

**EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL CONTRATO ESTATAL: ASIGNACIÓN DE
RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA COMO EJE PRINCIPAL DE
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.**

Brigitte Alexandra León Hernández, Sergio Andrés Hernández Botia



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Maestría en derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C.

2024

El principio de planeación en el contrato estatal: asignación de riesgos en el contrato de obra pública como eje principal de responsabilidad contractual.

Brigitte Alexandra León Hernández, Sergio Andrés Hernández Botia

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magister en Derecho

Director: Carlos Eduardo Mendoza Leal



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Maestría en derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales

Universidad La Gran Colombia

Bogotá

2024

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	6
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	10
OBJETIVOS	13
OBJETIVO GENERAL.....	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
CAPITULO I: ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	14
<i>1.1.1 Pregunta de investigación</i>	<i>16</i>
<i>1.1.2 Hipótesis</i>	<i>16</i>
1.2 JUSTIFICACIÓN.....	16
1.3 MARCO DE REFERENCIA.....	17
<i>1.3.1 Marco Teórico.....</i>	<i>17</i>
<i>1.3.2 Marco Conceptual.....</i>	<i>22</i>
<i>1.3.3 Marco Jurídico</i>	<i>26</i>
CAPÍTULO II: EL CONTRATO ESTATAL - CONTRATO DE OBRA PUBLICA EN COLOMBIA.	30
1.1 ANTECEDENTES DEL CONTRATO ESTATAL: CONTRATO DE OBRA PUBLICA.....	30
1.2 NOCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA	33
1.3 PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA	36
1.4 CONCLUSIONES	41
CAPÍTULO III: PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.	42
1.1 ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN (LEY 80 DE 1993).....	42
1.2 PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL.	45
1.3 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN, SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO	48

1.4 CONCLUSIONES	52
CAPITULO IV	53
EL PRINCIPIO DE PLANEACION: ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.....	53
1.1 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.....	53
1.2 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA	58
1.3 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN, LA ASUNCIÓN DEL RIESGO Y LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA	62
1.4 CONCLUSIONES	66
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	67
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	68
LISTA DE REFERENCIA O BIBLIOGRAFÍA.....	71
ANEXOS	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

Glosario

Principio de Planeación: El deber de planeación, que tiene como finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico para determinar su viabilidad.

Contratación Estatal: Conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las identidades del Estado puedan realizar sus procesos de abastecimiento cuando identifican una necesidad.

Contrato de Obra Pública: Aquel que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles.

Riesgo contractual: Efectos adversos que se pueden presentar en el proceso de la contratación, por el suceso de cualquier evento que tendrá un impacto negativo en el desarrollo del contrato.

Resumen

En el Estado social de derecho, se ha concebido la contratación pública como una herramienta para el cumplimiento de los fines estatales y por ende la consecución y garantía del interés general. Es así como el contrato estatal, como instrumento jurídico de creación legal, permite la prestación de servicios a cargo del Estado, con la participación de particulares, quienes asumen la obligación y compromiso de ejecutar en nombre de la administración las tareas acordadas.

Dentro de los tipos de contratos con los que dispone Colombia, se encuentra el de Obra pública, como aquel que permite la construcción e intervención sobre bienes inmuebles, y que genera un impacto significativo en el desarrollo social, económico y demográfico del país; sin embargo, la concreción de dichas pretensiones, tienen una antesala que comprende la identificación de una necesidad concreta y un proceso de estructuración, que garantice el cumplimiento del objeto contratado.

En el sistema de contratación estatal en Colombia, se contempla entonces una etapa pre contractual, en donde a partir de los estudios y diseños, se dispone la justificación legal de la contratación, la necesidad a satisfacer, las obligaciones a cargo de cada una de las partes y el presupuesto con el que cuenta la entidad estatal como contraprestación dentro del negocio jurídico a celebrar, todo ello enmarcado en lo que se ha definido jurisprudencial y doctrinalmente como el principio de planeación.

Este principio que no se encuentra tipificado en la ley y cuyo desarrollo se ha previsto a través de pronunciamientos de máximos tribunales judiciales en Colombia, tiene como finalidad garantizar que el contrato estatal se desarrolle de manera eficiente desde su estructuración hasta su liquidación, encontrándose en el primer escenario, una de las aristas importantes en la ejecución del contrato como lo es la asignación de riesgos, pues permite prever las alteraciones anómalas

del contrato, mitigar sus impactos negativos, y cuya indebida asunción puede determinar la responsabilidad de las partes.

Palabras Clave: Riesgo, planeación, responsabilidad, contrato de obra, ejecución.

Abstract

In the Social Rule of Law, public procurement has been conceived as a tool for the fulfillment of state purposes and therefore the achievement and guarantee of the general interest. This is how the state contract, as a legal instrument of legal creation, allows the provision of services by the State, with the participation of individuals, who assume the obligation and commitment to execute the agreed tasks on behalf of the administration.

Among the types of contracts that Colombia has, is that of Public Works, as that which allows the construction and intervention on real estate, and that generates a significant impact on the social, economic and demographic development of the country; However, the realization of these claims has a prelude that includes the identification of a specific need and a structuring process that guarantees compliance with the contracted object.

In the state contracting system in Colombia, a pre-contractual stage is then contemplated, where based on the studies and designs, the legal justification of the contract is established, the need to be satisfied, the obligations in charge of each of the parties and the budget that the state entity has as consideration within the legal transaction to be concluded, all of this framed in what has been defined jurisprudentially and doctrinally as the planning principle.

This principle, which is not typified in the law, and whose development has been foreseen through pronouncements of the highest judicial courts in Colombia, is intended to guarantee that the state contract is developed efficiently from its structuring to its liquidation, being in The first scenario, one of the important aspects in the execution of the contract, is the allocation of risks, since it allows anomalous alterations of the contract to be foreseen, mitigating their negative impacts, and whose improper assumption can determine the responsibility of the parties.

Keywords: Risk, planning, responsibility, work contract, execution.

Introducción

La Constitución Política de 1991, dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual, en cumplimiento de los fines y cometidos propuestos en el preámbulo de la misma, dispone un compendio de mandatos de rango supra – legal, que tienen como pretensión la satisfacción de los intereses de todos los ciudadanos. Es por ello que se encuentra dispuesto de manera taxativa dentro de la organización del Estado, una serie de herramientas de carácter administrativo que facilitan a los diferentes órganos gubernamentales, materializar esos propósitos.

La contratación estatal, constituye entonces, un mecanismo por medio del cual la administración, adquiere los bienes y servicios a través de los cuales se pretende atender de manera efectiva las necesidades del conglomerado social, siendo entonces procedente la consolidación de preceptos normativos, que permitan orientar la correcta y adecuada ejecución de los recursos que se disponen para la procura y garantía de los intereses estatales.

Ahora bien, en el ejercicio de la contratación de la administración pública, independientemente de su régimen operan con recursos públicos lo cual obliga a que se surtan muchas formalidades en pro de la transparencia y el mejor aprovechamiento posible para satisfacer a los ciudadanos la mayor cantidad de necesidades, que cumplan con una óptima calidad al menor precio posible. Aunado a lo anterior, en la contratación estatal el principio de planeación es el núcleo central de la actividad administrativa.

No obstante, en ocasiones se evidencia que el ejercicio de la contratación estatal contraria la aplicación de principios tales como la económica, la transparencia, publicidad, responsabilidad etc., presentándose actuaciones que generan un impacto negativo a las finanzas públicas materializadas en múltiples cambios en los que se encuentra: modificación al plan anual de

adquisiciones establecidos por las entidades, demandas de incumplimiento contractual, obras inconclusas, y consecuentemente en necesidades insatisfechas por partes de las entidades públicas y en un claro detrimento patrimonial.

Es por ello, que no se puede desconocer que el principio de planeación ni en el plano teórico ni en el práctico, pues su naturaleza está en construcción permanente en la evolución de la contratación estatal y específicamente en este caso en la identificación y clasificación de los riesgos que son previsibles en los contratos de obra pública, pues dicho principio aunque no se encuentre previsto de manera expresa en el marco normativo contractual, deviene de los principios específicamente los generales de la contratación pública y hace parte de la hoja de ruta que deben seguir las entidades estatales que se materializa principalmente en la etapa precontractual.

Considerando que, la nulidad de los contratos de obra pública se puede generar por la violación al principio de planeación, es necesario velar por realizar una implementación apropiada de la fase de planeación, puesto que ello, redundará a futuro en la ejecución de los contratos de infraestructura pública; dicha transgresión, se ve materializada en el incumplimiento de la consecución del bien general que se satisface a través de la contratación pública, perjudicando el cumplimiento del objeto contractual para el cual se desarrolló el proceso y las obligaciones previstas.

Es por ello, que a través de la contratación estatal se genera una apropiada prestación de servicios a la sociedad, que contribuye al acatamiento de los fines en la contratación estatal. En este orden de ideas, toma relevancia la aplicación del principio de planeación en la definición y distribución de los riesgos posibles en los contratos de obra pública que disminuyan la posibilidad que se materialice la ocurrencia de sobrecostos, reprocesos, demoras, errores que

impacten directamente de forma negativa sobre la satisfacción de las necesidades plasmadas en la contratación pública.

Objetivos

Objetivo General

Establecer si la indebida asignación de riesgos desde la etapa precontractual afecta la ejecución del contrato de obra pública, configurándose en un tipo de imputación de responsabilidad contractual.

Objetivos Específicos

1. Definir el contrato de obra pública, desde su implementación en el Estado Social de Derecho Colombiano.
2. Identificar las particularidades del principio de planeación y su aplicación en el contrato de obra pública, a partir de la asignación de riesgos.
3. Determinar las afectaciones en la ejecución del contrato de obra pública, y la responsabilidad del contratista, por la indebida aplicación del principio de planeación, desde la asignación de riesgos.

CAPÍTULO I: ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento Del Problema

La Constitución Política de Colombia 1991, dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho, que tiene como pretensión la satisfacción de los intereses de todos los colombianos. Es por ello que la contratación estatal, se convierte en una herramienta mediante la cual la administración adquiere los bienes y servicios a través de los cuales se pretenden atender de manera efectiva las necesidades del conglomerado social. Sin embargo, en el desarrollo de los procesos contractuales se presentan situaciones que pueden afectar el cumplimiento de los mismos, y por ende el principio de planeación se convierte en el pilar fundamental que permite en etapa precontractual prever las alteraciones anómalas del contrato y la responsabilidad de las partes con el fin de mitigar sus impactos negativos.

Es por ello, que el proceso contractual debe contener estudios que permitan determinar su viabilidad tanto técnica como económica en los que se presenten diferentes componentes tales como factores financieros, técnicos y jurídicos que soportados en una adecuada planeación permitirán optimizar los recursos públicos en procura de alcanzar con la contratación la eficiencia y eficacia requeridas en la prestación del servicio que se pretenda suplir.

Sin duda alguna, los particulares juegan un papel muy importante en la ejecución y cumplimiento del sistema de compras públicas, teniendo en cuenta que, el Estado no tiene toda la capacidad para ejecutar técnicamente los contratos y obras que se requieren la experticia técnica de los particulares y que contribuyen dentro de su estructuración, realizando observaciones en las distintas etapas de los procesos contractuales con fin de corregir aquellas deficiencias que se puedan presentar en los aspectos formales para la celebración de un contrato estatal.

En ese mismo sentido, en la etapa pre contractual, no solamente se pueden evidenciar aspectos netamente formales, que puedan afectar la correcta ejecución del contrato, sino que también se advierte, la concreción de situaciones de orden material que atenten con el equilibrio de las obligaciones y cargas de cada una de las partes del contrato estatal, situación que ha sido objeto de análisis a través del pronunciamiento de la Agencia Nacional de Contratación Pública (201) Colombia Compra Eficiente (CCE), a través del Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación:

Las Entidades Estatales para reducir la exposición del Proceso de Contratación frente a los diferentes riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: (A) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del Proceso de Contratación; (b) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (c) el equilibrio económico del contrato; (d) la eficacia del Proceso de Contratación, es decir, que la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el Proceso de Contratación; y (e) la reputación y legitimidad de la Entidad Estatal encargada de prestar el bien o servicio (p. 4).

