, asignar y estimar los riesgos previsibles.

Mirando retrospectivamente la historia de lo que ha sucedido, definiendo las causas y efectos, y reconociendo los fenómenos asociados al cumplimiento de los contratos y la ejecución de las obras dentro de un marco racional, es factible definir acciones, manuales, protocolos y planes de intervención en situaciones que se pueden presentar en el desarrollo del contrato. Todo esto debe estar plasmado en estudios y documentos previos a todos los contratos estatales, materializándose durante toda la actividad administrativa de contratación, que va desde la necesidad hasta el cumplimiento de los términos de la garantía.

El artículo 37 del Decreto 1510 de 2013, establece como obligación posterior a la liquidación del contrato que una vez agotados los términos de las garantías o las condiciones de recuperación ambiental de las obras o bienes, se realice el cierre del expediente del proceso de contratación, lo que reafirma la necesidad de entender la planeación desde el punto de vista dinámico que solo se agota en la medida que se tenga debidamente solucionada la necesidad que motivó el proceso administrativo de contratación

De otra parte, la sección tercera del Consejo de Estado en su sentencia 6800123-15-000-1998-01743-01, de 24 de abril de 2013, y en concordancia con la Constitución Política Art. 209, Ley 80 de 1993 Art. 23, afirma que el deber de planeación en los contratos del Estado debe siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; es por esto que la planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo el procedimiento previo a la formación del contrato, pero ese parámetro de oportunidad, también persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no solo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración.

Por otro lado el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la carta y en el artículo 25 de la Ley 8° del 93, 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, no solo podrán aprovechar eficientemente los servicios públicos, sino que además podrán cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva con el propósito de satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Así mismo Consejo de Estado en sentencia 6800123-15-000-1998-01743-01, de 24 de abril de 2013 - ECE SIII E 15469 de 2007, señala que las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación por cuanto en virtud de este, resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis lo suficiente mente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar entre muchos otros aspectos relevantes los siguientes:

La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por modalidad o tipo contractual que se escoja, las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios entre otros; cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, los costos, valores y alternativas, que a precios de mercados reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de bienes, obras y servicios, que se pretenden y quieren contratar, así como la modalidad u opciones escogidas para el efecto; así mismo la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para sumir las obligaciones de pago que se deriven de la obligación de ese pretendido contrato, la existencia o disponibilidad en el mercado nacional o internacional de proveedores, constructores y profesionales entre otros; en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante y los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista para la eficaz celebración y ejecución del contrato que se pretenda celebrar.

En el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal– en ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos. En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones. Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993.

De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias.

Es por esto que, por la naturaleza misma del objeto a contratar, los criterios de selección varían en cada proceso y dependen de una adecuada etapa de planeación que debe efectuar la entidad para adelantar el proceso de licitación pública o concurso de méritos, es decir, de la realización de unos apropiados estudios previos que aseguren la consagración de unos criterios de selección que le posibiliten a la entidad la certeza de que la propuesta a escoger garantizará el desarrollo del objeto contractual materia de la adjudicación en el proceso de selección (Sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074)

Por todo lo anteriormente expuesto, la realización y cumplimiento efectivo y eficaz de un contrato estatal, cualquiera que este sea irá siempre de la mano de una serie de actividades imprescindibles pero necesarias para su ajustada terminación sujeta a las cláusulas negócias, dentro de las cuales encontramos: el objeto, la contraprestación, el término de ejecución y la garantía pero además, la obra, el bien o servicio, deben ser entregados dentro de los plazos

establecidos y funcionando dentro del marco de la garantía pos contractual; Por ende y en base a los criterios jurisprudenciales y del Consejo de Estado todo lo anteriormente relacionado, requiere de una buena planeación en su realización, ejecución y desarrollo, para hacer exitoso el contrato celebrado y obtener satisfactoriamente la necesidad de una comunidad, entidad, sociedad, poniendo así en funcionamiento la obra contratada.

REQUISITOS Y DOCUMENTOS HABILITANTES Y ASIGNACION DE PUNTAJE

La capacidad jurídica, condiciones de experiencia, capacidad financiera y organización de los proponentes no se evalúa son objeto de VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO.

La potestad de configuración del legislador en materia de contratación estatal

De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso de la República compete “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”

En virtud de la potestad de configuración que se comenta el Congreso tiene libertad para regular los aspectos más significativos de la contratación pública como son los referentes a las cláusulas excepcionales, la clasificación de los contratos estatales, los deberes y derechos de las partes contratantes, la competencia y capacidad para contratar, principios fundamentales, nulidades, control de la gestión contractual, responsabilidad contractual, liquidación de los contratos y solución de las controversias contractuales, entre otros, todo dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a los parámetros constitucionales.

Además, por la circunstancia de que el legislador haya previsto que las condiciones del oferente no son calificables sino verificables, no se puede presumir la selección de un contratista no idóneo para el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato, puesto que es obligación de las entidades establecer en los pliegos las condiciones que en su concepto deben cumplir quienes aspiren a suplir las necesidades de la administración. De manera que una vez verificadas estas, la entidad pueda seleccionar la mejor oferta, pudiendo para ello en procesos de licitación pública, cuando así se determine que la oferta sea presentada total o parcialmente de manera dinámica, mediante subasta inversa en las condiciones señaladas por el reglamento, sin que ello implique la vulneración del interés general.

Con la expedición de la ley 1150 de 2007, la ley 1474 de 2011 y los decretos reglamentarios de los procedimentales de las modalidades de selección en la contratación estatal, la jurisprudencia del consejo de Estado y la doctrina comenzaron a determinar la etapa de planeación contractual como un principio.

La planeación actualmente ha adquirido el rango de principio como parte integrante o manifestación del principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y como se desprende de lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 12 a 14 de esta disposición.

Se puede concluir que la etapa de planeación se fortaleció y concretó como principio a partir de la ley 1474 de 2011, con lo que la ley denominó *maduración de proyectos*, y la obligatoriedad para las entidades públicas de publicar los proyectos de inversión, esto es la ficha técnica del proyecto en las páginas WEB de las mismas, la elaboración y publicación del plan de acción y planes de adquisiciones, estudios de mercado de costo y calidad de obras, viabilidad técnica, impacto social, económico y ambiental, como documentos previos al inicio de cada vigencia fiscal, que todas las entidades estatales que ejecutan recursos deben elaborar previamente como soporte de la futura contratación.

Actualmente el principio de planeación ha adquirido una importancia de primer orden, hasta el punto que el Consejo de Estado ha planteado que la violación al principio de planeación constituye un objeto ilícito que genera la nulidad absoluta del contrato estatal (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 66001233100019990043501 (24809), oct. 20/14, C. P. Jaime Santofimio)

La ley 80 de 1993 no hace referencia directa al principio de planeación, el cual se deduce por interpretación del principio de economía desarrollado en el artículo 25, mediante la obligatoriedad para las entidades estatales de analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato (Num 7) y la elaboración previa a la apertura del proceso de selección o de la firma del contrato, de los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones según el caso.

Cuando la norma hace referencia a la planeación antes de la firma del contrato, se debe entender que se refiere a la modalidad de selección mediante contratación directa.

El principio de planeación continuó su estructuración y concreción vía reglamento, mediante los decretos 066 de 2008, 2474 de 2008, 734 de 2012, 1510 de 2003 y actualmente 1082 de 2015, los cuales han señalado los elementos que debe contener los estudios previos, como parte esencial del principio de planeación, lo cual se analizará en detalle más adelante.

La Corte constitucional ha dicho que el “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”.

También que la planeación es una manifestación de la carga en cabeza de la entidad contratante de revelar la información importante del contrato (Corte Constitucional Sentencia C-300 de 2012).

El Consejo de Estado ha señalado que la planeación contractual es uno de los más importantes principios que informan la actividad contractual y cuyo cumplimiento resulta obligatorio por parte de las entidades del Estado y que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

- La verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- 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;
- 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 cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.
- 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;
- La disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;

- 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;
- los procedimientos, trámites y requisitos de 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 (Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854)

Entre otros pronunciamientos sobre la importancia de la planeación en los contratos estatales, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado” (Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del primero de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603).

