

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LOS ESTUDIOS PREVIOS DE LA LICITACIÓN
PÚBLICA**

AUTORA:

ELIANA MARCELA PIRAZÁN VILLANUEVA

BOGOTÁ DC.

2016

JUSTIFICACION

La motivación de abordar la temática referente a la aplicación del principio de planeación en la determinación y distribución de los riesgos previsible en los contratos de obra pública, deviene en forma directa de los principios generales de la contratación pública, la nulidad de los contratos de obra pública por la violación al principio de planeación y la necesidad de la adecuada implementación de la fase de planeación que repercute a futuro en la ejecución de los contratos de obra, de tal suerte que dicha omisión de la administración pública perjudica los fines del Estado, la prestación adecuada de servicios a la sociedad y los fines de la contratación estatal.

En este sentido, la presente propuesta investigativa resulta necesaria en el actual estado del régimen jurídico aplicable de los contratos estatales, toda vez en que la violación de sus principios, implica la nulidad de las actuaciones contractuales, la imposición de sanciones de carácter disciplinario por la Procuraduría General de la Nación y perjudica el cumplimiento de los fines estatales en el marco del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, la propuesta investigativa pretende contribuir un panorama teórico-práctico y la elaboración de una herramienta que permita la determinación, distribución y mitigación de los riesgos previsible en los contratos de obra pública, dirigidas a las entidades públicas, los proponentes, los contratistas y los asociados como los principales actores de la contratación administrativa.

PROBLEMA, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

Área problemática

Proposiciones

Interrogativa

¿Cuál es la importancia de la aplicación del principio de planeación frente a los riesgos previsibles en los contratos de obra?

Afirmativa

El principio de planeación garantiza que el objeto del contrato de obra se ejecute de manera correcta sin generar costos adicionales que implicarían el detrimento patrimonial de la entidad pública y la posterior responsabilidad de cada una de las partes

Dubitativa

Es posible que una indebida aplicación del principio de planeación las partes cuenten con las herramientas para mitigar los riesgos previsibles que puedan suceder en la ejecución de los contratos de obra.

Propositiva

Si se aplica adecuadamente el principio de planeación para la elaboración y organización de la etapa precontractual que determine cabalmente los riesgos previsibles se garantiza la ejecución del contrato de obra.

Negativa

La adecuada aplicación del principio de planeación no garantiza el cumplimiento del objeto del contrato de obra.

Categorías

Principio de planeación

Riesgos previsibles

Contratos de obra

Objeto del contrato de obra

Costos adicionales

Detrimento patrimonial

Entidad pública

Responsabilidad de los contratistas

Ejecución de los contratos de obra.

Etapa precontractual

Pregunta de investigacion

¿Cuál es la importancia de la aplicación del principio de planeación en la determinación y distribución de los riesgos previsibles en los contratos de obras públicas a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007?

Hipótesis

El principio de planeación en la determinación y distribución de los riesgos previsibles en los contratos de obra pública, deviene de los principios generales de la contratación pública, la nulidad de los contratos de obra pública por la violación al principio de planeación y la necesidad de la adecuada implementación de la fase de planeación que repercute a futuro en la ejecución de los contratos de obra, dicha omisión perjudica los fines del Estado, la prestación adecuada de servicios a la sociedad y los fines de la contratación estatal. En este orden, resulta necesario analizar cuál es la importancia de la aplicación del principio de planeación en la determinación y distribución de los riesgos previsibles en los contratos de obra públicas a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Objetivos

Objetivo general

Analizar cuál es la importancia de la aplicación del principio de planeación en la determinación y distribución de los riesgos previsibles en los contratos de obra públicas a partir de la vigencia de la Ley 1150 de 2007.

Objetivos específicos

Determinar la operatividad del principio de planeación en la etapa precontractual de los contratos de obra pública.

Establecer la incidencia de la Ley 1150 de 2007 en la determinación y distribución de los riesgos previsibles en los contratos de obra pública en la etapa precontractual del proceso de selección.