Es por ello, que las Entidades Estales deben realizar un trabajo consciente y minucioso para determinar el manejo del riesgo que les permite, tener un nivel mayor de certeza al enfrentarse en las diferentes etapas del proceso de contratación y con ello tomar decisiones con conocimiento y más claridad y, por otra parte asumir con las diligencia y preparación las contingencias que pueden surtir en desarrollo de la actividad contractual tengan un mayor grado de confianza y transparencia en el proceso competitivo, lo cual impacta directamente en reducir sustancialmente la ocurrencia de incumplimientos.

Aunado a lo anterior, la administración de riesgos es el paso a paso que permite prevenir a la administración de los posibles sucesos que se puedan ocurrir en el proceso de contratación. La gestión de riesgos permite reducir la probabilidad en la generación del evento y lo que genere su impacto, es por ello, que la inobservancia al principio de la planeación en relación con las compras públicas tiene una implicación desde el punto de vista fiscal, judicial, disciplinario, y penal en el que debe primar el interés general y la satisfacción de la necesidad.

1.1.1 Pregunta de investigación

¿La asignación de riesgos afecta la correcta ejecución del contrato de obra pública, constituyéndose en un título de imputación de responsabilidad contractual?

1.1.2 Hipótesis

La incorrecta asignación de riesgos previsible en la estructuración del contrato de obra pública, representa la transgresión del principio de planeación del contrato estatal, por cuanto no se garantiza que el riesgo en caso de materializarse este asumido por quien este en la capacidad de soportarlo y mitigarlo, afectando de manera directa la correcta ejecución del contrato y consecuentemente el cumplimiento integral de las obligaciones pactadas.

1.2 Justificación

Una adecuada planeación en la fase precontractual, en la asignación, administración de riesgos en el proceso de contratación enfocado en los interesados en participar en el sistema de compras y de contratación pública, debe involucrar no solo la caracterización, estimación y concesión del riesgo que pueda alterar el equilibrio económico del contrato sino que debe comprender desde la planeación precontractual hasta la culminación del plazo correspondiente,

la liquidación del contrato, la finalización de las garantías de calidad o la disposición final del bien.

Es por ello, que el manejo adecuado del riesgo en cumplimiento del deber objetivo aludido al principio de planeación, tendría una incidencia directa en optimizar los recursos públicos en la contratación pública y para este caso en específico en los contratos de obra pública, pues contribuiría a la previsión de situaciones que alteren la correcta ejecución del contrato y por ende permitiría el cumplimiento de los fines del estado para cual la contratación estatal se convierte en ese instrumento.

La necesidad constante de que los contratos estatales den cumplimiento al propósito para el cual se estructuro, comprende escenarios en donde por situaciones propias de las dinámicas ajenas a las partes, se impida su culminación de la manera esperada, o en su defecto para el contratista o el contratante represente una carga mayor a la responsabilidad acordada a través del vínculo contractual creado.

Bajo el marco descrito, la justificación de esta investigación es determinar la importancia de la materialización del principio de planeación en la etapa pre contractual del contrato de obra pública, a partir de la determinación y distribución de los riesgos previsibles en los contratos estatales, como un escenario de posible responsabilidad contractual de las partes, en caso de un posible incumplimiento.

1.3 Marco De Referencia

1.3.1 Marco Teórico

En la actualidad la contratación pública pasa por un momento histórico en el país ya que desafortunadamente los numerosos escándalos de corrupción han generado desconfianza y ponen

en tela de juicio la aplicación normativa y los mecanismos de control que debe ejercer la administración para lograr un eficiente y eficaz manejo de los recursos del Estado, buscando cumplir las necesidades de la Administración velando por el economía, transparencia, responsabilidad, buena fe, selección objetiva y planeación adecuada en todas las etapas contractuales.

El principio de la Planeación inmerso en la contratación estatal, es una tarea de la administración que se convierte en un deber fundamental basada en estudiar, estructurar, establecer un plan que permita con anticipación determinar sus necesidades y como las van a satisfacer, esto se traduce a tener en cuenta lo que puede suceder al momento de iniciar un proceso contractual.

Es por esto, que ese análisis se debe iniciar desde que surge la necesidad catalogada como la etapa previa hasta la culminación del proceso, se cree que la planeación solo se basa en los estudios previos o la etapa precontractual y la realidad ha demostrado que esto va más allá de simplemente de definir una modalidad de contratación, un objeto o unas obligaciones.

Al mismo tiempo, es la oportunidad para establecer unos parámetros jurídicos, técnicos, económicos, presupuestales que permitan satisfacer las necesidades de la administración conservando el equilibrio y economía en el contrato el cual la ley 80 de 1993 en artículo 32 define los contratos del Estado como actos jurídicos entre entidades que generan obligaciones establecidas en el estatuto en la contratación, previstas en el derecho civil con disposiciones especiales o por voluntad.

Aunado a lo anterior, es obligatorio tener en cuenta, que el principio de planeación está involucrado de forma armónica y directa con los principios de transparencia, así como el de eficiencia y transparencia que tiene como objetivo brindar garantías a la ciudadanía y a los

interesados en la actividad contractual, para que sean conocidos todos los aspectos y condiciones del proceso, tal como lo menciona Amaya, 2016 en su texto:

Todo proceso requiere de planeación con el fin de identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan una mayor eficacia y eficiencia de cualquier proceso en la esfera de la actividad contractual privada y pública. En el campo de la contratación estatal, el principio de planeación se presenta entonces como el faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública (Amaya, 2016, p. 109).

Ahora bien, es necesario ver el proceso contractual como una herramienta la cual tiene como finalidad dar cumplimiento a los propósitos del Estado Social de Derecho y es a través de la Contratación Estatal que el principio de planeación toma vital importancia tal y como lo expresa la sentencia (CC, C-300/12,2012, p. 45) emitida por la Corte Constitucional:

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de pre factibilidad, 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.

Finalmente, el principio de planeación corresponde a un mandato que permite optimizar los recursos dentro de los procesos contractuales y corresponde a todo el ejercicio operativo en cabeza de la administración permitiendo identificar todos los diferentes factores que se pueden presentar para hacer viable un determinado proceso contractual, pues

Una correcta planeación en su alcance permite identificar y determinar el objeto que se buscará satisfacer en el marco del ejercicio de esta actividad administrativa, en otras palabras, la principal motivación de todas las actuaciones que se ejecuten en torno al proceso contractual tanto en su etapa de preparación como de ejecución (Amaya, 2016, p. 109).

Es importante, dar cumplimiento al principio de planeación que desde luego tiene su origen en la etapa denominada precontractual, pues una vez publicado el proceso contractual los particulares interesados en el proceso cuentan con la experiencia y experticia para asesorar a las entidades públicas con fin de obtener objetos y obligaciones contractuales reales, medibles, esto debido a que, el Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha indicado que esta tarea es conjunta y por tanto cae también en cabeza de proponente o futuro contratista la responsabilidad cuando se presenta falta de previsión en contrato que genera consecuencias jurídicas.

No obstante, el principio de planeación ha sido examinado en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales y la doctrina, en razón a que en la legislación se encuentra implícito como consecuencia de la “hermenéutica armónica”, es decir, derivado de la aplicación de los demás principios utilizados en la función pública, los constitucionales y a su vez los que se encuentran legalmente consagrados, guardando relación con los principios constitucionales de legalidad y de interés general de forma directa e inmediata, así como en el desarrollo de los principios de contratación pública de economía y responsabilidad.

Frente al contrato de obra, que generalmente se contrata a través de un proceso competitivo en la modalidad de contratación licitación pública, comprende un conjunto de actividades en las que el contratista construye una obra civil encargada por el Estado. Es por ello que

La construcción de obra pública fue y es un típico contrato estatal, y como tal, hasta tanto no cuente con una regulación especial que lo des tipifique (si cabe la expresión) encontrará su régimen jurídico en el estatuto de contratación de la Administración Pública. Por esta razón, este contrato se informa de los principios rectores consignados en dicho estatuto, incluido, por supuesto, el de la autonomía de la voluntad que garantiza a la entidad contratante el diseño de un negocio en el que, para decirlo coloquialmente, todos ganen: contratista, Estado contratante y la comunidad destinataria de la obra, dentro de un marco lícito de libertad negocial que atienda las condiciones reales de ejecución del proyecto (Mier, 2010, p. 100).

Así mismo, se deben precisar, apreciar y establecer los riesgos que puedan ser previsibles; para lo cual el medio más utilizado son los antecedentes contractuales generados en el país, teniendo como insumo las causas y efectos, y el reconocimiento de fenómenos que se asocien al cumplimiento de los contratos, así como la ejecución contractual mediante un marco de rigor metodológico y racional, de esta manera es posible definir los planes y manuales que contengan las acciones, protocolos de las diferentes situaciones que se puedan generar durante el desarrollo del contrato, en los cuales se encuentren plasmados los documentos previos de todo tipo de contrato estatal, pero en los que se concrete toda la actividad administrativa que hace parte de la contratación, que se establece desde el planteamiento de la necesidad inclusive cuando se cumplan los términos de la garantía, dicho esto es donde toma relevancia el contrato de obra, que aunque no es un contrato aleatorio, ve su ejecución envuelta en un

Clima de riesgo que amenaza la actividad del contratista y, por lo tanto, el resultado final.

Por lo general están conformados por acuerdos de larga duración y gran volumen económico, cuya ejecución requiere coordinación de muy variados elementos, que

podríamos llamarlo una compleja morfología empresarial, lo cual en muchos casos termina en cambios importantes entre el momento de la contratación y el momento de terminación de la obra (Arce, 2003, p. 285).

Finalmente, el diseño de la matriz de riesgo va permitir que el negocio jurídico plasmado en el contrato estatal este blindado y establecido las situaciones, impacto, frecuencia y asignado un responsable que pueda mitigar el riesgo.

1.3.2 Marco Conceptual

El principio de Planeación presente en la contratación estatal, es una tarea de la administración que se convierte en un deber fundamental y que se basa en estudiar, estructurar, establecer un plan que permita con anticipación determinar sus necesidades y como se van a satisfacer. Teniendo en cuenta que, este se debe observar desde la etapa previa e incluso una vez finalizado el proceso de contratación, se ha entendido tradicionalmente y de manera errónea que la planeación solo se basa en los estudios previos o la etapa precontractual y la realidad se ha demostrado que esto va más allá de simplemente definir una modalidad de contratación, el objeto o las obligaciones.

Un primer acercamiento al principio objeto de este documento es el libro *Contratación estatal. Del principio de la planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*, del autor John Fredy Silva Tenorio (2019), texto que describe la planeación como la oportunidad para establecer unos parámetros jurídicos, técnicos, económicos, presupuestales que permitan satisfacer las necesidades de la administración conservando el equilibrio y economía contractual.

“Las fallas de Planeación y su incidencia en el Contrato Estatal de obra” *de la revista digital de derecho administrativo*, de la autora Ariana Aponte Díaz (2014), refiere que el

principio de planeación tiene un enfoque directo con la Contratación Administrativa Pública, ya que este principio se convierte en una herramienta para dar cumplimiento a los propósitos del Estado, la autora aborda el tema partiendo de formulaciones básicas relacionadas con el principio de planeación en la Contratación Estatal, el concepto de la misma y su alcance, la planeación en la Constitución Política, la planeación frente a las normas y regulaciones legales de la Contratación Estatal, posiciones doctrinales sobre la planeación, así como, el acercamiento jurisprudencial al concepto de planeación del Consejo de Estado, el contrato de obra, sus falencias y la estructura de su adecuada planeación.