Se quiere demostrar a través del presente trabajo, que la planeación contractual es la etapa más importante de todo el proceso, toda vez que esta es la que realmente le enseña a la entidad, que y porque se requiere contratar, como, cuando, conque, donde; determina los aspectos técnicos, de costo, económicos y financieros, sociales, ambientales, lo que se conoce como viabilidad, aspectos legales como licencias, permisos, autorizaciones y todo el espectro general y específico de la futura contratación, de tal modo que de la etapa de planeación, surgen los pliegos de condiciones los cuales determinan el éxito o fracaso del proceso, y se constituye como el insumo principal del contrato y su ejecución.

Principio de legalidad

La planeación está ligada al principio de legalidad, el cual en materia de contratación implica que todas las actuaciones administrativas deben estar de acuerdo con las normas que

rigen los procedimientos contractuales y los requisitos documentales en cada etapa que dichas normas exigen.

Es así como la Constitución Política de 1991, en el artículo 84 como desarrollo del principio de legalidad en las actuaciones administrativas de toda clase, ha dispuesto que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

En este sentido se parte de la base que la contratación estatal es una actividad netamente reglada por la ley y las normas de procedimiento, en las cuales no debe dejarse ningún espacio de subjetividad o discrecionalidad de interpretación a cargo de las entidades públicas, especialmente en lo relacionado con la valoración jurídica de los documentos exigidos en los pliegos y la ponderación de los factores de selección; así mismo, la ley y los reglamentos contractuales deben guardar coherencia en cuanto a la aplicación concreta de principios y reglas consagradas, con el fin de eliminar los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o tipos legales en blanco o abiertos, que pueden dar a lugar a interpretaciones subjetivas por parte de los operadores contractuales de las entidades públicas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ley 1474 de 2011 en el numeral 5 del artículo 9 prohíbe a las autoridades, exigir documentos no previstos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión o crear requisitos o formalidades adicionales de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política.

FALENCIAS RELACIONADAS CON LOS REQUISITOS A CUMPLIR DEL CONTRATO DURANTE LA ETAPA DE PLANEACIÓN

La palabra **falencia** procede del latín *fallens, -entis*, engañoso; la Real Academia de la Lengua Española define el término, como *engaño u error*.

Para tal efecto, se aborda el tema realizando un análisis de los requisitos esenciales identificados en la etapa de planeación en los estudios previos y sus falencias desde la perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinaria.

REQUISITOS ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS PRINCIPALES ETAPA DE PLANEACIÓN CONTRACTUAL	
-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.	Numeral 2 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015
-La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.	Numeral 3 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015
- 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.	Numeral 4 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015
-Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.	Numeral 5 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015
-El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.	Numeral 6 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015
-Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación	Numeral 7 Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Decreto 1082 de 2015

Falencias en cuanto al 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.

Falencias en cuanto al objeto a contratar:

El objeto en general de los contratos públicos, persigue adquirir bienes, realizar obras, prestar servicios y consultorías.

El objeto del contrato se origina en la necesidad, la cual se fundamenta en el plan de desarrollo de la entidad, plan anual de adquisiciones, análisis del sector, y debe guardar coherencia entre sí y con los pliegos; denota una acción por lo cual está siempre precedido de un verbo, debe ser claro, preciso, conciso, determina que es lo que se va a contratar, es inmodificable y se estructura desde el estudio previo.

Falencias:

Muchos objetos de los procesos de selección de las entidades públicas relacionados con obras, consultorías y prestación de servicios son ambiguos y no guardan relación con los estudios previos, pliegos de condiciones y contrato celebrado.

Con la obligación para las entidades públicas de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, previo a la apertura del proceso de selección, ya no es posible, establecer en el objeto de los procesos de contratación de obras el diseño y la construcción de obra al mismo tiempo por disposición del art. 87 de la ley 1774 de 2011.

Pese a que la regla del principio de transparencia es clara y perentoria, en la práctica, muchas entidades públicas en todos los niveles, siguen estableciendo en los objetos de los contratos de obra, la contratación de diseños y construcción a cargo del contratista, omitiendo la obligación de contar con los diseños previamente, violando el principio de planeación, concretado en la maduración de proyectos de la ley, siendo esta situación un falencia detectada.

En este sentido, el autor Matallana Camacho (2013) al referirse a la modificación que la ley 1474 de 2011 introdujo al principio de planeación, señala en su obra que a pesar que la entidad estatal contrate conjuntamente los diseños y la construcción, deberá tener previamente sus propios diseños para poder ordenar la apertura del proceso de selección.

El consejo de estado en varias sentencias ha confirmado que la violación de las entidades al principio de planeación y legalidad, conducen a una nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

En este sentido en la sentencia NR 27315 del 24/04/2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa precisa que el objeto de esta sanción, es proteger el orden público y las normas imperativas, es decir, el interés general.

También en sentencia de fecha 31 de agosto de 2011 RN 2007409 Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sobre la importancia fundamental de elaborar estudios y diseños

previos y planos de la obra, indicó que su ausencia repercute en la formación y ejecución del contrato ocasionado problemas y obstáculos que pueden impedir su ejecución y elevar su costo.

La inobservancia de esta obligación a cargo de las entidades del Estado infringe el deber de planeación cuyo cumplimiento es obligatorio y por tanto, las hace caer en responsabilidad contractual.

Igualmente en jurisprudencia reciente el consejo de estado aclaró que no es permitido establecer en el objeto de los contratos de obra que se realizarán a precios fijos sin fórmula de reajuste.

En pronunciamiento del C.E. NR 2073391 del 27/03/2014. M.P.: Danilo Rojas Betancourt se determinó que es prohibido establecer en el objeto y contrato de obra que los precios unitarios sean sin fórmula de reajuste, toda vez que el reajuste y revisión de precios es un derecho del contratista, establecido en la ley y que las entidades deben incluir en el contrato la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática.

Falencias en las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución

Hacen referencia a los estudios y diseños en los contratos de obra especialmente, lo cual debe estar previsto desde los estudios de costos, analizando todos los detalles legales, técnicos y económicos que se requieren para la futura contratación.

Es importante determinar todos los permisos, licencias y autorizaciones que se requieran, por ejemplo, en un contrato de obra se requiere de licencia de construcción y licencia ambiental previa.

Los documentos técnicos mínimos para el desarrollo del proyecto, hace relación a los estudios y diseños previos para los contratos de obra y la ficha de especificaciones técnicas para contratos de compraventa.

Falencias

En el distrito capital y entidades territoriales muchas obras públicas relacionadas con la construcción de edificaciones, carecen de licencia de construcción y licencia ambiental, incluso la construcción de vías, siendo una falencia recurrente.

Falta de diseños técnicos de obra o confección incompleta que impide establecer cuáles son las características y especificaciones técnicas de la obra, que cantidades o ítem de obra son los que se van a emplear, que permitan evitar los imprevistos, sobrecostos en los materiales y

solicitudes de adiciones en valor y prorrogas en tiempo por parte de los contratistas a las entidades públicas contratantes, tan comunes en los contratos de obra pública en Colombia.

Falencias en la modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

Las principales modalidades de selección establecidas en la ley son las siguientes:

MODALIDAD	JUSTIFICACION	CONTRATOS
LICITACION PUBLICA	En función del presupuesto superior a la menor cuantía, características del objeto y naturaleza del proceso.	Obra, concesión, prestación de servicios técnicos mantenimiento y reparación.
Selección abreviada de menor cuantía	En función del presupuesto superior a la mínima cuantía e inferior a la cuantía para licitación pública y de acuerdo al objeto y características del contrato.	Prestación de servicios técnicos de mantenimiento, reparación, vigilancia.
SUBASTA INVERSA	En función de las características del objeto a contratar, que la ley denomina bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades.	Compra venta, suministro.
CONCURSO DE MÉRITOS	Destinación del servicio y el objeto a contratar, involucrando la experiencia, capacidad intelectual y la organización.	Consultoría, diseños, estudios técnicos, planos diagnóstico, proyectos de arquitectura, interventorías.
CONTRATACIÓN DIRECTA	En función de las causales taxativas establecidas en la ley, impulso de programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo deportes, cultura, recreación, capacitaciones, ambientales. Por su simplicidad y agilidad, ha adquirido gran relevancia, en la ejecución de presupuestos públicos.	Contratos interadministrativos, contratos de asociación, prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, persona natural.
MINIMA CUANTÍA	En función del presupuesto 10% de la menor cuantía.	Cualquier tipo

La ley 1150 de 2007 amplió las modalidades de selección ya no en función solamente del presupuesto asignado a las entidades públicas, sino que además se debe tener en cuenta las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la destinación del bien, obra o servicio.