Analizar la tipificación, asignación y estimación del riesgo en contratos de obra pública

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI)

RAI 1

Ovalle Montaña Erika Marcela (2012), en su trabajo de grado Administración de la Etapa Precontractual en la Sección Logística de los procesos de contratación en el Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander, analiza la incidencia que tiene la aplicación del proceso administrativo en la etapa precontractual de los procesos de Contratación estatal, adelantados por esa dependencia, procesos que permiten a la entidad hacer un proceso de contratación eficiente, eficaz y efectivo, apoyados en el SECOP como herramienta tecnológica y que sirve de punto de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales, procesos amparados en la Constitución Nacional y reglamentados bajo el marco de las Leyes 80 de 1993, 1219 del 2008, 1450 del 2011 y 1474 del 2011, y normas concordantes.

Además por tratarse de una entidad adscrita al Ministerio de Defensa también se siguen las directrices impartidas mediante la Resolución Ministerial de Delegación 0001 de 2012, Resoluciones Ministeriales 976/2012, 3467/2012; para lo cual el Estado colombiano a través de la plataforma de la página web www.contratos.gov.co, establece en lo referente a contratación pública entre otras el plazo entre la publicación del aviso de convocatoria del proceso y el cierre para presentar ofertas.

La autora plasma como objetivo principal la necesidad de implementar el proceso Administrativo de la etapa Precontractual en la Sección Logística de los procesos de contratación en el Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander.

Para lo cual parte con base en su labor como pasante, que en la Sección Logística de los procesos de contratación en el Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander es la oficina encargada de fortalecer y apoyar los procesos precontractuales de contratación, realizando la invitación a ofertar a través de la página web del SECOP, con la finalidad de seleccionar la oferta más rentable, según criterios de calificación.

En la Sección Logística de los procesos de contratación en el Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander, se realiza la etapa precontractual de los procesos de contratación tendientes al suministro de combustible y elementos de aseo y papelería necesarios para el normal desarrollo de la entidad, donde se detectó como falencia la falta de documentos que permitan a la entidad tener veracidad y un alto grado de confiabilidad respecto a los

diferentes ofertantes y/o proponentes, lo que origina una demora y retraso en los procesos de contratación.

Es de anotar que si al momento de radicar una oferta no se cuenta con la documentación que pueda soportar la información suministrada por el proveedor y/o contratista, se genera pérdida de tiempo en la generación de estudios previos, que debe contener a su vez estudios técnicos, económicos, financieros y jurídicos que deben estar soportados, pues estos se convierten en la evidencia física de los estudios previos.

La pasantía, permite no sólo llevar al campo laborar conocimientos adquiridos en la universidad, sino que a su vez permite medir la capacidad y habilidad para implementar dichos conocimientos en pro de los procesos administrativos eficientes, para lo cual se hizo necesario la aplicación del proceso administrativo, en la etapa precontractual, de forma que ésta funcione adecuadamente para la empresa y contribuye a su vez en la toma de decisiones, que le permitan a la organización direccionar todos sus esfuerzos de manera ordenada y coherente a las necesidades de la entidad.

Siendo de vital importancia tener en cuenta los principales aspectos relacionados con la etapa precontractual, como son: plantear la necesidad, solicitar el CDP (Certificado de Disponibilidad Presupuestal) en el cual se estipula el monto del contrato, nombrar los comités encargados de realizar las evaluaciones económicas, jurídica y técnica para escoger la oferta más viable; si lo que se quiere es buscar buenos resultados con la adjudicación se debe contar con un mínimo de tres cotizaciones del bien o servicio a adquirir, paso seguido se ejecutan los estudios previos, donde se debe estipular el objeto del contrato, el valor del contrato, forma de pago, plazos, fecha de inicio y terminación, responsabilidad de los contratistas y/o proveedores entre otros.

Se recomienda que al momento de realizar los estudios previos del proceso de contratación se tenga conocimientos sobre la normatividad vigente que rige éste proceso, que clase de contrato es el que se requiere; otro aspecto relevante está relacionado con la invitación a ofertar donde se dar cumplimiento al cronograma, así como estipular cuales son las especificaciones técnicas con las cuales deberá cumplir el contratista; tanto los estudios previos como la invitación a ofertar se deben publicar en la página web SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) con la finalidad de hacer público los respectivos procesos a contratar, y que dicha publicación permita que se presenten diferentes oferentes y por ende sendas

propuestas, que le permitan a la entidad tener la oportunidad de escoger la mejor oferta para suplir la necesidad y/o servicio requerido; la etapa precontractual se cierra con la adjudicación del proceso y es el ordenador del gasto quien es el responsable de hacer cumplir el contrato.