El autor Carlos Fernando Amaya Rodríguez (2016) en su obra denominada “El principio de Planeación en la contratación Estatal un principio no tipificado” hace referencia como en Colombia la contratación ha sido enfocada en una actividad basada en principios y su pilar ha sido la planeación, la cual se materializa a través de los diferentes pronunciamientos de doctrinantes tales como la Corte Constitucional y el tribunal de la jurisdicción contenciosa el Consejo de Estado, no obstante, a la fecha no ha sido tipificado dentro de los parámetros normativos que regula la contratación y es con una revisión metodológica de las fuentes jurisprudenciales y las normas aplicables y de las que se logra su estudio así como su identificación nace del resultado de un proceso metódico de interpretación de las fuentes.

Frente al contrato estatal en su especie el de obra el texto “El principio de planeación en el contrato de obra pública” de los autores María Camila Mesa Lozano y Alfonso Muñoz Vargas (2019), incluye un panorama general de los aspectos más relevantes que logran identificar el momento en que se configura la falta de planeación en las obras que realizan las entidades públicas en el país, lo que ha generado sucesos tales como gastos adicionales, dilaciones en la entrega de las obras e incluso consecuencias más gravosas para las entidades estatales, que

repercuten en que se declare el proceso contractual desierto, o una vez en desarrollo de su ejecución se genere una nulidad, así mismo, desataca la celebración de los contratos de obra pública con un fin altruista, pues éste siempre debe propender por el bienestar general, a través de la construcción, el mantenimiento de la obra y/o la instalación de mano de obra, por consiguiente, los casos en los que se presentan irregularidades solo logran afectar el plazo que ha sido establecido para la ejecución de la obra, así como el precio pactado.

El autor David Arce Rojas (2003) en tu texto “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas” enfatiza la esencia del contrato de obra como aquel que acto jurídico basada en la obligación de una persona con otra a hacer un obra material, y que debido a su complejidad técnica genera en su ejecución múltiples dificultades y conflictos que devienen de una aplicación e interpretación inoportuna de las normas que reglamentan los negocios jurídicos, es por ello que la adecuada aplicación de normativa acompañada de la articulación de los principios generales disminuirá el conflicto entre las partes involucradas en la contratación Estatal.

Ahora bien, los autores Marissa Rúa Flechas et al. (2019), en su texto “La planeación en los contratos de obra pública en Colombia ¿principio, deber o requisito? Obligatoriedad y consecuencias de su inaplicación” apoyan su teoría en la jurisprudencia, de igual manera en doctrina y la en relación a la normas legales y los principios establecidos en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2011, entendido el contrato de obra como las acciones de obra a través del cual se transforma con estudios técnicos, que permitan el cumplimiento de los principales objetivos del Estado que deben estar guiados por el equilibrio y realización de los principios estatales de la administración, particularmente de la contratación pública.

José Alejandro Sánchez (2012) en la “Asignación de Riesgos Previsibles y Extensión de la Responsabilidad del Contratista en el Contrato de Obra Pública”, desarrolla los métodos utilizados en la gestión de los riesgos y permite distinguir la responsabilidad tanto de los contratistas como de la administración, y materializa una visión en la que enfoca en preservar la conmutatividad del contrato, ahora bien, esto lleva a realizar una tarea negociada en la compensación de los riesgos que deben asumir las partes para que puedan ser asignados de manera equilibrada.

Juan Pablo Charris Benedetti y Alfonso Carlos Llamas Foliaco (2016), en su texto “El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública” los autores hacen un análisis y crítica respecto a la materia de contratación en la legislación colombiana basada en la inexistencia de una metodología para monitorear la asignación del riesgo a los contratistas en el cual la carencia de información genera efectos negativos en los aspectos técnicos, financieros o económicos en los que se debería hacer frente respecto a los efectos nocivos producidos por los riesgos previsibles con criterios objetivos y estandarizados abordándolos desde una perspectiva preventiva y no correctiva.

Por otro lado, el autor Juan Pablo Sarmiento Erazo (2016) en el texto “La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública” realiza una clara crítica frente a los riesgos contractuales previsibles en que indica que es evidente que en el sistema general de compras carece de regulación normativa este tipo de situaciones dejando a disposición de la voluntad de las partes su aplicación e incluso interpretación y en ocasiones los procesos no cuentan con la rigidez y deber objetivo de cuidado de las Entidades frente a la tipificación,

estimación y la respectiva asignación de riesgos y se da precisamente por la rigidez normativa que se presenta en la etapa de estructuración contractual.

1.3.3 Marco Jurídico

Con la nueva propuesta que trajo consigo la constitución política de Colombia de 1991, se dispuso de un compendio de herramientas jurídica, que permiten a la administración pública en sus diferentes órdenes, atender y satisfacer las necesidades de la ciudadanía, a través de la ejecución de proyecto o iniciativas, en donde los particulares tienen gran injerencia.

En ese sentido, se plasmó de manera expresa en el artículo 209 superior, la figura de la “*Función Administrativa*” como un concepto constitucionalista que comprende prerrogativas y gestiones a cargo de las Entidades Estatales, en procura del interés general, disponiendo como eje central de las actuaciones a cargo del Estado los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad.

La Contratación Pública, se ha constituido entonces como una herramienta con la que cuenta el Estado para dar cumplimiento a los mandatos dirigidos a la satisfacción del interés general; es por ello que se ha definido al contrato estatal como un instrumento jurídico:

de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado (CC, C – 713/09, 2009).

Como desarrollo normativo a lo constitucionalmente prescrito, se encuentra la Ley 80 de 1993, la cual contempla disposiciones que rigen el ejercicio contractual de las entidades estatales, definiendo de manera expresa en su artículo 32, al contrato estatal como “aquel que celebran las Entidades Estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles”.

A su vez, se define el contrato de obra según el numeral primero del citado artículo, como aquel “cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.” (L. 80, art. 32, 1993).

Este estatuto, de igual manera contempla figuras como la Supervisión e Interventoría, espacios en los que se realiza seguimiento a la ejecución de los contratos estatales, y cuya pretensión es garantizar el cumplimiento de las obligaciones, derechos y compromisos contractuales a cargo de cada una de las partes; y que ante el evento de un posible incumplimiento se adelanten las acciones pertinentes para mantener las cargas pactadas, así como velar por la consecución del objeto contractual.

En ese sentido, la Ley 1150 de 2007 modificatoria del citado estatuto, contempló en su artículo 4 que la Entidad Estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente”.

En ese mismo sentido, y en consideración a que el estatuto de contratación, contempla el contrato de obra pública, como una tipología de contrato estatal, se ha complementado la normativa que regula la materia, con la expedición de los Decretos 4828 de 2008, 1082 de 2015,

que dispone las circunstancias alusivas a la ejecución del contrato y se dé lugar a una integración normativa, que le resulten aplicables a todos los contratos estatales.

Siguiendo el marco normativo propio de los contratos de obra, también se encuentra el Decreto 1082 de 2015, compilatorio de diferentes preceptos en materia contractual, que contemplan la tipología y la modalidad de contratación, las particularidades en la estructuración de este tipo de contratos, así como la aplicación del principio de planeación de la asignación y distribución de los riesgos.

A su vez, la ley 1882 de 2018, que en su artículo 4 establece la obligatoriedad que tienen la administración la cual están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de acoger pliegos de condiciones tipo para algunos procedimientos de selección, de igual manera vale la pena tener en cuenta lo establecido en el artículo 2:

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.

De igual manera, es necesario acudir a los lineamientos impartidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación (Conpes), establece lineamientos en los cuales se busca fortalecer la planeación precontractual de los procesos contractuales los cuales no debe dar lugar a confusión e

interpretación por parte de los oferentes, si no por el contrario ser claros y transparentes para contribuir a la reducción de controversias judiciales y extrajudiciales en contra del Estado.

Articulado desde los enunciados de la ley 1150 de 2007, se pretende lograr que las partes involucradas en las actividades contractuales, realicen un estudio consciente que permita prever situaciones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente materializados, analizando las potenciales situaciones que pueden alterar el equilibrio económico del contrato procurando tomar las medidas necesarias para reducir su posibilidad e impacto,

El numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, establece que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos que a su vez, en virtud de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, son los documentos definitivos que sirven de fundamento para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y que deberán ponerse a disposición de los interesados junto con éste, para que en una discusión conjunta y en aplicación del deber de colaboración de los particulares con la administración, se establezca la asignación definitiva de los riesgos de acuerdo a su tipificación y estimación. (Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES 3714], 2011, p. 8).

Con lo señalado, se puede señalar que la normatividad que recopila la presente investigación, relativa a los contratos de obra pública, tiene su antecedente aún vigente en la Ley 80 de 1993, y que, a partir de una lectura sistemática de la norma, así como de la jurisprudencia se puede evidenciar las consecuencias negativas que devienen del incumplimiento de este tipo de contratos, cuando no se realiza una adecuada planeación y tipificación de los posibles riesgos previsibles.

CAPÍTULO II: EL CONTRATO ESTATAL - CONTRATO DE OBRA PUBLICA EN COLOMBIA.

“La eliminación de la corrupción, aumenta los recursos para proporcionar bienes públicos”

Ernesto Matallana

1.1 Antecedentes del Contrato Estatal: Contrato de Obra publica

La contratación estatal, como se señalará a lo largo del presente trabajo investigativo, se ha instituido como el vehículo con el que cuenta el Estado, para satisfacer los intereses y necesidades del conglomerado social, definiéndose esta como una actividad por medio de la cual los recursos con los que cuenta el Estado administrados por las Entidades Públicas, se ponen al servicio de los ciudadanos, para la adquisición de bienes, servicios y obras, en donde las partes que participan son los Particulares (expertos) y las entidades del estado. (Bejarano, 2009).

El antecedente histórico a este vínculo, se encuentra en las sociedades que evidenciaron la necesidad de los gobernantes y súbditos en mejorar las condiciones de vida, pues las obras que se adelantaban adquirirían la condición de “*obra pública*”, cuando se realizaba “con recursos aportados por el Estado y cuyo objetivo es principalmente de carácter social, es decir que benefician, en principio a una parte o la totalidad de la población gobernada” (Vargas, 2010, p. 20).

Es así como la figura del Contrato de Obra, se constituyó como un escenario que permitía lograr iniciativas de interacción cercana entre la sociedad y el estado, pues la evolución regulatoria del mismo, se legitimó para consolidar los procesos de desarrollo y crecimiento político y económico de las colectividades. Por ello, es necesario reconocer que

La industria de la construcción ha protagonista en el desarrollo de las sociedades, ya que es responsable directa de la creación de infraestructura de vivienda, transporte, instalaciones sanitarias, entre otros proyectos, en las que se gesta la cultura y el crecimiento económico de la humanidad. (Acevedo et al., 2012, p. 106).

Según su finalidad, este vínculo contractual, permitiría

Aquellas realizaciones físicas que debe ejecutar el Estado para proporcionar el crecimiento integral de las estructuras sociales y económicas de la nación, manteniendo el medio ambiente con la menor intervención negativa posible y por ende los menores impactos, dotando su estructura institucional de todas las condiciones administrativas, técnicas, jurídicas, legales, financieras y logísticas adecuadas para ser eficientes y eficaces en ese cometido gubernamental. (Vargas, 2010, p. 19).

Teniendo en cuenta lo anterior, la contratación en Colombia tiene su antecedente directo normativo, previo a la expedición de la Constitución política de Colombia de 1991, con la Ley 53 de 1909, la cual fue el primer precepto de orden legislativo que contemplaba la relación que se podía generar entre un particular y el estado, a través de la celebración de un contrato.

Seguido a ello, se encuentra el Decreto 1779 de 1960, el cual dispuso un modelo de contrato de obra pública que se celebrara entre el Gobierno y las Entidades estatales, señalando particularidades para su perfeccionamiento, su ejecución, financiación y supervisión en todas las fases, hasta la liquidación.

Otro antecedente normativo significativo para el contrato de obra pública, se encuentra en la expedición de la Ley 4 de 1964, que en su artículo segundo clasifico los bienes y servicios a contratar así:

a) Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios; b) Para los mismos fines, mediante el sistema de administración delegada; c) Para la ejecución de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, mediante un honorario fijo o vinculado al costo del estudio o de la obra respectiva.

y estableció las condiciones en las cuales se presentaba la oferta por parte del privado interesado, y las particularidades de la licitación como mecanismo de selección.