Falencia

Las falencias generales en las modalidades de selección se presentan cuando las entidades deliberadamente deciden utilizar la contratación directa como modalidad preferida, sin tener en cuenta el presupuesto, características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la destinación del bien, obra o servicio y en detrimento de las otras modalidades legales.

También se ha logrado identificar otra falencia avalada por la ley, al permitir que se adjudiquen los procesos mediante convocatoria pública en todas sus modalidades cuando solamente se presente un oferente y este cumpla con las condiciones establecidas en el pliego, lo cual sirve de estímulo a las entidades estatales para direccionar pliegos a un solo oferente, previamente seleccionado y no permitir que haya concurrencia y pluralidad de ofertas.

La modalidad de selección de acuerdo al objeto que requiere la entidad contratar lo determina la ley, dando cierto margen de discrecionalidad en su escogencia a las entidades públicas, al señalar que las entidades podrán escoger cual modalidad aplican siempre y cuando se justifique.

Falencias contratación directa mediante contratos interadministrativos

Las falencias detectadas para esta modalidad en cuanto a los contratos interadministrativos, consiste en que la mayoría de entidades utilizan esta modalidad para contratar de manera directa con universidades públicas, las interventorías, violando la modalidad de selección que corresponde, esto es, el concurso de méritos y la prohibición de eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto contractual.

Esta situación tiene su origen en falencias, vacíos, ambigüedades y contradicciones del artículo 92 de ley 1474 de 2011, que regula la contratación directa mediante contratos interadministrativos.

Esta norma autoriza la celebración de contratos interadministrativos bajo la condición que las obligaciones derivadas del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señaladas en el acto de creación, y prohíbe de manera taxativa que las entidades estatales contraten de manera directa con universidades públicas contratos de obras, suministros, y prestación de servicios de evaluación, pero no dice nada de los contratos de consultoría.

Este vacío es aprovechado por las entidades públicas interpretando a contrario sensu, que la norma permite contratar de manera directa contratos de interventoría con las universidades públicas, siendo una práctica muy utilizada y generalizada en detrimento de la convocatoria pública mediante concurso de méritos para los contratos de interventoría.

Falencias contratación directa con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Otra falencia detectada, se relaciona con la contratación directa de obras, suministros, compra venta e interventorías mediante contratos de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro como asociaciones, corporaciones y fundaciones, sin idoneidad ni experiencia y objeto social muy amplio que hacen de todo.

Esta práctica se presentó con mayor intensidad en la ciudad de Bogotá Distrito Capital durante el periodo 2009 al 2014.

Un estudio realizado por la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República en el año 2013 denominado: “lupa a la contratación de las 20 Alcaldías Locales de Bogotá” mediante gráfica reveló los siguientes datos, relacionados con la contratación directa en las 20 Alcaldías Locales de Bogotá durante el año 2012:

3888 contratos directos en las 20 Alcaldías Locales de Bogotá año 2012.
\$ 426 mil millones presupuesto total contratado Alcaldías locales de Bogotá año 2012.
\$ 312 mil millones 73% de los recursos Alcaldías Locales, contratación directa año 2012.
\$ 158 mil millones 37% recursos Alcaldías Locales, contratos interadministrativos año 2012.
\$ 118 mil millones 20% presupuesto Alcaldías locales contratos de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro 2012.
\$ 27 mil millones de pesos 8.6 % del presupuesto localidades firma de más de 1950 contratos prestación de servicios año 2012.

Falencias contratación directa prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión.

El Consejo de Estado en sentencia NR 41719 del 02 de diciembre de 2013 MP Jaime Orlando Santofimio Botero sobre el contrato de prestación de servicios profesionales con persona natural ha dicho que lo característico, es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.

Conrado Roque Luis y Bohorquez Carlos Alberto consideran que lo más relevante para la celebración de un contrato de prestación de servicios es la experiencia o experticia en el tema objeto del contrato; muchas veces las entidades públicas otorgan mayor importancia a la idoneidad o títulos académicos sobre la experiencia específica, confundiendo conocimientos especializados con una especialización académica o posgrado.

Falencia

La falencia detectada consiste en que los jefes o representantes legales de las entidades públicas utilizan la contratación directa de prestación de servicios, para vincular personas en pago de favores políticos, generando clientelas y nominas paralelas, al prolongarse su vigencia en el tiempo mediante una relación laboral encubierta, que exige cumplimiento de horario y subordinación, ejerciendo funciones en la mayoría de los casos, iguales o similares al personal de planta, en detrimento al erario, acceso al servicio público por mérito, estabilidad laboral y necesidad del servicio.

Falencias en 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 del contrato se determina mediante el estudio de mercado, la ficha técnica del bien o servicio, el estudio de sector, los estudios previos y finalmente proyecto de pliegos. En todos estos documentos el valor asignado al futuro contrato debe ser coherente.

En este sentido, el valor estimado del contrato hace referencia al presupuesto asignado por la entidad para satisfacer la necesidad requerida a través de la modalidad de selección respectiva.

Las compras de bienes y servicios de características uniformes y de uso frecuente se deben realizar por las entidades públicas, a través de acuerdos marco entre Colombia Compra Eficiente y grandes superficies a través de un procedimiento más expedito y directo.

Falencia

Una falencia del proceso de compras en línea es que puede monopolizar las compras en pocos almacenes o cadenas de grandes superficie, con la consiguiente concentración de la riqueza y del ingreso en estas grandes empresas, dejando por fuera a los pequeños negocios

que también ofrecían y podían tener la posibilidad de acceder a comercializar sus productos con el estado.

El valor del contrato se respalda con la expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal –CDP- el cual debe ser expedido en la etapa de planeación y en ningún caso su valor debe ser inferior al que se determine en el análisis del sector, estudios de mercado, ficha técnica, estudios previos y se debe especificar en el proyecto de pliegos.

Cuando la entidad no cuente con la capacidad o conocimiento idóneo dentro de su planta de personal para realizar los diseños de la obra mediante los diseños y el análisis de precios unitarios de la misma, se debe realizar un procedimiento de selección mediante la modalidad de concurso de méritos para contratarlos y determinar el precio aproximado de la obra.

La entidad debe tener claro la cantidad y el valor de los materiales que se van a utilizar en la obra de manera detallada, más el valor de los costos de administración, imprevistos cuando la complejidad de la obra lo requiera y la utilidad o mano de obra para el contratista.

Precios unitarios en una licitación pública de obra.

Son aquellos que se establecen mediante unidades de obra determinada ejemplo una columna, un piso, una pared, medidas en metros lineales generalmente.

Mediante el precio unitario, la entidad pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, resulta de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución.

El Consejo de Estado mediante sentencia NR 24845 del 27/03/2014, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, los define como una herramienta para calcular el valor final del contrato de obra, mediante la aproximación de la cantidad de unidades requeridas para la ejecución de la obra y el valor de cada una.

Señaló que como es imposible establecer con exactitud, previamente a la ejecución del contrato, los montos totales que resultarán de realizar la obra contratada, la entidad en los pliegos y el contrato, aproxima un cálculo estimado de la cantidad o unidades de obra que se

requiere ejecutar, para que el proponente establezca en su propuesta los valores unitarios de cada unidad de obra prevista por la entidad.

En el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante, debe ser reconocida.