Análisis

En el trabajo de grado analizado se evidencia el conocimiento por parte de la autora acerca de los principios que rigen la contratación estatal en Colombia, por cuanto se puede observar que da prioridad al principio de Igualdad, Transparencia, Deber de Selección Objetiva y Reglas de Subsanción, consagrados en el artículo 25, 26, 63 y 66 de la Ley 80, en la Ley 1150 y sus decretos reglamentarios, normatividad que todo funcionario debe acatar en aras de adelantar procesos de contratación con total transparencia para optimizar el beneficio de los recursos del Estado.

La práctica de la pasantía le permite a la autora establecer que dependiendo de la elaboración de unos adecuados estudios previos, así como la verificación oportuna de la necesidad que existe en la entidad, el tener la posibilidad de analizar distintas alternativas ofertadas para satisfacer dicha necesidad y/o servicio, al igual que la verificación de las condiciones y precios del mercado, son los procedimientos que permiten determinar el éxito en los procesos de contratación en la etapa precontractual.

El principal aporte que hace el trabajo de grado, con referencia a la planeación de la contratación, está relacionada con la documentación y requisitos que se deben anexar a cualquier propuesta independientemente del tipo de contrato menor cuantía, mínima cuantía, contratistas, consultorías, interventorías, licitación y concurso de méritos entre otros, todos sin lugar a dudas deben valorar el principio de planeación, porque desde su entrada en vigencia y a pesar de toda la jurisprudencia existente sobre etapa precontractual y contratación estatal, se ha hecho evidente que la gran mayoría de dificultades, retrasos, demoras y demás inconvenientes en el proceso contractual están directamente vinculadas precisamente por el incumplimiento por parte de las entidades estatales del principio de planeación.

De otra parte y en aras de mejorar y optimizar los recursos públicos, se hace indispensable ver a la Contratación Estatal como el principal mecanismo que permite proveer los bienes y/o servicios que son requeridos para el desarrollo económico y social sostenible de cualquier entidad territorial.

Por lo mismo, es que la administración pública día por día exige de sus funcionarios características como su capacidad de análisis, aptitud para introducir racionalidad en el proceso decisorio, para optar siempre por la mejor oferta y/o propuesta, así como su destreza a la hora de plantear objetivos, sin dejar de lado su habilidad para establecer adecuadas y sanas relaciones interpersonales, que lo conlleven a centrarse en la correcta satisfacción de las necesidades de la entidad.

RAI 2

En la investigación hecha por el señor Daniel Eduardo García en Julio 2013 denominada “Evaluación financiera en los procesos de contratación estatal en Colombia”, el autor se plantea la siguiente pregunta para desarrollar el documento jurídico ¿Cuál ha sido la evolución en la evaluación financiera en los procesos de contratación estatal en Colombia desde la Constitución Política de 1991?, para comprender el presupuesto planteado es necesario hacer un recorrido jurídico desde la Carta Política actual en Colombia para determinar así la evolución que ha tenido la evaluación financiera de los proponentes en materia de la contratación pública en Colombia

El autor hace un recorrido partiendo desde que es contrato el cual trae dicha definición del Código civil colombiano, Leyes 57 y 153 de 1887, Art. 1495, el cual tiene como fin el satisfacer una necesidad específica por medio de una contraprestación.

Para esto las partes deben cumplir unos requisitos legales con el fin de determinar su legalidad 1) que sea legalmente capaz. 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra y tan solo se considera incapaz si está taxativamente contemplado en alguna norma.

Ahora bien el Estado Colombiano tiene muchas obligaciones en las que el único método que tiene para cumplirlas es a través de la contratación con particulares (Constitución Política de Colombia, Art. 209), en este sentido es el ordenamiento jurídico y su estructura se enfatiza en como el estado va elegir a ese particular para que supla dicha necesidad, el estatuto de la contratación pública en Colombia es la ley 80 de 1993 dos años después de la Constitución Política de Colombia de 1991.

En el estatuto el legislador presenta tres principios fundamentales que rigen la actuación de las entidades públicas en la contratación estatal, principio de economía, transparencia y responsabilidad, el autor define unos adicionales que se encuentran inmersos en la legislación.

A través del Principio de selección objetiva se propende porque la elección de la oferta más favorable se realice dándole primacía al interés general sobre el particular. Evaluando las propuestas de los proponentes de acuerdo con parámetros objetivos y apropiados para los fines que persigue la contratación Pública en Colombia. (Ley 1150 de 2007, Art. 5.)