Por su parte la Ley 36 de 1966, estableció condicionamientos para la ejecución del contrato, a partir del pago de los impuestos y gravámenes asociados al proceso de contratación, así como la modificación de las cuantías del contrato que se adjudicaba a través de licitación.

Ahora bien, es importante precisar que, en materia contractual, se ha presentado una evolución normativa, que se ajusta a las necesidades de los bienes y/o servicios a adquirir, así como la necesidad de salvaguardar los intereses y eficiencia del gasto público, procurando imponer límites y controles a la ejecución contractual, por ello como antecedente jurídico directo de la Ley 80 de 1993 se encuentra el anterior Estatuto de Contratación, Decreto 222 de 1983, que a partir del artículo 81 señala la decisión del contrato de obra pública, así como características propias de esta tipología contractual.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, desde la principalística que caracteriza la Constitución Política de Colombia 1991 como modificatoria de todo el ordenamiento legal colombiano, este nuevo estatuto contempló no solo los principios aplicables a la contratación estatal, sino que propiamente frente al contrato de obra pública dispuso una definición expresa de este tipo de contrato limitando o creando un criterio restrictivo de lo que se entiende como obra pública.

Finalmente, se encuentra el Decreto 1082 de 2015 y la Ley 1882 de 2018, norma compilatoria y norma modificatoria respectivamente, y cuya pretensión en materia de obra pública, primero pretende establecer de manera expresa las condiciones y reglas de juego para adelantar los procesos de contratación en todas las modalidades previstas en la ley, y segundo se contempla la implementación de los pliegos tipos en los contratos de obra pública de infraestructura terrestre a fin de mitigar riesgos en la estructuración de los procesos de contratación.

1.2 Noción del Contrato de Obra Publica

De conformidad a los antecedentes del contrato de obra, como un tipo de contrato que se puede suscribir entre el estado y los particulares, en aras de fortalecer el desarrollo integral de una comunidad, este se ha definido desde la ley y diferentes pronunciamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales, cuya pretensión es limitar la aplicación del mismo, para la adquisición de bienes y servicios en concreto.

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, siendo entonces el contrato público uno de los instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de

todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado. (CC, C-713/09, 2009).

De igual manera, siguiendo con la línea constitucional que rige la contratación estatal, en el artículo 311 constitucional, relativo al régimen municipal, se ha dispuesto expresamente, que el municipio como una entidad propia de la expresión de la división política y administrativa del Estado Colombiano, tiene a su cargo la prestación de los servicios públicos contemplados en la ley, identificando las obras que garanticen el progreso local, el desarrollo del territorio, la promoción de la participación ciudadana, entre otros.

En ese sentido, el H. Consejo de Estado como máximo tribunal en materia contencioso administrativo, ha precisado que

A partir de la vigencia de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el ordenamiento positivo adoptó la categoría del contrato estatal, el cual -al margen de los reparos que amerita la definición contenida en la parte inicial de su artículo 32-, se encuentra legalmente definido como aquel acto jurídico creador de obligaciones a cuya celebración concurra una de las entidades estatales que menciona el artículo 2º ibídem, independientemente de que se trate de contratos previstos o tipificados en el derecho privado, en disposiciones especiales o que sencillamente resulten del ejercicio de la autonomía de la voluntad como suele suceder con los que se clasifican como atípicos e innominados (artículo 32, Ley 80). Así pues, la Ley 80 adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, esto es en atención a la naturaleza de los sujetos u órganos que intervienen en la formación del vínculo contractual, para efectos de determinar que los contratos podrán catalogarse como estatales únicamente en cuanto en uno de sus

extremos, al menos, se encuentre una entidad estatal (C.E., Sección Tercera, N° No. 52001-23-31-000-2005-00512-01 (32867), 2013)

De conformidad al citado mandato constitucional en el artículo 32 del estatuto de contratación estatal se encuentran contemplado la definición de los contratos estatales y las tipologías que hay tales como el contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de con sección, encargos fiduciarios, definiendo de manera específica que el Contrato de Obra:

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. (L. 80, art. 32, 1993),

Así las cosas, se encuentra que el H. Consejo de Estado, en virtud de sus pronunciamientos, ha abordado la naturaleza del contrato de obra pública, y los límites que sobre el recae, atendiendo el querer del legislador, analizando su definición a partir de la concepción legal, señalando que:

con esta definición, el legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles. (C.E., Sala de Consulta y servicio civil, N° 11001-03-06-000-2018-00124-00, 2018)

Ahora bien, otro concepto que de igual manera contribuye a la construcción de la noción del contrato de obra pública, lo trae García de Enterría y Fernández, en su Curso de Derecho Administrativo (2014), en el que señala que este tipo de contrato:

Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio. Esta definición fue sustituida (...) por otra más abstracta y mucho menos expresiva que entiende por obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica que tenga por objeto un bien inmueble, sustitución que no tiene mayor trascendencia (p. 776 -777).

Los conceptos relacionados, de orden legal, jurisprudencias y doctrinal, tienen en común que propenden por definir las características propias de esta tipología contractual, pues el mismo se centra en realizar un trabajo relativo a la construcción o mantenimiento de bienes inmuebles, con una remuneración, en donde una de las partes siempre será una entidad pública, facultada por la ley para atender el interés general, a través de la suscripción del contrato de obra pública.

1.3 Particularidades del contrato de obra pública

El contrato de obra pública, dentro de su naturaleza pura y simple de negocio jurídico que debe respetar lo contemplado en la ley especial, que para todos los efectos es el Estatuto de Contratación; no puede olvidar el marco normativo que antecede la contratación estatal, y es el que corresponde al Derecho Civil y Comercial.

Por lo anterior, el contrato de obra pública, cuenta con unas particularidades que son propias y a su tipología contractual, y que obedecen a:

- **Nominado o típico:** Contrato que cuenta con una regulación sustancial en la ley
- **Bilateral:** Contrato en el que las partes se obligan conjuntamente
- **Oneroso:** Contrato en el que se obtiene utilidad por parte de los contratantes, en donde uno se grava en favor del otro
- **Conmutativo:** Contrato en donde las obligaciones pactadas se vuelve reciprocas
- **Solemne:** Contrato sujeto a formalidades legales, tales como que conste por escrito
- **Intuito personae:** Contrato que se suscribe en atención a las calidades del contratista
- **De tracto sucesivo:** Contrato cuya prestación se encuentra prolongada en el tiempo

El Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil (2018), a través de Concepto 2386 de 2018 Radicado N° 11001-03-06-000-2018-00124-00, ha precisado algunas particularidades del contrato de obra pública y que se definen en las siguientes:

a. El principio de riesgo y ventura

El contrato de obra pública, se caracteriza por ser un contrato de resultado, en el que el contratista asume el “alea normal” del mismo (eventualidades previstas que pueden alterar la ejecución del contrato y que se pueden cuantificar de manera previa), procurando por el respeto a la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico. Es por ello que el contratista, pese a que en términos generales es quien asume un mayor o menor riesgo de onerosidad en el contrato en aras de cumplir el objeto para el cual fue contratado, lo único que importa es el resultado final y el cumplimiento del plazo pactado.

Este principio que se propone como una característica del contrato, se encuentra relacionado con las limitaciones con las que cuenta el contratista para asumir en la ejecución del contrato, riesgos ilimitados, pues contrario a lo que propone el derecho

civil, se aceptan modificaciones que atiendan las necesidades del vínculo jurídico, y una de ellas es salvaguardar el equilibrio económico del mismo.

Garantizar que el contratista cumpla sus prestaciones, y obtenga una compensación económica ajustada a la realidad financiera del negocio, implica la necesidad de establecer un contrato estatal que garantice una correcta asignación de riesgos, y una certeza por cada una de las partes en las obligaciones adquiridas del contrato estatal.

b. Clasificación del contrato de obra por la modalidad de pago: en contrato a precio unitario.

Tradicionalmente el contrato de obra pública se clasifica según la modalidad de pago en: la administración delegada, precio global, precio unitario, y por sistema de reembolso de gastos. No obstante, esta clasificación no se encuentra contenida en la Ley 80 de 1993, dejando una libertad para la entidad estatal de definir en la práctica comercial, la modalidad de pago, de conformidad a las obligaciones y con cada una de las partes de acuerdo a su responsabilidad.

La modalidad de pago, a precio unitario, que se utiliza generalmente en el contrato de obra pública, permite concretar la obligación de pago, según las cantidades de obras que realmente se ejecutaron y que sean canceladas de conformidad a los precios unitarios que se pactaron en el proceso contractual.

El valor estimado resultante y consecuentemente el valor a pagar al contratista, resulta del deber de la entidad estatal de reconocer y pagar lo que resulte de multiplicar las cantidades de obras pactadas y ejecutadas por los precios unitarios pactados, dentro de los límites financieros que tiene el negocio jurídico.

c. El concepto del A.I.U. en los contratos de obra no corresponde a un requisito de su existencia o validez, y puede ser estipulado en diferentes tipos de contratos estatales, según su naturaleza.

El concepto de A.I.U comprende los conceptos de Administración, como costos indirectos; imprevistos, como contingentes naturales a la ejecución de la obra; y utilidades, rendimiento o ganancia derivado de la ejecución de la obra; valor que se encuentra en el contrato de obra pública, como independiente al valor total de la obra sin discriminación en los valores unitarios, pero como porcentaje incluido en el valor total de la oferta presentada dentro del proceso de contratación.

Aunque este concepto no se encuentre previsto legalmente, es sabido que se contempla por parte del contratista dentro de la oferta presentada, y que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes se puede pactar en el contrato de obra; sin embargo, el hecho de que no se incluya dentro del valor final de la obra o no se encuentra expresamente discriminado, no afecta la existencia y validez del contrato de obra y no se entiende como un elemento exclusivo de este tipo de contrato.

d. Los inmuebles por adhesión y los inmuebles por destinación

Las obligaciones derivadas del contrato de obra, se entiende que recaen sobre bienes inmuebles y no sobre mobiliarios muebles. Es por ello que los trabajos de mantenimiento se encuentran asociados al contrato de obra pública, y que se pueden relacionar con reformas a los elementos estructurales de los bienes inmuebles, se consideran obras y, por ende, deberían contratarse a través del contrato de obra pública.

Es así como los trabajos materiales que se realizan sobre bienes inmuebles, y que en los que se encuentran los inmuebles por adhesión y destinación, deben estar sujetos a su contratación a través de los contratos de obra pública.

e. Contratos estatales que involucran prestaciones mixtas: los contratos mixtos.

Dentro de los contratos estatales se ha evidenciado que, si bien es cierto, se establece de manera expresa un objeto contractual, relacionado con las obligaciones contractuales, es posible que se dispongan prestaciones relativas a varios tipos y clases de contratos que no se encuentren incluso reglamentados por la ley o se encuentren innominados.

En ese sentido, para el contrato de obra pública se ha contemplado esa mixtura de obligaciones, en donde se da inicio a un proceso contractual, en donde se contrate el diseño y la construcción de la obra, o por el contrario la construcción y mantenimiento de la infraestructura, y que se adelanta a través de la modalidad de licitación pública o selección abreviada, y que se procura atienda la prestación principal.

Por otra parte, frente a las modalidades de selección procedentes para la celebración de un contrato de obra pública, como otra de sus particularidades se tiene que es posible acudir a la licitación pública, en tanto regla general para la celebración de los contratos de la Administración; a la selección abreviada, siempre y cuando se trate de menor cuantía o se presente reserva en el caso del sector defensa y seguridad nacional; a la contratación directa en los casos de reserva taxativamente establecidos en la ley; por último, a la mínima cuantía cuando se cumplan sus presupuestos económicos. (Bahamon, 2018, p. 75-76).

Teniendo en cuenta la particularidad del bien o servicio que se contrata a través del contrato de obra pública, para este tipo de contratos

Que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. (L. 80, art. 32, 1993).