Falencia

Sobre las falencias detectadas en lo referente a los precios unitarios en los contratos de obras, tenemos que las entidades públicas en los contratos de obras no establecen la cláusula de reajuste de precios, posiblemente ante el temor de reconocer mayores costos por deficiencias en los estudios y diseños de la etapa de planeación, e inaplicación de la ley y la jurisprudencia que permiten la revisión y ajuste de precios o el temor a investigaciones de organismos de control.

El reajuste y la revisión de precios es conveniente cuando se ha presentado una situación previsible que afecta el equilibrio económico del contrato como el alza normal de los materiales por el transcurso del tiempo, el hecho del príncipe o el ius variandi, por lo cual resulta necesario establecer en el contrato de obra la cláusula de reajuste de precios y la fórmula matemática para materializarla, en caso de ser necesario con los debidos soportes y evidencias a fin de evitar que por vía judicial se hagan estos reconocimientos.

Costos directos e indirectos.

Los precios unitarios en las obras públicas se relacionan con la estimación del A.I.U., mediante el cálculo de costos directos e indirectos.

Cristancho González y Suarez Ríos en su estudio sobre la estimación del A.I.U. (administración, utilidades e imprevistos) en empresas que desarrollan proyectos de ingeniería civil en la ciudad de Bogotá, sobre los costos directos e indirectos precisan lo siguiente:

Costos directos

Son todos aquellos costos directamente relacionados con el precio neto de los materiales necesarios para llevar a cabo una obra.

Este costo de los materiales debe corresponder a precios de mercado y se deben determinar en los estudios del sector y los estudios previos bien sea a metro lineal, metro cubico, metro cuadrado o cantidad unitaria y total de material.

Costos indirectos

Corresponden, en los contratos de obra pública, al A.I.U., el cual es un porcentaje de los costos, destinado a cubrir:

- Los gastos de administración (A) -que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc-,
- Los imprevistos como situaciones extraordinarias o circunstancias exógenas ajenas a la voluntad de las partes contratantes, que era imprevisible porque no había modo de preverse al momento de la celebración del contrato que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos menores que surjan y que no afecte de manera grave el equilibrio económico del contrato.

La utilidad (U) –que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo.

El costo directo más el AIU, dará el precio unitario total de cada ítem.

Falencia:

En este sentido el AIU aplica sólo para contratos de obra mediante modalidades de selección por licitación pública y menor cuantía, no aplica para contratos de consultorías, compra venta, prestación de servicios, suministros, contratos interadministrativos, ni de asociación.

Muchas entidades públicas establecen el AIU a contratos diferentes al de obra pública, generando confusión y sobre costos, pues la figura aplica únicamente a procesos de construcción y no a compra o suministro de bienes y servicios.

Falencias en los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

La selección de propuestas es un elemento primordial y álgido en la contratación pública, toda vez que determina quién es el adjudicatario del proceso de selección y por ende el contratista.

Los requisitos a los cuales se les debe asignar puntaje y por ende son factores de selección, de acuerdo con el objeto del proceso son los siguientes:

Obras	Técnicos y económicos
Adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización y mínima cuantía.	Menor precio

Consultorías	Experiencia específica del oferente y equipo de trabajo.
--------------	---

Falencias en los requisitos y documentos de selección, comparación y subsanabilidad de propuestas.

Con la promulgación de la constitución de 1991 se pasó de un sistema rigurosamente formalista a uno más garantista, privilegiando lo sustancial sobre lo formal en los procesos judiciales y administrativos.

Ley 80 de 1993	Ley 1150 de 2007
Sólo se puede rechazar o excluir requisitos de la oferta y del proponente por el incumplimiento de documentos de los pliegos, necesarios para <u>comparar las propuestas.</u>	Sólo se puede rechazar o excluir requisitos de la oferta y del proponente por el incumplimiento de documentos de los pliegos, necesarios para <u>comparar las propuestas.</u> Los requisitos de la propuesta que no afecten la <u>asignación de puntaje,</u> son subsanables.

En materia de contratación administrativa, la Ley 80 de 1993 representó un gran avance con respecto al formalismo anterior imperante, pero no precisó, que se entiende por comparación de propuestas, dejando este término como un concepto jurídico indeterminado que otorgaba un gran margen de discrecionalidad y subjetividad a las entidades para definirlo a su conveniencia en los pliegos.

Falencia

Esto dio lugar como lo señala el Consejo de Estado en providencia del 26 de noviembre de 2015 NR 51376 MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, a que ante el incumplimiento o inobservancia de requisitos meramente formales, más no sustanciales, las entidades estatales rechazaran o eliminaran propuestas favorables para la satisfacción de sus intereses.

Esto se debió a que la ley 80 de 1993 en las reglas del artículo 30 sobre la estructura de la licitación pública, exige que las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones, entendiéndose las entidades que todos los requisitos allí establecidos eran de obligatorio cumplimiento y sin distinción alguna su ausencia en la propuesta era causal de rechazo.

Debió pasar mucho tiempo para que el Consejo de Estado en pronunciamiento del 12 noviembre de 2014, RN: 27.986 M.P. Enrique Gil Botero aclarara que ese fragmento de la

disposición no es totalmente rígido o absoluto y debe interpretarse en forma integral con las demás normas, principios y valores de la Ley 80, específicamente las que confieren a los oferentes la posibilidad de subsanar, aclarar o explicar su oferta, numeral 7 del art. 30 de la ley 80 de 1993.

La sentencia concluye que el art. 30.6 no rige o aplica a los requisitos simplemente formales, que son requisitos de participación en el proceso, sino que hace referencia a los requisitos que permiten comparar las ofertas, esto es, a los que se le asignan puntaje.

La finalidad de los requisitos formales solo es facilitar el examen de las propuestas, pero jamás afectan el contenido de la oferta, aunque sí la disciplina del proceso, según lo aclara la sentencia.

Paralelo al deber de los proponentes de ajustar su oferta a los requisitos de participación y comparación de los pliegos de condiciones, existe la obligación de la entidad pública, de la carga de claridad en la elaboración de los pliegos, mediante reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto del proceso, literal b) numeral 5 artículo 24 ley 80 de 1993, principio de transparencia.

Requisitos y documentos objetivos de la propuesta o factores de escogencia que asignan puntaje

La referencia legal a los requisitos de la oferta se encuentra en el párrafo del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 principio de selección objetiva.

Son los denominados por la jurisprudencia como requisitos de la oferta, que califican la propuesta.

La ley 1150 de 2007 y el decreto 1082 de 2015 los determinan en función de las modalidades de selección así:

MODALIDAD DE SELECCION	FACTORES DE ESCOGENCIA
LICITACION PÚBLICA	CALIDAD y PRECI
SELECCION AREVIADA MENOR CUANTÍA	CALIDAD Y PRECI
SELECCION ABREVIADA SUBASTA INVERSA.	PRECIO
CONCURSO DE MERITOS	EXPERIENCIA ESPECIFICA DEL OFERENTE Y EQUIPO DE TRABAJO EN EL

	CAMPO DE QUE SE TRATE.
MINIMA CUANTIA	MENOR PRECIO

Si los oferentes no los aportan al momento de presentar la oferta, la entidad puede rechazar esta en la evaluación, toda vez que en principio no se pueden aclarar ni subsanar. Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Así mismo, la sentencia del Consejo de Estado del 26 de noviembre de 2015 NR 51376 MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa aclara que la modificación de los bienes, especificaciones técnicas o cantidades de obra conduce al rechazo de una propuesta cuando no se ofrece lo requerido por la entidad, lo que evidentemente representa un incumplimiento sustancial del pliego y no hay lugar a la subsanabilidad, teniendo en cuenta que estos requisitos hacen parte de factores de comparación o asignación de puntaje de la propuesta.

Sobre la posibilidad de solicitar aclaración a los proponentes de estos requisitos y documentos, el Consejo de Estado sentencia de fecha: 12 nov-2014, NR.: 27.986 M.P.: Enrique Gil Botero, dice es viable, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente se aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe –sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance, contenido o acreditación, porque de la oferta se pueden inferir entendimientos diferentes.