Con el Principio de Planeación se busca que cuando las entidades públicas vayan a comprometer recursos públicos, se realice previamente un proceso de planificación, justificando razonablemente la decisión de contratar. Con ese juicio antes de comenzar el proceso de selección la entidad debe identificar detalladamente qué requiere y para qué lo demanda. Por lo anterior se exige la elaboración de estudios previos, contar con disponibilidad de recursos y definir con precisión el mecanismo y las condiciones para seleccionar el contratista. (Constitución Política de Colombia de 1991, Art. 339 y 441).

El marco legal en Colombia hasta el año 2013 estaba compuesto por la siguiente normatividad, Ley 80 de 1993, Ley 1450 de 2011 (PND), Ley 1508 de 2012 (APPS), Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción), D. Ley 019 de 2012 (Estatuto Anti-trámites), Decreto 1170 de 2008, Decreto 2516 de 2011 (Mínima Cuantía), Decreto 0734 de 2012, Decreto 2474 de 2008, Decreto 2785 de 2011 (remuneración mensual en contratos de servicios), Decreto 1397 de 2012, Decreto 4444 de 2008, Decreto 3485 de 2011 (SECOP), Decreto 4637 de 2008, Decreto 4170 de 2011 (ANCPCCE), Decreto 4828 de 2008, Decreto 4326 de 2011 (\$ publicidad), Decreto 127 de 2009, Ley 1483 de 2011 (vigencias futuras excepcionales entidades territoriales), Decreto 490 de 2009, Ley 1488 de 2011 (empleo de emergencia), Decreto 931 de 2009, Decreto 2025 de 2009, Decreto 2493 de 2009, Decreto 3576 de 2009, Decreto 3806 de 2009, Decreto 1430 de 2010, Decreto 1464 de 2010, Decreto 2473 de 2010, Decreto 3844 de 2010, Decreto 4266 de 2010.

El legislador dentro del marco legal se estableció cuatro modalidades de selección del contratista: Licitación Pública, Selección Abreviada, Concurso de Méritos y Contratación Directa

El autor manifiesta que las modalidades de selección representan un conjunto de procesos regulados que la entidad pública debe surtir para seleccionar a un contratista. Se denota como el

derrotero a elegir para finalmente llegar a la adquisición de un bien o servicio. La modalidad de selección a utilizar determina las características del proceso, se debe hacer teniendo en cuenta la naturaleza del objeto a contratar y su cuantía, según lo previsto en la Ley 1150 de 2007 y el decreto 0734 de 2012.

Análisis

En el marco jurídico Colombia y de acuerdo a lo expresado anteriormente la capacidad jurídica, la experiencia (contratos ejecutados por el contratista) la capacidad financiera y de organización se realiza por medio del registro en la cámaras de comercio, el registro único de proponentes.

Esto permite que las Cámaras verifiquen cada uno de los documentos allegados por el proponente y al momento de presentar su propuesta no tenga que llevar nuevamente los documentos a cada una de las entidades sino únicamente el certificado.

En Decreto 0734 de 2012, Art. 6.2.1.5. El autor define la Capacidad Financiera, la cual es considerada como la posibilidad de una empresa para realizar pagos e inversiones para su crecimiento y desarrollo. Esta capacidad se establece con base en el balance general del proponente con fecha de corte a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la inscripción, y está representada por valores registrados en los Estados Financieros y por una serie de indicadores financieros determinados, donde se solicitan los diferentes ítems:

REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES DE CAPACIDAD FINANCIERA			
INDICADOR / CLASIFICACIÓN	CONSTRUCTORES	CONSULTORES	PROVEEDORES
1 Capital Real del Proponente	X	X	X
2 Liquidez	X	X	X
3 Nivel de Endeudamiento	X	X	X
4 Capital de Trabajo	X	X	X
5 Indicador de Riesgo	X		X
6 Indicador EBITDA	X	X	X
7 Indicador Crecimiento EBITDA	X		X
8 Capacidad Residual	X		
9 Rotación del Inventario			X

(Tabla construida a partir de los Art. 6.2.2.2; 6.2.2.3 y 6.2.2.4. Decreto 0734 de 2012)

La evolución que ha tenido la evaluación financiera ha sido determinante para el progreso de la selección del contratista, estos últimos deben cumplir con los más altos estándares de calidad en temas financieros, estructurales y legales para contratar con el estado.