En ese sentido, y en virtud a la disposición taxativa, de la modalidad de Licitación Pública, como el escenario jurídicamente viable para adjudicar el proceso de contratación, la Ley 1150 de 2007, dispuso de manera expresa la necesidad de establecer los riesgos previsibles que pueden afectar la correcta ejecución del contrato. Por lo anterior posteriormente, con la expedición del Decreto 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.” se ha contemplado de manera expresa, la asignación de riesgos, como una etapa previa, parte de la etapa precontractual del contrato estatal, destinándose una audiencia pública, con el fin de establecer el alcance de los pliegos de condiciones, y se revisara la tipificación, estimación y asignación de riesgos, que se encuentra prevista en la Ley 1150 de 2007.

Por consiguiente, si bien es cierto a partir de la condición de acto jurídico, el cual a través de su definición permite diferenciar esta tipología contractual del resto, por las actividades que se ejecutan en virtud del mismo, el compendio normativo que regula la contratación estatal en Colombia ha precisado características especiales que se deben aplicar, tal como la modalidad de contratación, la forma de pago, las prestaciones a cargo del contratista, entre otros.

1.4 Conclusiones

El contrato de obra pública se ha consolidado como una herramienta para el crecimiento y desarrollo social, económico y demográfico del estado colombiano. Su desarrollo normativo ha permitido evidenciar la necesidad de generar instrumentos que legitimen la administración de los recursos por parte de las entidades estatales y su destinación para desarrollar todas las iniciativas que tienen injerencia en la satisfacción de los intereses de los ciudadanos.

Este tipo de contrato, de conformidad a sus particularidades, plantea unas dinámicas que comportan el diseño y estructuración ajustada a lineamientos netamente legislativos, y que, aunque atienden a las necesidades de participación de particulares como expertos para la ejecución de los objetos contratados, es claro que la etapa pre contractual de estos negocios jurídicos, requiere no solo atender sus características propias del derecho civil y comercial, sino también la necesidad de una correcta ejecución previendo todas las circunstancias que interfieran en su cumplimiento.

CAPÍTULO III: PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

“El gran cambio en la contratación pública está en saber cómo se compra y no cuánto”

José María Gimeno Feliu

1.1 Antecedentes del principio de planeación (Ley 80 de 1993)

Parte del nuevo orden constitucional con la aprobación de la Constitución Política de Colombia 1991, producto de la declaratoria de estado de sitio del gobierno de turno, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, que en lo relacionado a la protección de derechos económicos del mercado y la libre competencia; colocó al ciudadano dentro de la

contratación estatal como usuario del Estado, que va requerir bienes del mismo; en consecuencia de lo anterior se crea la necesidad de revisar el anterior Estatuto de Contratación Estatal.

En Colombia el principio de planeación se estructura con más fortaleza a partir de la constitución política de 1991, con un avance normativo que se encargó de compilar todas las normas de la contratación pública y donde el principio de planeación se examina desde la responsabilidad que les compete a todas las entidades de elaborar estudios y documentos previos.

Es así que el congreso expidió La Ley 80 de 1993, este fue el resultado por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, derogando así el Decreto 222 de 1983, este estatuto se fundamenta básicamente en principios, encargados de dirigir la contratación, el más importante el principio de planeación pues su inobservancia pueda acarrear consecuencias jurídicas, económicas, administrativas y financieras para el contrato estatal.

Algunos otros principios que rigen la contratación pública son los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, economía, sostenibilidad, competencia, innovación, integridad, igualdad y transparencia.

En una aproximación conceptual el principio de planeación en materia de compras públicas, es imposible una definición toda vez que la aplicación del mismo debe ser entendida como un acto cambiante, dinámico, estratégico que integra múltiples conocimientos y metodologías con el fin de llegar a un plan determinado el cual cuente con objetivos, términos y una finalidad.

Sin embargo, en toda la esfera del derecho, aún más en el campo del derecho público y en las relaciones administrativas este concepto es de vital importancia para el desarrollo de cada una de las actividades encaminadas al desarrollo de un contrato estatal, sea cual sea.

Para el tratadista Expósito (2017):

La planeación en el ámbito contractual es una herramienta de gerencia pública y su objeto es analizar la factibilidad y eficiencia de las actuaciones estatales de carácter bilateral respecto al objeto de estas y su valor aproximado y así procurar recoger para el régimen jurídico los negocios del Estado concepto según el cual la selección de contratista, la celebración del contrato la ejecución y la liquidación de los mismos no puede ser de ninguna manera producto de la improvisación (p.73).

Con esto la planeación en términos generales, es la manifestación multidisciplinaria de poder establecer a través de lineamientos y gestiones la adopción de correctas medidas en el ejercicio de la contratación.

Al respecto Silva (2019) afirma que:

El principio de planeación, pese a no tener una definición legal en el ordenamiento jurídico colombiano, constituye el núcleo esencial de los contratos que realizan las entidades públicas, dado que es en este eslabón del proceso de contratación que el Estado piensa a futuro el rumbo de aquel proceso y condiciona de manera a veces limitada su futuro contractual y la satisfacción de la necesidad estatal. (p. 24).

Como se mencionó, este principio no se encuentra nominado taxativamente en el sistema normativo colombiano, no obstante por su esencia, se encuentra previsto en varios preceptos constitucionales como el artículo 209, 339 y 341 que explicaremos más adelante; en las normas regulatorias de la contratación estatal, se encuentra en el artículo 25 numeral 12 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, y que se caracteriza por la obligación que tienen las entidades estatales y su deber de planeación (etapa precontractual) del proceso contractual, obligando a las entidades estatales a desarrollar una correcta administración de los

recursos públicos toda vez que acompaña todas las fases de su contratación y con ello trasciende al control fiscal, judicial y disciplinar.

Este principio aparece entonces en el sistema jurídico como el deber de planeación que le asiste a las instituciones del Estado, que tiene como fin asegurar que todo proyecto que se encuentre precedido por análisis jurídicos, financieros y técnicos; con el objeto de definir su viabilidad y decidir si se contrata o no. Es así como se espera que en todos los procesos de contratación se dé estricto cumplimiento de los principios contractuales, lo anterior como medida de prevención del daño antijurídico en los contratos estatales, haciendo énfasis en el principio de planeación como un escenario de mitigación de riesgos.

1.2 Principio de planeación en la etapa precontractual.

El proceso de la gestión contractual estatal, tiene tres etapas, la etapa precontractual, contractual y post-contractual, en ellas se desarrolla todo el trámite desde su planeación, ejecución y posterior liquidación. En esa primera fase de la contratación estatal se adelantan gestiones como: la elaboración de estudios previos, análisis del sector y del mercado, identificación de los riesgos, la cuantificación de los mismos, y se emiten Certificados de Disponibilidad presupuestal o vigencias futuras según corresponda.

La etapa pre contractual del proceso de contratación, inicia con la construcción del instrumento denominado Plan Anual de Adquisiciones (PAA), allí se encuentran relacionadas las necesidades que se pretenden contratar con el presupuesto estimado, así como la modalidad de contratación a través de la cual se va a adelantar la estrategia de contratación. Aprobado el anterior documento, este se deberá publicar en Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP a más tardar el 31 de enero de cada vigencia.

Seguido de lo anterior, y advirtiendo que la etapa pre contractual consiste en la preparación, planeación y programación de adquisiciones de bienes, servicios y obras esto con el fin de satisfacer las necesidades de la entidad, se continua dentro del proceso de contratación con la elaboración y aprobación de todos los documentos previos, los cuales tienen una relación estrechamente ligada con el principio de planeación, pues en esta primera etapa, la entidad estatal debe tener en cuenta el sector del objeto del proceso y su justificación legal, económica, comercial, técnica, así como analizar los posibles riesgos previsibles que lleguen a afectar la correcta ejecución del contrato, situaciones que se encuentran plasmadas en lo que se denomina “Estudio Previo”.

El decreto 1082 del 2015 “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional” nos establece en su sección 2, la estructura y documentos del proceso de contratación subsección 1 planeación. En su artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos.

Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación. 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos. 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado

por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración. 5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable. 6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo. 7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación. 8. La indicación de sí el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial. El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía".

El principio de planeación contractual, particularmente en el contrato de obra civil, para ordenar la apertura de la licitación pública, como modalidad de selección propia de este tipo de contratos tiene como requisito la disponibilidad presupuestal certificada y expedida por el área financiera y de presupuesto de la entidad estatal, aunado a esto se deberá presentar el estudio de conveniencia y oportunidad, siendo el documento fundamental de la toma de la decisión del objeto de la obra que se va a contratar, cuando este tiene por objeto la construcción de obra pública, el mismo requiere de estudio técnicos; estudio de suelo, estudio del mercado, los diseños estudios técnicos, planos, estructura legal, técnica y financiera, contenida en los pliegos de condiciones estabilidad y calidad de los bienes, insumos, pre factibilidad y factibilidad del proyecto, minuta del contrato y presupuesto del contrato.

Además de lo anterior los contratos de obra pública, requieren licencia ambiental, la licencia de urbanismo, la licencia de construcción, o en su defecto el estudio del impacto ambiental negativo que puede causar la rehabilitación o mantenimiento de la obra al medio ambiente, así como las medidas de prevención y rehabilitación para la sostenibilidad ambiental, trámites de permisos y licencias que se deben solicitar previamente ante las autoridades

ambientales y de planeación. (Escobar, 2000). Otro aspecto a tener en cuenta en un contrato de obra civil, es la adquisición de los predios para la construcción de la obra pública como requisito necesario para la ejecución del contrato al momento de su celebración. (Escobar, 2001).

Cumplido lo anterior se empieza a establecer el procedimiento de la selección del contratista, con la elaboración del pliego de condiciones y términos de referencia, el cual los oferentes interesados tienen en conocimiento respecto del cual se podrán hacer observaciones. Una vez estos documentos contengan las precisiones de las obras civiles, la fase precontractual se da por terminada con la adjudicación del contrato.

Es así como para Mejía (2021) las fases de la etapa precontractual son las siguientes Planeación 2. Selección 3. Contratación y 4. Ejecución a su vez la etapa de planeación conlleva en 1.1 estudios y documentos previos, 1.2 aviso de la convocatoria, 1.3 pliego de condiciones, 1.4 observaciones al pliego de condiciones, 1.5 acto administrativo de apertura del proceso de selección. (p. 213).

En conclusión, este principio irradia toda la contratación estatal y acompaña todos los demás principios que rigen la contratación pública, es así que la Ley 80 de 1993 en su artículo 25 numeral 12 establece el principio de planeación el cual se encuentra unificada al principio de la economía contractual y que la carencia del mismo acarreará consecuencias considerables, que harán que no culmine en debida forma el contrato estatal.

1.3 El principio de planeación, según el Consejo de Estado

En Colombia el principio de planeación en el marco de la contratación estatal, como se ha reiterado en esta investigación no tiene sustento normativo taxativo sin embargo el mismo se puede comprender a partir de los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política de Colombia, donde se identifica como fundamental el deber de planeación en los contratos

estatales, disponiendo de manera expresa la necesidad de que las autoridades administrativas obren coordinando sus actuaciones con el fin de cumplir con los fines esenciales del estado, a través de un control de carácter administrativo, disciplinario y fiscal.

Ahora bien, es necesario ver el proceso contractual como una herramienta la cual tiene como finalidad dar cumplimiento a los propósitos del Estado social de derecho y es a través de la contratación estatal que el principio de planeación toma vital importancia, en atención a que

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de pre factibilidad, 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 (CC, C-300/12, 2012).

Este principio no positivizado ha tomado una relevancia significativa, la cual la jurisprudencia ha desarrollado en muchas ocasiones definiciones con el fin de entender su aplicación e importancia como la que en sentencia No. 85001-23-31-000-1996-00309-01 (15324) emitida por la sección tercera del Consejo de Estado (2007):

Consiste en el ideal de lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad; en tal sentido, la norma ordena que con anterioridad a la decisión misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, mediante licitación o de forma directa, entre otras cuestiones de máxima importancia, la Administración verifique la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar los compromisos que puedan surgir para la entidad,

como resultado de dicha selección; realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que elabore los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto.