Falencia

En el Factor calidad

El término calidad según el diccionario de la real academia española lo define como conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que otra de la misma naturaleza.

En las licitaciones públicas y selecciones abreviadas de menor cuantía, la calidad se presume en cuanto al objeto de lo que se pretende contratar; en una obra pública la calidad se debe entender, en cuanto a los materiales utilizados en la obra y especificaciones técnicas que permitan la mayor durabilidad y funcionalidad de la construcción.

En lo referente al factor de puntuación y selección calidad, la ley no determina que se entienda por esta y deja su definición a la interpretación de las entidades públicas, las cuales

por calidad de la propuesta lo relacionan con la experiencia y formación académica del equipo de trabajo propuesto por el oferente como parte de la oferta y la manifestación del proponente de apoyo a la industria nacional.

Esto representa una interpretación subjetiva que puede dar lugar a direccionar procesos contractuales en beneficio de un oferente previamente seleccionado, mediante la exigencia de experiencia e idoneidad del equipo de trabajo muy específica que muy pocos oferentes pueden cumplir, y una vez adjudicada solamente queda en el papel, porque dicho que dicho personal en la realidad no se emplea en la ejecución del contrato.

El numeral 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 permite lo anterior, al decir que solamente las condiciones de experiencia de los proponentes mas no de la propuesta son objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje.

Esta interpretación subjetiva y discrecional, es violatoria de la ley toda vez que únicamente en la modalidad de selección por concurso de méritos se permite asignar puntaje tanto a la experiencia del oferente como del equipo de trabajo propuesto por éste.

Falencias en el factor precio.

En cuanto al factor de selección precio, la norma permite que las entidades públicas escojan la ponderación, mediante puntajes o fórmulas, la mejor relación costo beneficio o la subasta.

Se ha detectado que la mayoría de entidades públicas utilizan fórmulas matemáticas como las medias aritméticas y geométricas las cuales garantizan que las propuestas económicas siempre se aproximen al presupuesto oficial y no representen ahorro real para la entidad.

Se detectó que en la práctica las entidades públicas no utilizan la mejor relación costo beneficio por su complejidad o la subasta en licitaciones públicas de obras, para la adjudicación al menor precio en subasta pública.

La norma reglamentaria también permite que en todas las modalidades de selección, se adjudique el proceso cuando se presente solo una oferta y esta cumpla satisfactoriamente con los requisitos y documentos exigidos en los pliegos de condiciones, lo cual favorece el direccionamiento y confección de pliegos para que solo un oferente previamente seleccionado

pueda cumplir estos requisitos y documentos exigidos en los pliegos, en violación de los principios de selección objetiva, igualdad, concurrencia y pluralidad de ofertas.

Requisitos y documentos habilitantes, subjetivos o sustanciales del proponente.

La única referencia legal sobre requisitos o documentos del proponente se encuentra en el parágrafo 2 del artículo 5 de la ley 1150 de 2011 principio de selección objetiva.

Como lo define el Consejo de Estado en jurisprudencia del 26 de noviembre de 2015 NR 51376 MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se refieren a las condiciones o calidades de los oferentes, sólo son objeto de verificación (cumple o no cumple) y, por ende no otorgan puntaje, salvo en algunos procesos de selección en los que, por la naturaleza del objeto o servicio materia del contrato, se requiere que algunos de ellos sean calificados, (experiencia en el concurso de méritos) deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza y al valor del contrato que se pretende celebrar, tales como la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia y la capacidad financiera y de organización de los proponentes.

Son comunes en general para todas las modalidades de selección, con algunas variables y condiciones menos rigurosas para la contratación directa y la mínima cuantía, concretándose en los siguientes:

CAPACIDAD JURIDICA	EXPERIENCIA	CAPACIDAD FINANCIERA	CAPACIDAD DE ORGANIZACIÓN
-Carta de presentación de la propuesta. -Certificado de cámara de comercio. -Registro único de proponentes. -Póliza de seriedad de la oferta. -Autorización representante legal por la junta directiva por límite cuantía para contratar. -Licencias o autorizaciones legales cuando sean asignadas al proponente. -Antecedentes penales,	-Acta de grado, diploma, tarjeta profesional. -Certificaciones - Contratos celebrados por el proponente. -Contratos celebrados por consorcios, uniones temporales y sociedades en las cuales el interesado tenga o haya tenido participación. -Clasificador de Bienes y Servicios en el tercer nivel de los bienes obras y servicios que se relacionen con el	Indicadores que miden la fortaleza financiera del interesado: -Índice de liquidez: activo corriente dividido por el pasivo corriente. -Índice de endeudamiento: pasivo total dividido por el activo total. Razón de cobertura de intereses: utilidad operacional dividida por los gastos de intereses. La capacidad financiera es un requisito sustancial, por lo cual no son	Indicadores que miden el rendimiento de las inversiones y la eficiencia en el uso de activos del interesado: -Rentabilidad del patrimonio: utilidad operacional dividida por el patrimonio. -Rentabilidad del activo: utilidad operacional dividida por el activo total.

disciplinarios y fiscales. -Verificación inhabilidades, multas y sanciones de los proponentes. La ausencia de capacidad jurídica del oferente es un requisito sustancial no subsanable.	objeto a contratar. -Capacidad de contratación.	subsanables.	
---	--	--------------	--

El Consejo de Estado en la sentencia antes mencionada ha manifestado que después de presentada la oferta y durante el proceso de selección, no hay forma de que puedan los proponentes subsanar o acreditar requisitos habilitantes que no tengan, porque sería mejorar o completar sus ofertas, pues deben cumplirse o haberlos adquirido previamente antes del cierre.

La mayoría de los requisitos habilitantes antes señalados, son certificados y se pueden verificar directamente en el Registro Único de Proponentes –RUP–, por lo que el Consejo de estado en la misma sentencia mencionada, así lo ha confirmado, en el sentido que la entidad no está facultada para solicitar documentos adicionales al oferente con el pretexto de constatar la información que allí se encuentra consignada y los demás participantes no pueden discutir, en el proceso de selección, la veracidad de los datos que constan en dicho registro.

En esta línea jurisprudencial, si estos documentos y requisitos fueron acreditados al momento de presentar la oferta pero están incompletos, no se comprenden o son contradictorios, la entidad tiene la obligación legal de solicitar aclaraciones o explicaciones a los proponentes. Numeral 7 artículo 30 ley 80 de 1993.

Si hay ausencia de estos requisitos y documentos, esto es, no fueron incorporados en la propuesta al momento de su presentación, pero el oferente contaba previamente al cierre con ellos, también pueden subsanarse y la entidad tiene la obligación legal de solicitarlos al oferente y este presentarlos hasta antes de la audiencia de adjudicación o durante su celebración, o durante el plazo que la entidad señale en los pliegos, so pena de rechazo. Parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

El pronunciamiento jurisprudencial antes referido menciona que en muchas ocasiones la falta de estos requisitos los advierten los demás proponentes durante el traslado que se les

da para revisar las demás propuestas y presentar observaciones al informe de evaluación y son utilizados para presionar a la entidad a su rechazo, por lo cual es necesario tener claridad en qué casos se puede subsanar y en qué casos no.

Si el defecto de la oferta es insubsanable de debe rechazar de plano la oferta. Ejemplo si la oferta no cumple con la capacidad financiera, se evidencia inhabilidades, incompatibilidades o sanciones.

Si el defecto se puede subsanar se debe pedir el documento o requisito que haga falta. Ejemplos: no presentó en la oferta certificado de cámara de comercio o el RUP o falta de experiencia, o la garantía de seriedad pero previamente ya la tenía.

Se rechaza de plano cuando se solicita subsanar el documento habilitante y este no es aportado o presentado hasta antes de la adjudicación o durante su celebración o el plazo otorgado por la entidad en los pliegos, o es adquirido posterior al cierre.

Requisitos de la oferta puramente formales que no comparan ni asignan puntaje.

El número de copias de la oferta, la tabla de contenido, el foliado, no aportar los documentos en el “orden” exigido, fotocopia de la cédula, RIT, RUT, falta de firma de la propuesta, exigencia de paz y salvos, formularios exigidos por la entidad que no asignen puntaje.