Anteriormente los ítems que se evaluaban eran los siguientes;

Tabla 4. Matriz de Indicadores Financieros según Clasificación del Proponente - Decreto 1464 de 2010

REQUISITOS MÍNIMOS HABILITANTES DE CAPACIDAD FINANCIERA			
INDICADOR / CLASIFICACIÓN	CONSTRUCTORES	CONSULTORES	PROVEEDORES
1 Liquidez	X	X	X
2 Nivel de Endeudamiento	X	X	X
3 Capital de Trabajo	X	X	X

(Tabla construida a partir de los Art. 27, 32 y 37. Decreto 1464 de 2010)

Estos conceptos no eran determinantes para la escogencia del mejor, teniendo en cuenta que la licitación pública es el proceso más utilizado por las entidades públicas.

Conclusiones

El aumento de los ítems a calificar en las evaluación de los requisitos habilitantes para la debida escogencia del contratista, es una avance un importante en la materia.

Los principales aspectos que podemos tener en cuenta que le autor determina son:

- La inclusión de (6) seis nuevos indicadores
- La potestad del ente público de definir el valor mínimo que debe tener el indicador.
- Contar con indicadores especiales según la clasificación del proponente como es el caso del indicador de capacidad residual para los constructores y el indicador de rotación de inventarios para los proveedores.

Este tipo de cambios generan un mayor impacto en las entidades públicas a la hora de evaluar las propuestas y a delimitar desde la planeación de la necesidad que se pretende suplir, el proponente que puede entrar a dicha convocatoria.

Pero se debe tener en cuenta que cada uno de los requisitos financieros no se pueden evaluar de manera separada, estos deben ser evaluados en conjunto y se deben poner aprueba según el objeto a contratar.

También es importante que la entidades públicas desde su planeación determinen la cantidad de proponentes que existen, para que estos requisitos sean reales, puesto que sin son muy elevados la consecuencia será declarar desierto el proceso.

Este trabajo es realizado antes que el decreto 1510 entrara en vigencia pero sus modificaciones frente a los requisitos financieros no fueron modificadas.

El autor hace un análisis acertado a la realidad de la contratación pública en nuestro país, puesto que su evaluación es muy importante para que el Estado colombiano combata contra la

corrupción interna que se vive hoy en día en las entidades por medio de la contratación pública, también mejorar la efectividad de las compras que se hacen para cumplir los fines estatales.

RAI 3

Serrano Guzmán y otros (2013) en su “*Compromiso deontológico en los procesos contractuales: caso concesiones viales en Colombia*”, plantea el siguiente problema “Este artículo presenta las causas de los errores más comunes que permitieron la corrupción en el proceso de contratación de proyectos desarrollados en el periodo comprendido del 2002 al 2010, y que fueron motivo de denuncias por los medios de comunicación y en internet.” Así mismo, se realiza recuento histórico sobre los megaproyectos construidos con ocasión a los contratos de obra para identificar las falencias que pueden dar lugar a la concreción de conductas corruptas en los procesos de contratación.

El objetivo principal del texto en comento, se enfoca en el análisis de la relación del fenómeno de la corrupción y su impacto en los proyectos de infraestructura vial en la contratación pública. Para tal efecto, se determinan los esfuerzos del Gobierno Nacional para controlar el fenómeno de la corrupción por medio de herramientas jurídicas como la expedición de la Ley 190 de 1995 y la ratificación de tratados internacionales para la erradicación de la corrupción. Así mismo, se realiza la evolución de las concesiones viales en Colombia con el objeto de verificar los intentos del Gobierno Nacional para efectuar el proceso licitatorio transparente junto con la asignación de riesgos y la ejecución de los proyectos.

Así las cosas, en primer lugar, la regulación normativa para pormenorizar el fenómeno de la corrupción en la contratación estatal, los autores establecen que con la adopción la Ley 190 de 1995 el ordenamiento jurídico pegona la preservación de la moralidad administrativa y con ello, se fijan mecanismos para erradicar la corrupción administrativa. Seguidamente, se destaca la Ley 1150 de 2007 con el objeto de introducir medidas para la eficiencia y la *transparencia* de los procesos de selección del contratista, reforzando así el principio de transparencia contemplado en la Ley 80 de 1993. De igual manera, mediante la Ley 412 de 1997, el Estado Colombiano ratifica la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción y junto la adopción de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005).