Así mismo la citada corporación ha planteado su posición cuando se percibe que en el ejercicio contractual de las entidades públicas, cuando no se cumple con el debido deber de cuidado y la adecuada aplicación del principio de planeación, se generan efectos nocivos para la administración incluso para el tercero involucrado en la relación contractual, al considerar que

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales. (CE, Sección Tercera, No. 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464), 2012).

Partiendo de lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estudiado y conceptualizado el tema materia de este escrito donde han coincidido en que el principio de planeación está en cabeza de la administración y este se materializa en el momento exacto en que se está ideando el proceso contractual para poder suplir la necesidad que tenga la entidad pública.

Sin embargo en medio del desarrollo y avance jurisprudencial en el año 2014 se generó una nueva línea de pensamiento jurisprudencial encabezada por doctor Orlando Santofimio donde por primera vez se habló de la responsabilidad que deben tener los particulares que participan en los procesos de contratación pública, ya que puede que la entidad estatal desarrolle

de forma muy diligente todos los procesos, tramites, documentos, estudios, análisis y demás requisitos previos que garanticen un buen proceso de contratación, sin embargo se pueden suscitar situaciones que alteren la correcta ejecución del contrato, y que el particular desde su experticia puede advertir a tiempo, desde la estructuración.

Lo que se pretendió con este fallo fue involucrar a los particulares en la administración y planificación de las entidades, debido que al momento de contratar el particular es quien conoce técnicamente los productos o servicios que se está contratando, y que puedan advertir cuando las condiciones del proceso contractual no van poder ejecutarse o no van a cumplir con el fin propuesto.

La obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase pre contractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista, tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones de inicio de obra. El ocultamiento malicioso de información perjudica a quien la oculta. Por lo anterior, la suscripción imprudente de un contrato, como cuando se firma un contrato que no está listo para ponerse en ejecución, podría generar responsabilidad compartida por los incumplimientos derivados de esa falta de previsión, según el caso y el tipo de obligación frente a cada parte. El tercer problema también ha quedado resuelto. Es decir, sí trae consecuencias jurídicas la suscripción de contratos sin atender el principio de planeamiento (CE, Sección Cuarta, N° 11001-03-15-000-2013-01919-00 (2020872), 2014)

La anterior postura, generó posiciones divididas ya que dentro del argumento de la sección tercera se hace advierte que al violar el principio de planeación se transgrede las normas

del estatuto de contratación y la misma constitución, ya sea que este en cabeza de la entidad estatal o del deber de cuidado del particular, como se identificó en el caso examinado, así:

La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 0366-1 que las partes celebraron el 14 de diciembre de 1994 ya que infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; 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; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales (CE, Sección Tercera, N° 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) 2013).

Se concluye entonces, que el principio de planeación es directamente la actividad que desarrolla la administración durante las etapas de contratación buscando se cumpla con eficiencia y eficacia el adecuado uso de los dineros públicos con el fin de utilizarlos el bien común, ahora bien en lo que tiene que ver con el principio de planeación y preparación se cumple con el deber objetivo de cuidado y es claro que en las etapas del contrato estatal se asegura no solo la legalidad del contrato estatal sino la culminación en términos del mismo.

1.4 Conclusiones

Los principios del sistema de la contratación estatal constituyen reglas de conducta de los participantes del sistema de las compras públicas que permiten metodizar los fines del estado, así mismo y el marco central de esta investigación es el principio de planeación en la preparación de los negocios contractuales. Esto obliga a las entidades del Estado que con anterioridad a la

iniciación de procedimiento de selección o suscripción de los contratos según sea el caso estas deberán adelantar estudios, diseños, proyección y pliegos de condiciones como se mencionó anteriormente.

Ahora bien, en el marco legal, aunque este principio no se encuentra nominado es esencial en todo el marco de la contratación estatal, pues sin ello no se podría llevar a cabo, ninguna compra pública y todas sus etapas, siendo este principio la esfera central de la etapa precontractual, contractual y pos-contractual.

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE PLANEACION: ASIGNACIÓN DE RIESGOS Y LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

“La educación es el arma más poderosa para cambiar el mundo”

Nelson Mandela

1.1 El principio de planeación en la ejecución del contrato de obra pública

Los fines del estado, dispuestos en la constitución política de Colombia, y trazados como parte de la hoja de ruta del estado social de derecho, en el marco de la contratación estatal deben ser tenidos en cuenta dentro de la ejecución del contrato, respecto de la participación que tienen las entidades públicas; pues a través de ellos se constituyen los lineamientos básicos para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, según el bien o servicio contratado, en este caso las obras públicas. En ese sentido mediante sentencia T-459/98 la H. Corte Constitucional (1998), señalo:

Las diferentes autoridades públicas están llamadas a respetar la dignidad humana y cumplir los fines esenciales del Estado como son el servicio a la comunidad, la

promoción de la prosperidad general y la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política de Colombia (Arts. 1 y 2 Constitución (Const.); por ello mal podría la administración pública realizar sus labores obstruyendo o desconociendo los derechos de los particulares. El servidor público no solo está obligado a observar el reglamento o las normas que determinan sus funciones, sino que además debe detectar las irregularidades que en desarrollo de su actividad causen daño a los asociados. Sencillamente, es deber del servidor público, a través del servicio a la comunidad, procurar las mejores condiciones de vida a todas las personas que se encuentran dentro del territorio colombiano (Arts. 365 y 366 Const.)

La planeación, al ser uno de los principios que orienta la actividad administrativa propia de la contratación pública, tiene como finalidad lograr la eficiencia y eficacia de la misma, advirtiéndose de manera reiterada que la indebida planeación, afecta de manera directa la ejecución contractual. La planeación, no se considera una actividad estática que solamente se agota cuando se firma el contrato estatal, sino que está inmersa desde la estructuración del negocio jurídico y la ejecución del contrato estatal.

Frente al principio de planeación, en la etapa de ejecución contractual, a través de sentencia No. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489) el H. Consejo de Estado (2012), ha precisado que

El proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de [sic] proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes

afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano y quienes intervienen en la contratación estatal, han limitado el principio de planeación a la estructuración de los estudios previos en la etapa pre contractual, desconociendo las demás etapas del proceso de la obra, la cual también requiere un escenario de planeación y que son eje fundamental de la ejecución y cumplimiento de los términos del negocio jurídico celebrado, cuya pretensión es la satisfacción de los intereses colectivos, donde el contrato estatal, tal y como se identificó de manera previa, es el vehículo para el cumplimiento de los fines del estado.

Es así, que el contrato de obra pública, se encuentra estrechamente ligado con los principios que rigen su estructuración para que el negocio jurídico tenga validez, y por ende satisfaga los intereses generales. Es por ello que el principio de planeación dentro de la contratación estatal se encuentra estrechamente relacionado con las diferentes disposiciones de orden legal y reglamentario que conducen la ejecución de cada uno de los proyectos, pues contempla una articulación entre las partes del contrato estatal, en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contratado.

La ejecución contractual, contempla entonces prestaciones recíprocas entre las partes que intervienen, en ese sentido, el principio de planeación se contempla como un postulado que afecta de manera integral todo el *iter contractual*, y que se articula con los demás principios que rigen la contratación estatal, constituyéndose como un eje fundamental que se desarrolla en la ejecución de las obras, así como la adquisición de bienes y servicios por las entidades estatales.

La ejecución de un contrato estatal que no se ajusta a los preceptos del principio de planeación, tendrá repercusiones en la calidad de las actividades a recibir o el incumplimiento del objeto contratado, pues las omisiones que se generen por parte de la entidad estatal en el proceso contractual, conlleva el incremento de costos en el proyecto, a la paralización de las obras o en un escenario más gravoso, en la imposibilidad de culminar las obras por insuficiencia de los recursos, destinados en etapa de planeación.

Teniendo en cuenta lo anterior, para los contratos estatales, se encuentra prevista de manera expresa en la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1474 de 2011, desde el artículo 82 al 96, los aspectos relativos al control en la ejecución del contrato, a través de la figura del supervisor y del interventor, disponiendo de manera expresa su labor dentro de la ejecución del contrato, quienes de manera integrada con el contratista vigilan de manera técnica el desarrollo de las obras contratadas, procurando que se cumpla la necesidad para la cual fue suscrito.

La supervisión, se ha definido legalmente, en la Ley 1474 de 2011 en su artículo 83, como aquel seguimiento técnico, administrativo, financiero y jurídico que se realiza respecto del cumplimiento del objeto del contrato, que se ejerce por la misma entidad que contrata el bien o servicio, designándose al personal de apoyo que se requiera para adelantar dicha labor. Por su parte, la interventoría, consiste en el seguimiento que se realiza por un tercero (persona natural o jurídica) contratada por la entidad estatal, cuando el seguimiento que requiere el contrato, supone un conocimiento especializado, o que por la complejidad del mismo se necesite.

En la correcta ejecución contractual, de los contratos de obra, se debe procurar que los procesos de contratación, en virtud del principio de planeación, y de manera equitativa se procure establecer de manera anticipada, los estudios, presupuesto y necesidad a satisfacer,

partiendo del conocimiento que tiene la entidad estatal, en aras de garantizar la correcta utilización de los recursos.

Según lo anterior, las gestiones que se adelantan por la entidad estatal en procurar la correcta ejecución del contrato estatal, se pueden definir bajo el esquema de una buena administración, en donde no solo se garantiza los derechos de los particulares que intervienen dentro del negocio jurídico, sino que adoptan decisiones que de manera razonada y dentro del marco legal, garantizan el cumplimiento de la obra contratada, gestionando su ejecución bajo el principio de buena fe y diligencia.

Los particulares, que participan como contratistas en el suministro de bienes y servicios a través de la contratación estatal, y en consonancia con la citada correcta administración estatal, tienen entonces una obligación compartida en el contrato de obra, pues deben poner de presente las deficiencias que tanto en el proceso de planeación como de ejecución puedan subsanarse oportunamente, con el fin de que se cumpla a cabalidad el objeto contratado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la ejecución contractual está relacionada no solo con la elaboración de los estudios previos, sino con las labores de seguimiento y control al cumplimiento del objeto del contrato, procurando la eliminación de escenarios de improvisación por parte de los intervinientes dentro del negocio jurídico. Por su parte, la planeación como principio rector de la contratación estatal al interior de las entidades estatales, permite disminuir las contingencias que se presenten en el desarrollo de los contratos de obra pública, configurándose en un instrumento de gestión pública, el cual permite ejercer una estructuración que atienda las necesidades a satisfacer, un control a las actividades derivadas del contrato estatal y optimizar los resultados esperados, desde una ejecución eficiente de los recursos públicos.

1.2 El principio de planeación y el incumplimiento del contrato de obra pública

Durante la ejecución del contrato de obra pública es posible que se presenten situaciones de orden material, no previstas por las partes, que afecten la concreción del objetivo contratado; por ello, desde el principio de planeación en la contratación y específicamente en este tipo de contrato, existe la necesidad de dar cumplimiento a los preceptos de orden jurídico y jurisprudencial, en aras de atender la necesidad que fue contratada.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado. (CE, Sección Tercera – Subsección C, No. 41001-23-31000-2007-00355-01 (51362), 2015).

El cumplimiento del contrato estatal de obra pública requiere entonces- el desarrollo de actividades propias a su naturaleza, y que para que la culminación o terminación debe atender las cláusulas propias de este tipo de contrato, en las que se encuentra el objeto, pago, tiempo de ejecución, garantías entre otros; sin embargo, este cumplimiento debe atender la necesidad de que la obra, bien o servicio debe ser funcional al momento de su entrega, procurando que se enmarque dentro de los límites de la garantía. El principio de planeación, en ese sentido, contempla gestiones de planificación para correcta ejecución del contrato y por ende tener un desarrollo exitoso del mismo, con miras a satisfacer la necesidad contratada, que, para el caso del tipo de contrato, es una obra funcional.