Las entidades NO deben rechazar las ofertas por la ausencia de estos requisitos ni siquiera cuando se soliciten y no se aporten, porque no afectan el contenido de la oferta, así lo señala el Consejo de Estado en sentencia del 12 noviembre de 2014, RN: 27.986 M.P. Enrique Gil Botero varias veces citada.

Requisitos y documentos subsanables

El Consejo de Estado en la sentencia Rad 27.986 del 12 de noviembre de 2014 M.P.: Enrique Gil Botero en análisis, señala que, se subsana lo que no existe esto es los documentos requeridos que no se aportaron a la propuesta.

Igualmente enseña que la expresión subsanar no tiene origen legal, se construyó a partir de la praxis de los operadores jurídicos, apoyados en las disposiciones de la ley 80, que permitían corregir aspectos de las ofertas requeridos por los pliegos de condiciones.

En este sentido, se infiere que los requisitos y documentos que se pueden subsanar son los del oferente, llamados también por la jurisprudencia habilitantes o subjetivos que no otorgan puntaje.

Eventos en que la entidad debe pedir aclaración y explicación:

Según la Sentencia a que antes se hizo referencia del 12 nov-2014, Exp. No. : 27.986 M.P.: Enrique Gil Botero, son tres los casos en que las entidades deben pedir aclaración y explicación a los proponentes:

INCOHERENCIA del contenido la propuesta	FALTA DE CLARIDAD de documentos y requisitos presentados en la propuesta.	Oferta con precio artificialmente bajo.
Cuando sobre un mismo aspecto o requisito la oferta cuenta con dos datos diferentes. Se recurre al pliego si ha establecido una regla que dirima el tema, en caso contrario permitir al proponente que explique y aclare el alcance de la propuesta.	Cuando su interpretación se dificulta, como cuando utiliza términos, conceptos o metodologías difíciles de entender. La entidad no entiende, no comprende su alcance o los términos empleados, así que necesita información adicional que lo precise. Alteraciones de forma que no inciden en el fondo del asunto. Si inciden en el fondo implica un cambio y se puede rechazar.	Artículo 28 del decreto 1510 de 2012. Una causal legal de rechazo la entidad de acuerdo con la información obtenida y el deber de análisis considera o parece que el precio de la oferta es artificialmente bajo. Es este caso la entidad debe pedir explicaciones al oferente de las razones del precio ofertado. Analizadas las explicaciones decide si rechaza o continúa con el proceso de evaluación.

Sobre la posibilidad de presentar explicaciones y aclaraciones Dávila Vinuesa (2003) ha dicho que en el plazo dispuesto para la evaluación de propuestas, las entidades pueden solicitar aclaraciones y explicaciones que requiera en relación con las ofertas; y que esta posibilidad se justifica para eventos de ambigüedad de la propuesta y no puede ser utilizada para que so pretexto de una aclaración se modifiquen, complementen, adicionen o mejoren.

En ejercicio de esta atribución no puede incorporar en las ofertas nuevos documentos pues se trata, de aclarar dudas en su presentación y no de cambiar o corregir ciertos aspectos.

El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.

En general el riesgo es definido por el diccionario de la lengua española como contingencia o proximidad de un daño.

En contratación es la probabilidad de ocurrencia de un hecho durante la ejecución de un contrato que puede llegar a causar un perjuicio económico a las partes.

A partir de la expedición de la ley 1150 de 2007, se hace referencia a la distribución de riesgos en los pliegos de condiciones, mediante su estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Este concepto se vino a reglamentar en el decreto 066 de 2008, relacionando los riesgos involucrados en la contratación como circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo, siendo previsible cuando se pueda identificar y cuantificar por un experto.

La norma persigue que a través de la tipificación se pueda cuantificar los riesgos para que no se afecte la ecuación o equilibrio financiero del contrato y que la utilidad calculada y esperada por el contratista al proponer se mantenga a un punto de no pérdida, sabiendo de antemano quien debe soportar el riesgo.

Por su parte el decreto 734 de 2012 asumía que la entidad estaba en condiciones de prever los riesgos en los pliegos y en el contrato y así excluirlos del concepto de imprevisibilidad del artículo 27 de la ley 80 de 1993 o en otras palabras volver previsible lo imprevisible.

Riesgos inherentes y riesgos ajenos a la ejecución de un contrato.

El Consejo de Estado en sentencia de fecha 29 de agosto de 2012, NR 20615 MP Danilo Rojas Betancourt, sobre el desequilibrio económico contractual asociado a los riesgos inherentes al contrato y aquellos ajenos al mismo, en síntesis comentó lo siguiente:

- El contratista debe asumir riesgos como sucede en cualquier actividad económica.
- El contratista debe conocer los riesgos propios de la actividad que conoce y asume, los cuales puede medir y cuantificar, esto es, prever.
- Lo que no está obligado el contratista es a soportar las consecuencias de circunstancias imprevisibles, así sean atribuibles a la entidad contratante o a factores externos, cuando estas signifiquen pérdidas de ingresos o de ganancias esperadas, en condiciones de normalidad.

En este sentido, en general los riesgos en la contratación se pueden clasificar en internos y externos.

Los internos, son aquellos inherentes o normales en la ejecución de todo contrato (alea contractual) son previsibles porque que el contratista debe conocerlos por su experiencia y éste incluso los puede llegar a generar, asumiéndolos en condiciones normales, como por

ejemplo demoras en los plazos de entrega por negligencia, deficiencia en la calidad exigida de bienes, obras y servicios o personal subcontratado.

Los externos, son los ajenos o anormales a la ejecución del contrato, que son imprevisibles como el ejercicio de potestades estatales exorbitantes de dirección y control (*ius variandi*), actos administrativos generales imprevisibles constitucionales y legales (hecho del príncipe). Estos riesgos debe asumirlos la entidad contratante porque son generados por ella misma.

Los riesgos generados por situaciones imprevistas ajenas a las partes, irresistibles (imprevisión), un hecho de la naturaleza como las condiciones del terreno más gravosas de las esperadas en una obra, una devaluación, o inflación que genera riesgos de tipo económico o legal, y que puede producir un rompimiento del equilibrio económico para el contratista, deben ser asumidos por la entidad.

Eventos de fuerza mayor como un hecho de la naturaleza al que es imposible prever y resistir, o del caso fortuito producido por la conducta interna imprevisible del hombre como una asonada, una rebelión, o un atentado, y que generen imposibilidad para superar el hecho, son riesgos de tipo ambiental de la naturaleza y del hombre de alto impacto que generalmente son cargados al contratista pero que lo eximen de responsabilidad del cumplimiento del contrato, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable ni vinculante por ser exógeno y extraño a las partes, y no dan lugar a indemnización alguna por parte de la entidad contratante. Consejo de Estado en sentencia NR 14392 del 10/11/2005 M.P Alier Eduardo Hernández.

Falencias:

Actualmente se puede observar una confusión en las entidades públicas para hacer el análisis de riesgos por falta de suficiente claridad sobre los mismos, lo que conlleva a que casi la totalidad de riesgos sea asignada al contratista, buscando eximir a la entidad de responsabilidad, lo cual resulta en un ejercicio estéril.

Igualmente las entidades públicas existe falencias en la tipificación y cuantificación de los riesgos, posiblemente a la premura y falta de personal idóneo para esta labor.

Hay poca concientización de la importancia y relevancia de realizar una adecuada tipificación, cuantificación y asignación de los riesgos previsibles, como herramienta jurídica idónea de protección de la entidad estatal, contra futuras reclamaciones económicas del contratista, evitando demandas ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

El decreto reglamentario 1082 de 2015 actualmente vigente define el riesgo en la contratación, como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución del Contrato.

El manual oficial por disposición del decreto reglamentario 1082 de 2015, para el análisis del riesgo es la guía elaborada por Colombia Compra Eficiente, la cual presenta falencias en establecer la metodología de valoración o estimación de los riesgos y la parte que los debe soportar, esto es, la asignación del riesgo.