Teniendo en cuenta lo anterior, las circunstancias en las que se desarrolla el proceso pre contractual, deben prever que el futuro contratista, conoce las circunstancias características propias del contrato de obra pública, pues de conformidad a las condiciones del negocio jurídico que se celebra, se pueden presentar situaciones que impliquen que el particular que participa en la prestación de servicios públicos.

Dentro de las particularidades del contrato de obra en aras de suprimir al máximo el margen de ocurrencia de situaciones que den lugar al incumplimiento del contrato de obra; es necesario detectar dentro del proceso de estructuración del negocio jurídico, y por ende en aplicación del principio de planeación, las posibles fallas dentro del procedimiento se pueden presentar, tales como desviaciones o irregularidades que pueden dar lugar a retrasos o inconformidades de las partes, generando espacios correctivos para la implementación de mejoras oportunas para el cumplimiento del objetivo contratado, siempre contando con escenarios de advertencia y control, de la ejecución del contrato estatal.

En ese sentido el principio de planeación, dentro de la ejecución del contrato de obra pública

Permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del

principio de planeación. (CE, Sección Tercera, N° 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) 2013).

El incumplimiento de las obligaciones del contratista por situaciones de riesgo que perjudiquen el cumplimiento del contrato, revisten de manera directa una afectación al cumplimiento de las funciones de la administración pública. El principio de planeación, es entonces una herramienta que permite prever de manera anticipada las posibles afectaciones que puede tener el contrato de obra que, por su complejidad, implica la concreción de actividades concatenadas y cuya paralización o no ejecución, puede perturbar la prestación del servicio, que el desarrollo de infraestructura implica.

En consonancia con lo previamente indicado en sentencia N° 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809), la sección tercera del Consejo de Estado (2014) respecto del principio de planeación y su incidencia en la ejecución del contrato estatal, señala que:

el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen ésta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobre costos en que habrá de incurrirse por el retardo.

En el evento en el que se materialice una situación que afecte la normal ejecución del contrato, y que por ende se dé el incumplimiento del mismo, se establece una situación de orden sancionatoria y procesal dentro del contrato estatal, en donde por parte de la administración se hace un juicio valorativo respecto de la inobservancia de lo contemplado en el contrato, de acuerdo a la lógica, experiencia, criterios objetivos y métodos técnicos que se ajustan a la tipología del contrato de obra pública. El poder sancionatorio con el que cuenta el estado, contempla entonces un procedimiento que se encuentra reglado, es decir, dispuesto de manera expresa en la norma, específicamente en la ley 1474 de 2011, y cuya finalidad es la imposición de medidas sancionatorias, en aras de conminar el cumplimiento del contrato o en su defecto penar la violación de las estipulaciones contractuales, en aras de restablecer de manera económica los perjuicios causados por el incumplimiento contractual.

La procedencia de la imposición de las sanciones que la ley prevé, en caso de un incumplimiento del contrato, tiene una relación directa con el principio de planeación, pues parte de la estructuración de las obligaciones de las partes y en especial de los compromisos que adquiere el contratista, pues se presentan hechos o circunstancias que representan un riesgo para el cumplimiento del interés público, que dentro de marco legal, ha dado lugar a que se contemplen diferentes supuestos en los cuales la administración, en caso de una frustración del objeto contractual, se pueda ordenar de igual que los escenarios contemplados de manera previa, la terminación unilateral del contrato e incluso la declaratoria de la nulidad contractual.

Acorde con lo anterior, el principio de planeación no se limita al cumplimiento se los requisitos previstos en la ley, sino que en definitiva se requieren acciones concretas en el marco del proceso de contratación, en la que se incluye un seguimiento técnico a la ejecución de la obra, al desarrollo del proyecto, con el fin de que en el caso de que se materialicen eventos no

previstos se cuenten con herramientas para brindar solución de manera oportuno. Implica este principio una

Garantía, una vez la obra sea terminada y entregada, para que el interés público realmente prevalezca sobre cualquier otro, para que las obras se realicen y se sustenten, para que los contratistas tengan un marco de operación legal y técnico que les provea de seguridad jurídica, económica y política. Ver al respecto Sentencia Consejo de Estado Sec 3ª. Exp. 19730, 5 febrero de 2012, según la cual una verdadera planeación debe involucrar el establecimiento de necesidades, objetivos y metas, la definición de estrategias y medios para lograrlos, la organización para poner en práctica las decisiones, seleccionando los diversos cursos de acción futuros, incluyendo una revisión al desempeño y retroalimentación, para hacer los ajustes necesarios en los futuros procesos que se lleguen a realizar. (Aponte,2014, p. 180).

1.3 El principio de planeación, la asunción del riesgo y la responsabilidad en el contrato de Obra

El cumplimiento del principio de planeación, tal y como se ha propuesto en el desarrollo del trabajo, comprende todas las etapas del contrato estatal, es decir, desde la fase precontractual, incluida la ejecución y la consecución del objeto contratado. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la suscripción de un contrato que no cumpla con los requisitos para iniciar su correcta ejecución, puede generar responsabilidad compartida entre las partes por los incumplimientos derivados de la falta de previsión que se genere desde la estructuración del contrato de obra pública.

El principio de planeación como uno de los ejes rectores de la contratación estatal implica que los interesados en la suscripción del contrato de obra pública, actúen de manera diligente desde la fase pre contractual, pues se espera que las dos partes, es decir la entidad estatal y el

particular que pretende participar en el desarrollo de infraestructura, conozcan de manera conjunta e integral las proyecciones que se hacen en aras de formular propuestas o proyectos de orden contractual, que atienda las condiciones técnicas, administrativas y financieras reales, que procura atender el Estado a través del contrato de obra pública.

Ahora bien, sin olvidar que, en materia de contratación estatal, prima la aplicación de los principios del derecho civil y comercial, con la supremacía legal que implica que una de las partes este representando al estado; figuras tales como, el desequilibrio económico del contrato, la teoría de la imprevisión, onerosidad sobreviniente o la teoría de las dificultades materiales imprevistas, constituyen escenarios en donde se puede ver comprometido el cumplimiento del objeto del contrato, y por ende, encontrarse vinculada la responsabilidad de alguna de las partes, por la indebida aplicación del principio de planeación, partiendo del supuesto, que el contrato estatal de obra pública, contempla contraprestaciones recíprocas que en cuya ejecución y de manera previsible, deben atenderse sin perjudicar a las partes.

Uno de los escenarios en los que se vulnera el principio de planeación y que puede dar lugar a la materialización de escenarios de responsabilidad por cada una de las partes que intervienen en el contrato de obra, es cuando no se cuenta con claridad en las prestaciones u obligaciones a cargo de cada una de las partes, como un criterio objetivo que determina el cumplimiento del contrato, pues la interpretación de las cláusulas contractuales, puede dar lugar a discrepancias en el cómo, cuándo, donde, porque y para que se deben ejecutar las actividades que permiten llevar a cabo la obra contratada.

Otro escenario en el que se puede ver comprometido el cumplimiento del objeto del contrato, corresponde a la asignación de los riesgos, como una parte de la etapa precontractual en donde se ve materializado el principio de planeación, pues permite establecer un grado mayor de

certeza respecto a la cobertura y tratamiento de contingencias, prevención de litigios en caso de situaciones que alteren la normal ejecución del contrato y permite tomar decisiones dentro de la ejecución del contrato de obra.

La previsión de riesgos a la que se hace alusión de manera previa, se encuentra contemplada de manera expresa en el Artículo 4 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015, donde se plantea de manera expresa, que, desde la etapa precontractual en los estudios previos, se debe contemplar los riesgos, su asignación y la manera de mitigarlos. La previsibilidad, cuantificación o distribución del riesgo, pretende de manera implícita la protección del interés general.

El CONPES 3714 de 2011, estableció los lineamientos para el manejo de los riesgos previsibles en la política de contratación pública en Colombia, señalando la naturaleza de los riesgos contractuales así:

- **Riesgos previsibles:** Se considera un riesgo previsible como una circunstancia identificable y cuantificable que se presenta en el desarrollo y ejecución del contrato estatal, y que tiene la probabilidad de alterar el equilibrio económico del negocio jurídico.
- **Riesgos imprevisibles:** Hace alusión a sucesos que se presentan una vez suscrito el contrato y cuya ocurrencia no se pudo prever al momento celebrar el negocio jurídico; que existiendo dicho suceso se desconocía por las partes al momento de firmar el contrato, o que los efectos de dichos sucesos son diferentes a los contemplados.
- **Riesgos cubiertos en el régimen de garantías:** Estos riesgos se encuentran relacionados con la seriedad de la oferta, cumplimiento del contrato, responsabilidad

extracontractual, hechos u omisiones de las partes, y demás que se presenten por la naturaleza del contrato.

- **Obligaciones contingentes:** Son obligaciones que la entidad estatal estipula en el contrato en favor del contratista, y que consisten en el pago de una suma de dinero por la ocurrencia de hechos futuros e inciertos.
- **Riesgos generados por malas prácticas:** Son sucesos que se pueden generar por acciones negativas durante la contratación o la ocurrencia de riesgos operacionales en la estructuración del contrato y que afectan la ejecución del contrato.

De conformidad a la clasificación propuesta, se establece de manera simultánea la distribución de los riesgos en la contratación, a partir de la Tipificación, como la identificación de los riesgos que pueden ocurrir en la ejecución del contrato. Dentro de estos se puede encontrar: Riesgo económico, sociales, políticos, operacionales, financieros, regulatorios o de naturaleza, cuyas circunstancias de ocurrencia atienden a la tipología del contrato de obra pública; Estimación: Atiende a un análisis de probabilidad de ocurrencia y su impacto, que permite establecer la afectación en la correcta ejecución del contrato estatal; y Asignación: Evaluación de la capacidad de cada una de las partes para asumir las consecuencias derivadas de la materialización del riesgo, y evitar que impacte negativamente el cumplimiento del contrato.

Según lo ya indicado, no se considera que el incumplimiento total o parcial del contrato, constituya un riesgo previsible, para la parte que asuma la conducta que genera el impase en la consecución del objetivo contratado, en atención a que se puede hacer exigible la garantía de cumplimiento, así como la indemnización de perjuicios, según las coberturas de la garantía. La asunción de riesgos previsible en el contrato de obra pública, de manera anticipada, permite que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad incluyan dentro del clausulado

del contrato de obra, disposiciones que permiten establecer obligaciones específicas y por ende circunstancias de excepción de responsabilidad o en su defecto en causa de perjuicios, se garantice un resarcimiento, por lo causado.

Ahora bien, respecto a la responsabilidad derivada de la distribución de los riesgos, así como de la aplicación del principio de planeación, conlleva traer a colación lo que dispone de manera expresa la Ley 80 de 1993, que en su capítulo V señala la responsabilidad de las partes involucradas en el contrato estatal. En primera medida se encuentra la responsabilidad de las entidades estatales, por acciones, omisiones, hechos o abstenciones que revisten lo antijurídico y que generen un perjuicio al contratista; contemplando la indemnización de perjuicios por los daños ocasionados.

Por su parte, el artículo 26 de la misma ley hace responsable al contratista, cuando presenta oferta artificialmente baja con el fin de ser adjudicatario del contrato estatal, del ocultamiento de información en la etapa precontractual, o el suministro de información falsa, que repercuta en el cumplimiento del contrato estatal.

1.4 Conclusiones

Los escenarios en los que se genere una ausencia de información por cada una de las partes en la configuración del contrato de obra pública, una asignación errónea de los riesgos que se pueden materializar durante la ejecución del mismo, una indebida aplicación del principio de planeación, repercute en el cumplimiento del contrato estatal. La responsabilidad de las partes, contempla el respeto no solo por las etapas contractuales, los formalismos del negocio jurídico o la vigilancia inocua del cumplimiento de las obligaciones; el cumplimiento de los fines del estado está estrechamente ligado con los contratos estatales, y la entrega de obras con sobre

costos y no funcionales, deslegitima el actuar del estado que propende por la satisfacción de los intereses comunes.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

Este trabajo de investigación tiene como sustento la corriente del positivismo metodológico, en el que se procurará un análisis normativo y jurisprudencial que permita establecer la naturaleza del problema y sus consecuencias, respecto de la aplicabilidad del principio de planeación en el contrato de obra pública.

El método que se tendrá en cuenta es descriptivo deductivo, en atención a que la investigación del presente trabajo es de orden jurídico. En ese sentido, se enunciará el marco normativo y jurisprudencial que permita establecer la importancia del principio de planeación en la etapa precontractual a través de la asignación de riesgos, su incidencia en la correcta ejecución del contrato estatal y la responsabilidad de las partes en la asunción de los riesgos previsibles ante un posible incumplimiento.

De igual manera, en el desarrollo del trabajo investigativo se consultarán fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales vigentes, que aborden la aplicación del principio de planeación en la etapa precontractual de la estructuración del contrato de obra pública, la responsabilidad de las partes y la asignación de riesgos que tengan incidencia en la ejecución del contrato estatal.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proyecto de investigación se desarrolla a través de tres capítulos: el primer capítulo abordará las nociones de los contratos estatales, para centrarse en el contrato de obra pública y sus particularidades; el segundo capítulo describirá el principio de planeación, de creación jurisprudencial y su injerencia en la etapa precontractual a partir de la asignación de riesgos; y el tercer capítulo permitirá identificar la responsabilidad contractual de

las partes en la ejecución del contrato estatal, desde la identificación y administración de los riesgos previsible en el contrato de obra pública.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El contrato de obra pública, está contemplado como uno de los mecanismos con el que cuenta el Estado para satisfacer las necesidades del conglomerado social, atendiendo los preceptos contemplados tanto en la constitución política de Colombia como en la Ley. La disponibilidad de infraestructura que permita la intercomunicación entre municipios, y la disposición de espacios para la prestación de servicios públicos a cargo del estado, se ha convertido en un pilar fundamental del modelo de Estado Social de Derecho que trae consigo la Constitución política de Colombia 1991.

Este tipo de contrato, se ha caracterizado por tener un desarrollo normativo amplio, en el que se ha procurado, establecer actividades precisas a cargo de los particulares que deciden participar en la satisfacción de los intereses públicos, estableciendo límites en las actividades a ejecutar y los controles que se requieren para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales previstas en los negocios jurídicos que implican el desarrollo de obras públicas.

Es así como el principio de planeación, considerado como un principio atípico e innominado que no se encuentra de manera expresa en el marco normativo colombiano que reglamenta la contratación estatal, se ha convertido de manera significativa en el pilar fundamental que, junto con la selección objetiva, permiten asegurar que los intereses que se pretenden satisfacer a través de la contratación, se logren.

El principio de planeación, no solamente debe observarse entonces desde la estructuración del contrato; pues la presente investigación ha permitido evidenciar, la necesidad de que prever situaciones de orden contingente que pueden afectar la correcta ejecución del

contrato, resultan de vital importancia para el cumplimiento de los programas y proyectos que abanderara el estado. La asignación de riesgos, es entonces uno de los momentos clave dentro del proceso contractual, en donde se anticipa de manera estructurada, las situaciones que pueden afectar la correcta ejecución del contrato, la forma en la que se va a mitigar el impacto negativo en caso de ocurrencia, y quien según su capacidad técnica, administrativa y financiera puede gestionarlo: entidad estatal o contratista.

No se desconoce que, desde la aplicación normativa, se cuentan con herramientas tales como la estructuración de documentos precontractuales y la designación de supervisión e interventor, para un correcto seguimiento a la ejecución contractual, sin embargo, es necesario que cada una de las partes, considere el principio de planeación como una guía que rige al contrato estatal de obra pública, hasta que la obra se entregue de manera funcional. La contratación en materia de infraestructura con el contrato de obra, no se puede entender de manera aislada, es decir, que la función del estado se agota con la firma del contrato y su posterior liquidación, sino que, por el contrario, debe continuar ahondando en esfuerzos para que todos los proyectos que se pretenden adelantar a través de la contratación, cumplan su cometido, y es la satisfacción de los intereses sociales.

De conformidad a lo indicado, a los resultados de la investigación, y en consonancia a los objetivos previstos, se concluye que:

- El contrato de obra pública en Colombia, se constituye en un mecanismo que contribuye al desarrollo económico, social y cultural de los territorios, pues permite el progreso en materia de infraestructura vial, así como el mantenimiento de edificaciones, para la prestación de servicios públicos a cargo del estado.

- El principio de planeación, en el marco del contrato de obra pública, se desarrolla desde la etapa pre contractual, con la estructuración del proceso de contratación, en donde se identifican las obligaciones y compromisos a cargo de cada una de las partes del contrato estatal sin lugar a interpretación, así como la identificación y asignación de riesgos previsible, que quien este en la mejor posición de asumirlos garantiza el cumplimiento a satisfacción del objeto contratado.
- El incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato de obra pública, de conformidad a cada una de las cargas asignadas en el proceso de contratación, representa un escenario de responsabilidad para las partes, en tanto desde la definición y elaboración del contrato estatal, se contemplan escenarios previsible cuya ocurrencia está supeditada a acciones afirmativas de las partes para evitar su materialización.

LISTA DE REFERENCIA O BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Contratación Pública. (2017) *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación*.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

Acevedo, H., Vásquez, A., & Ramírez, D. (2012). Sostenibilidad: Actualidad y necesidad en el sector de la construcción en Colombia. *Gestión y Ambiente*, 15(1), 105-117.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=169424101009>

Amaya, C. (2016). El principio de Planeación en la contratación Estatal un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, (20), 105-119.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6610306>

Aponte, I. (2014). Las fallas de Planeación y su incidencia Contrato Estatal de obra. *Revista Digital de derecho administrativo*. 11

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4087>. 11 de abril de 2014

Arce Rojas, D., (2003). El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas. *Vniversitas*, (105), 281- 296.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510511>

Bahamón, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Bejarano, J. J. (2009). Fundamentos de Contratación Pública para proyectos sociales en

Alimentación y Nutrición. Universidad Nacional de Colombia

<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/2388>

Charris, J. & Llamas, A. (2016) El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4778>

Colombia Compra Eficiente. (2017, mayo). Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_cobertura_riesgo.pdf

Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. Obtenido el 06 de diciembre del 2023

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES 3714] (2011). Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, agosto 29, 2007, M.P: M. Fajardo. No 85001-23-31-000-1996-00309-01 (15324). (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/F85001233100019960030901S3%20\(15324\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/F85001233100019960030901S3%20(15324).pdf)

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, enero 30, 2008, M.P: M. Fajardo. No. 52001-23-31-000-2005-00512-01 (32867). (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/18/S3/52001-23-31-000-2005-00512-01\(32867\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/18/S3/52001-23-31-000-2005-00512-01(32867).pdf)

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, febrero 01, 2012, M.P: J. O. Santofimio. No 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464). (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/73001-23-31-000-1999-00539-01\(22464\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/73001-23-31-000-1999-00539-01(22464).pdf)

Consejo de Estado[C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, mayo 28, 2012, M.P: R. Correa. No 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01\(21489\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).pdf)

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, abril 24, 2013, M.P: J. Santofimio. No 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/123/S3/68001-23-15-000-1998-01743-01\(27315\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/123/S3/68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).pdf)

Consejo de Estado [C.E.], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, agosto 21, 2014, M.P: H. Bastidas. No 11001-03-15-000-2013-01919-00 (2020872). (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-15-000-2013-01919-00\(AC\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-15-000-2013-01919-00(AC).htm)

Consejo de Estado [C.E.], Sala Plena, octubre 20, 2014, M.P: J. O. Santofimio. No 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809). (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S3/66001-23-31-000-1999-00435-01\(24809\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S3/66001-23-31-000-1999-00435-01(24809).pdf)

Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera. Subsección C, noviembre 26, 2015, M.P: J. O. Santofimio. No 41001-23-31000-2007-00355-01 (51362). (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023. [file:///C:/Users/Andrea/Downloads/41001-23-31-000-2007-00355-](file:///C:/Users/Andrea/Downloads/41001-23-31-000-2007-00355-01(51362)%20(1).html)

[01\(51362\)%20\(1\).html](file:///C:/Users/Andrea/Downloads/41001-23-31-000-2007-00355-01(51362)%20(1).html)

Consejo de Estado [C.E.], Sala de consulta y servicio civil, septiembre 5, 2018, M.P: E.

González. No 11001-03-06-000-2018-00124-00 (2386). (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/211/11001-03-06-000-2018-00124-00.pdf>

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 2, 1998, M.P: V. Naranjo. Sentencia T 459/98.

(Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-459-98.htm>

Corte Constitucional [C.C.], octubre 7, 2009, M.P: V. Calle. Sentencia C 713/09. (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-713-09.htm>

Corte Constitucional [C.C.], abril 25, 2012, M.P: J. Pretelt. Sentencia C 300/12. (Colombia).

Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>

Decreto 222/1983, febrero 02, 1983. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=140438>

Decreto 4828/08, diciembre 24, 2008. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389&dt=S>

Decreto 4170/11, noviembre 03, 2011. Departamento administrativo de la función pública (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html

Decreto 019/12, enero 10, 2012. Departamento administrativo de la función pública (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0019_2012.html

Decreto 1082/15, mayo 16, 2015. Presidencia de la República (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653>

Escobar, A. (2000). *El Contrato Estatal de Obra, Bogotá*, Ediciones Gustavo Ibáñez.

Escobar Gil, R. (2001). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis.

Expósito, J. C. (2017). La planeación y la validez del contrato estatal. En A. Montaña Plata y J. I. Rincón Córdoba (Eds.). *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII*

jornadas internacionales de derecho administrativo (pp. 63-111). Universidad Externado de Colombia.

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2014). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I y II, versión latinoamericana). Edición Civitas. Thomson Reuters.

Ley 4/64, septiembre 30, 1964. Diario Oficial. [D.O.]: 31.481. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1559149>

Ley 36/66, agosto 02, 1966. Diario Oficial. [D.O.]: 23.133. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1592301>

Ley 53/09, noviembre 27, 1909. Diario Oficial. [D.O.]: 23.133. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

<https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1606538>

Ley 80/93, octubre 28, 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.094. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 1150/07, julio 16, 2007. Diario Oficial. [D.O.]: 46.691. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 1474/11, julio 12, 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 48.128. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Ley 1882/18, enero 15, 2018. Diario Oficial. [D.O.]: 50.477. (Colombia). Obtenido el 06 de diciembre de 2023.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html

- Mesa, M., & Muñoz, A. (2019). El principio de planeación en el contrato de obra pública. *IUSTA*, 2(51), 185–208. <https://doi.org/10.15332/25005286.5038>
- Mejía, A. (2021). *Tratado de Contratación Pública. Tomo II*. Editorial Dike SAS.
- Mier, P. (2010). Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado. *Revista de Ingeniería*, (32), 95-107. <http://dx.doi.org/10.16924%2Fria.v0i32.201>
- Rúa, M., Arbeláez, J. C., & Castro, H. (2019). La planeación en los contratos de obra pública en Colombia ¿principio, deber o requisito? Obligatoriedad y consecuencias de su inaplicación. *Opinión Jurídica*, 18(37), 93-115. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n37a3>
- Sánchez, J. (2012). *Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública*. [Tesis magistral inédita]. Universidad Nacional
- Sarmiento E., J.P. (2016). La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista derecho del Estado*. (37).189–211. <https://doi.org/10.18601/01229893.n37.06>.
- Silva, J. (2019). *Contratación estatal. Del principio de la planeación en el sistema de compras públicas en Colombia: una visión multidisciplinaria*. <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/169ae4f6-a267-43c9-a27e-42147c833800/content>
- Vargas, E. (2010). *Las obras públicas. Una visión pragmática del proceso general de contratación*. Ibáñez.