Modalidades de selección donde aplica el análisis de riesgos.

En las modalidades de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, se tipifican en los estudios previos y el pliego de condiciones, los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato, para estimar cualitativa y cuantitativamente la probabilidad e impacto, y señalar el sujeto contractual que soportará, total o parcialmente el riesgo, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato.

Audiencia pública de Riesgos

Solo es obligatoria para la licitación pública, en la etapa de selección, esto es, posterior al acto de apertura, publicación de pliegos definitivos y hasta antes de la presentación de las ofertas y puede realizarse conjuntamente con la audiencia de aclaración y precisión de pliegos. En este evento, la entidad debate con los oferentes, sobre los riesgos establecidos en los pliegos, con el fin de establecer su distribución definitiva.

La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente de la distribución de riesgos.

Falencias

En la práctica las entidades estatales en la audiencia, presentan el análisis de riesgos efectuado previamente y hacen la asignación definitiva de los mismos, permitiendo en pocos casos la participación de los oferentes.

En las demás modalidades de selección que no requieren de audiencia, la entidad unilateralmente distribuye y asigna los riesgos y las personas interesadas en participar pueden formular observaciones a dichos documentos cuando no estén de acuerdo con ellos.

Las entidades realizan generalmente una inadecuada tipificación, estimación y asignación de riesgos, publican los proyectos de pliegos y los posibles oferentes no realizan observaciones en las etapas previstas, presentan sus propuesta, se adjudica el proceso y los

riesgos mal elaborados quedan legalmente obligatorios, tanto para la entidad como para el contratista, a quien generalmente las entidades públicas le asignan la totalidad de los mismos.

Metodología concreta de análisis y mitigación del riesgo

Tipificación del riesgo

- Tipificar el riesgo previsible es identificarlo describirlo o enunciarlo.

La Agencia Colombia compra eficiente ha establecido un catálogo de riesgos divididos en función de las etapas de la contratación a los cuales se le han adicionado otros, así:

RIESGOS ETAPA DE PLANEACIÓN Y SELECCIÓN.	Riesgo de colusión o fraude
	Propuestas incursas en causal de inhabilidad o incompatibilidad.
	Ofertas artificialmente bajas.
	Direccionamiento de pliegos para favorecer a un solo oferente por manipulación de factores de selección y asignación de puntaje.
	Requisitos habilitantes excluyentes que impidan la pluralidad de ofertas.
	Rechazo de propuestas por la falta de documentos y requisitos que no asignan puntaje, sino que son habilitantes y debe darse la oportunidad de aportarlos o aclararlos.
	Declarar desierta la licitación o revocar la apertura sin darse las causales para ello.
	Criterios de selección y asignación de puntaje diferentes a los señalados en la ley.
	Cambio o alteración de documentos posterior al cierre, para favorecer la propuesta de un oferente.
	Adquirir bienes o servicios con sobre-costos.

RIESGOS ETAPA DE EJECUCIÓN Pueden causar el rompimiento del equilibrio financiero del contrato.	Riesgos Económicos. (imprevisión)
	Riesgos Sociales o Políticos: (Hecho del príncipe y caso fortuito)
	Riesgos Operacionales.
	Riesgos Regulatorios: (Hecho del príncipe)
	Riesgos de la Naturaleza: (fuerza mayor)
	Riesgos licencias y permisos Ambientales.
	Riesgos licencias y permisos Ambientalel.

Estimación o valoración del riesgo

Estimar el riesgos previsible, es cuantificarlo, es decir cuánto vale y su porcentaje de ocurrencia.

Lo primero que debe hacer la entidad es asignar un puntaje ascendente de acuerdo a la probabilidad de ocurrencia del riesgo ejemplo:

Probabilidad de ocurrencia del riesgo

Valoración	Probabilidad
1	Raro
2	Improbable
3	Posible
4	Probable
5	Frecuente

Lo segundo es determinar el impacto del Riesgo.

Impacto del riesgo

Valor cualitativo	Valor monetario	Valoración
Insignificante para la ejecución del contrato	Sobre costo menor al 1% valor del contrato	1.Insignificante
Dificultad menor para la ejecución del contrato	Sobre costo mayo al 1% y menor al 5% valor de contrato	2.Menor
Afecta moderadamente la ejecución del contrato sin alterar las prestaciones.	Impacto mayor al 5% y menor al 15% sobre el valor del contrato	3.Moderado
Afecta sustancialmente el contrato, pero el objeto se puede cumplir	Incremento mayor al 15% y menor al 30% del valor del contrato.	4.Mayor
Incumplimiento del contrato	Impacto sobre el valor del contrato mayor al 30%.	5.Catastrofico

Valoración de riesgo

El riesgo equivale a la probabilidad por la consecuencia. Fórmula: $R = P \times C$

La probabilidad de ocurrencia del riesgo, se determinada así:

Alta: Entre un 61% al 100%

Media: Entre un 30% a 60%

Baja: Entre un 1% a 29%

Una vez identificado el riesgo relacionado con el objeto y obligaciones del contrato, se debe determinar el porcentaje de probabilidad de ocurrencia.

Por ejemplo en un contrato de obra pública un posible riesgo, son los reajustes a los precios unitarios de obra por efecto de la inflación o al alza del dólar, siendo un riesgo cuya posibilidad de ocurrencia se puede catalogar como media, con un porcentaje del 30%.

La estimación o valoración de este tipo de riesgo se establece según el valor del contrato calculando un impacto entre el 5% al 15% sobre dicho valor del contrato, según la tabla de impacto del riesgo de Colombia compra eficiente antes descrita.

Así si el valor del contrato de obra es de \$ 100.000.000.00 un impacto del 5% sobre dicho valor equivale a \$ 5.000.000.00 que debe asumir la entidad contratante como reajuste en caso de presentarse el riesgo.

El riesgo también puede ser calculado no sobre la totalidad del valor del contrato sino sobre su valor mensual.

Asignación del riesgo

En cuanto a la asignación del riesgo, esto es, que parte de la relación contractual debe asumirlo o soportarlo; la regla general indica que la parte que esté en mejores condiciones para mitigar el riesgo o la que mejor los conozca o maneje debe soportarlo.

Así los riesgos económicos del contrato, atribuibles al ius variandi, el hecho del príncipe debe asumirlo la entidad pública, toda vez que muchas veces ella misma lo genera.

Los riesgos que sean inherentes a la actividad propia del contratista, los debe asumir éste, porque es quien mejor los conoce, los puede controlar y está en mejor posición para mitigarlos.

Falencias en las garantías que la entidad estatal contempla exigir en el proceso de contratación

El decreto 1082 de 2015 da la opción o faculta a las entidades públicas de escoger la clase de garantía que exige frente a un potencial riesgo en la contratación estatal, mediante las siguientes clases de garantías:

1. Contrato de seguro contenido en una póliza.
2. Patrimonio autónomo.
3. Garantía Bancaria.

El Consejo de estado en sentencia NR 2004161 del 23/06/2010 MP Enrique Gil B, ha precisado que la finalidad de las garantías es proteger el interés público y el patrimonio frente a un incumplimiento imputable al contratista.

Contrato de seguro contenido en una póliza.

La aseguradora responde con su propio patrimonio y en caso de incumplimiento, la entidad debe decretarlo previo debido proceso al contratista para luego vincular a la compañía aseguradora y seguir otro procedimiento ante esta, con el fin de que reconozca el siniestro y realice el pago, lo cual es muy engorroso debido a que las compañías generalmente siempre se oponen al incumplimiento y la reclamación, mediante recursos ante la propia administración y el contencioso administrativo, resultando muchas veces inocua esta garantía.

Garantía mediante el patrimonio autónomo

Mediante el patrimonio autónomo o transferencia de la propiedad de bienes del contrasta a una entidad fiduciaria, se pueden exigir las siguientes garantías:

- Garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Garantía de cumplimiento.
- Garantía de seriedad de la oferta

Garantía bancaria

Establecida desde la ley 80 de 1993 e implementada en el decreto 1082 de 2015.

Mediante este tipo de garantía se puede cubrir los siguientes amparos:

- Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Devolución del pago anticipado.
- Cumplimiento del contrato.
- Seriedad de la oferta.

Las garantías bancarias son expedidas por bancos y compañías de financiamiento comercial

Si se requiere una de estas garantías, el contratista debe realizar previamente un contrato con el portafolio del banco en cuenta corriente y el contrato principal se denomina de crédito o mutuo.

El ideal para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en contratos de obras públicas gran valor.

En la práctica el contratista lo que hace como cliente es constituir a favor del banco garantías reales con bienes de su propiedad, para que el banco expida u otorgue una carta de crédito o cupo de crédito por el valor de la garantía señalada en el contrato, mediante la asignación de recursos del banco que se apartan y se deja con carácter de disponibilidad de la entidad pública durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.

Por esta operación se apartan unos recursos del banco y dejarlos a disposición de la entidad estatal, en caso de incumplimiento, la entidad financiera cobra una suma determinada de dinero al contratista.

Para que se otorgue la garantía el contratista debe respaldar el cupo de crédito con sus propios bienes y en caso de incumplimiento del contrato, la entidad pública solamente previo el procedimiento legal de incumplimiento notifica del mismo a la entidad bancaria la cual de inmediato y sin más requerimientos, consigna la suma otorgada en el cupo de crédito a órdenes de la entidad, esto es, de cumplimiento inmediato, automático sin más requisitos.

Falencias

Se evidencia que las entidades públicas siguen utilizando las garantías tradicionales contenidas en una póliza de un contrato de seguros con una entidad aseguradora.

Todavía no se está implementando desde los análisis del sector y estudios previos en la etapa de planeación, la fiducia o patrimonio autónomo y la garantía bancaria en los contratos estatales, especialmente los de obra y concesión.

Esto se puede deber a que la ley da la opción de escoger a las entidades públicas el tipo de garantía que estas determinen y la garantía mediante póliza contenida en un contrato de seguros es la más utilizada como principal instrumento de cobertura, por lo accesible, la facilidad y sencillez en su expedición, pero no brinda la mayor eficacia, protección y pago del siniestro a las entidades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las falencias relacionadas con los requisitos a cumplir del contrato durante la etapa de planeación, son los errores en que incurren las entidades públicas, en el cumplimiento de requisitos documentales señalados en la ley para la elaboración de los estudios previos, base de la etapa de planeación, o cuando se elaboran requisitos documentales de manera incompleta, y los vacíos de las normas de contratación pública que dan lugar a interpretaciones discrecionales y subjetivas de las entidades y que puede afectar directamente la etapa de ejecución del contrato estatal.

En la mayoría de entidades públicas, se evidencia la falta de conocimiento adecuado en la elaboración de los requisitos legales principales que componen los estudios previos, considerados fundamentales tanto para la etapa y principio de planeación, como como para la selección, celebración del contrato y ejecución del mismo.

La identificación tanto de falencias por parte de las entidades públicas en el cumplimiento de requisitos legales de los estudios previos en la etapa de planeación como de vacíos legales en las normas contractuales, permite mejorar los procedimientos contractuales públicos y reducir los riesgos de malversación de fondos públicos y procesos judiciales en contra se la entidad.

En escenarios de contratación pública, es necesario realizar el análisis de los componentes de los estudios previos de manera correcta, como el objeto de la contratación, las licencias, autorizaciones, contar con los estudios, diseños, planos de las obras, especificaciones técnicas de los bienes y servicios requeridos, tipificar, cuantificar y asignar los posibles riesgos en las etapas del proceso de selección, las garantías, así como emplear las modalidad de selección de manera correcta según su objeto, circunstancias de la contratación, cuantía, destinación y los requisitos y los documentos habilitantes y de selección de propuestas.

Con la investigación realizada, se hace un aporte a la ciencia jurídica, al identificar falencias o errores que cometen las entidades estatales, en el cumplimiento de requisitos legales para la elaboración de los estudios previos como principal componente de la etapa de planeación y la base de los pliegos de condiciones y del futuro contrato, por lo tanto este documento repercute en todas las etapas de la contratación estatal.

Igualmente, se identifican los vacíos legales o conceptos jurídicos indeterminados que presentan las leyes vigentes en materia de contratación estatal, concretamente en las modalidades de selección y los requisitos que comparan ofertas, los requisitos habilitantes y formales, que permiten interpretaciones subjetivas y discrecionales por parte de las entidades estatales.

También se define y precisa jurídicamente teniendo como base la jurisprudencia del consejo de estado, la doctrina y aportes propios, los principales elementos que integran los requisitos documentales de los estudios previos, siendo útil como herramienta o información de contexto en escenarios reales de contratación estatal, tanto en la parte pública como de las entidades privadas que licitan con el estado, a fin de mejorar las practicas contractuales.

ENFOQUE METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo, se fundamenta en el paradigma socio-crítico, con un enfoque socio-jurídico, toda vez que se determina la relevancia del tema no solo en su contexto legal sino también social. El tipo de investigación es de carácter analítico-descriptivo-interpretativo, ya que a través de la presentación legal del tema, se ha efectuado un desarrollo fenomenológico de los diferentes aspectos, categorías de que consta la fijación del principio de planeación en los riesgos del contrato de obras públicas, para llegar así a conclusiones que demarcan un aporte a la contratación estatal.

BIBLIOGRAFIA

- Aponte Díaz, Iriana. Las fallas de Planeación y su incidencia Contrato Estatal de obra - <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>. 11 de abril de 2014)
- Conrado Roque Luis y Bohórquez Carlos Alberto. El contrato de prestación de servicios de la administración pública. Universidad Católica de Colombia. 2009.
- Cristancho González Cristian Alexander y Suarez Ríos Juan Miguel (2013) U. Católica de Colombia. Trabajo de Grado: Estudio sobre la estimación del A.I.U. (Administración, Utilidades E Imprevistos) en empresas que desarrollan proyectos de ingeniería civil en la ciudad de Bogotá.
- Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993. Segunda edición, 2003, p. 288.
- Fandoño Gallo Jorge Eliecer (2014). Contratación Estatal – Edición Leyer
- Gómez Salas David. Introducción a la Planeación Elaborado para Morena. Noviembre de 2012. Blogs.monografias.co
- Matallana Camacho Ernesto. La Constitución y la Contratación Estatal. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993, pag 414. 3ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2013.
- Morales Restrepo Didier (2014). Régimen de la Contratación Estatal anotado – Leyes 80 del 93, 1150 de 2007. Editorial Leyer.
- Padilla Téllez Giovanni. Apuntes de clase. Materia: Contrato Estatal y su Relación con el Mercado de Valores. Especialización Contratación Estatal. Universidad la Gran Colombia 2015.
- Procuraduría General de la Nación (2010). Recomendaciones para la elaboración de estudios previos. Publicultural S.A. Bogotá.
- Ramírez Plazas Jaime (2008) Planeación, Presupuesto y Contratación Municipal – Librería Ediciones del Profesional. Bogotá.
- Ramos Acevedo Jairo y Ramos Acevedo Amparo (2012) Contratación Estatal, Teoría General y Especial - Grupo Editorial Ibáñez.
- Rincón Luz Mary. Apuntes de clase Especialización Contratación Estatal. Materia: Procesos de Selección.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado sentencia NR 20120403 del 07/06/2012 MP Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. Sentencia N.R 2073391 del 27/03/2014. M.P.: Danilo Rojas Betancourt.

Consejo de Estado. Sentencia N.R 24845 del 27/03/2014, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sentencia N.R 27.986 del 12/11/2014, M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sentencia N.R 27315 del 24/04/2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio
Gamboa.

Consejo de Estado. Sentencia N.R 51376 del 26/11/2015. M.P.: Jaime Orlando Santofimio
Gamboa.

Consejo de Estado. Sentencia NR 14392 del 10/11/2005 M.P. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado. Sentencia NR 2004161 del 23/06/2010 M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sentencia R.N 2007409 del 31/08/2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado Sentencia Número de radicado No. 2015690.