Adicionalmente, respecto de las medidas preventivas de anticorrupción, se tiene que las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas contra la corrupción, implementan las siguientes medidas a saber:

- Políticas públicas y prácticas preventivas de corrupción.
- Órganos de prevención de la corrupción.
- Medidas dirigidas al sector público.
- Códigos de conducta dirigidos a funcionarios públicos.
- Información de acceso público.
- Medidas dirigidas al sector privado.
- Participación de la sociedad civil.
- Medidas par apreenir el blanqueo del dinero.

Respecto de lo anterior, los autores plantean que, en principio, la existencia de la regulación normativa no da lugar a irregularidades en los procesos de selección junto con el ejercicio de las funciones propias de los organismos de control, que permiten mitigar la intromisión de la corrupción en la administración pública.

Corolario con lo anterior, se resalta la existencia del Sistema de Información de Contratación que permite el conocimiento de las actuaciones administrativas respecto de la contratación pública a la comunidad en general, cuyo beneficio consiste en el espacio para la formulación de quejas y denuncias que previenen conductas de corrupción.

En segundo lugar, se establece el impacto de las medidas anticorrupción en los proyectos de infraestructura vial desde el año de 1990 hasta 2010, para lo cual se hace distinción de las concesiones viales de primera generación (1990-1994), concesiones viales de segunda generación (1994-1997) y concesiones viales de tercera generación (2002-2010).

Las concesiones viales de primera generación comprendidas entre los años 1990 a 1994, los contratos celebrados para la ejecución de los proyectos de infraestructura implicaron modificaciones, la integración de inversionistas, dilación de la aprobación de licencias ambientales y cambios de los diseños establecidos generando inversiones son previstas e incremento de las obras. Las características de la primera generación son las siguientes: Plazos fijos, obras concentradas al inicio del proyecto, la adquisición de los predios se realizaba a la par en que avanzaba la obra, no mínimos para aportes de capital, estudios previos con proyección de tráfico y poco estudio socioeconómico, garantía de sobrecostos de obra, ausencia de licencias ambientales para iniciar la obra y el pago de las garantías se realiza pro evaluación ex post. En el año de 1992, se implementó el Sistema Nacional de Concesiones.

Las concesiones viales de segunda generación comprendidas entre los años de 1994 a 1997, se realizaron ajustes al Sistema Nacional de Concesiones pues exigió la calidad de los estudios previos, estableció la responsabilidad del concesionario por los riesgos de construcción y comerciales así como la asignación del riesgo tarifario a cargo de la administración, que permitió el aumento de los peajes.

El impacto de los anteriores ajustes repercutió en los contratos de obra celebrados estableciendo plazos variables consistentes en la reversión de la concesión cuando el concesionario obtiene la utilidad fijada en la licitación pública. Ahora bien, las falencias de los ajustes al Sistema Nacional de Concesiones, se concretaron en los cuestionamientos a la sección de concesionarios, incentivos inadecuados que esperaban alto nivel de ingreso, los bajos aportes del Estado y limitadas garantías de liquidez.

Las características de la segunda generación son las siguientes: Ingreso esperado, obras concentradas al inicio del proyecto, predios adquiridos antes de iniciación del proyecto, determinación de mínimo de aportes de capital, realización de estudios previos con profundidad de tráfico y socio-gráficos, soportes de liquidez cambiario, licencias ambientales previamente expedidas y sobre costos a cargo de la administración.

Las concesiones viales de tercera generación del periodo comprendido entre los años de 2002 a 2010, tuvo como eje central la privatización de la infraestructura vial con lineamientos del CONPES 3045 de 1998, el cual estableció adelantar los proyectos de concesión en el Instituto Nacional de Concesiones. Adicionalmente se contempla el mantenimiento integral de la vía, continuidad en el tráfico de vehículos, implementación de criterios para el cobro de peajes e implementación óptimo del servicio y la seguridad vial.

Las características de la tercera generación son: Ingreso esperado, gradualidad del nivel del servicio (oferta - demanda), adquisición de predios antes del inicio de la obra cuya gestión es a cargo del contratista y sobre costo a cargo de la administración, mínimo establecido para aportes de capital, inclusión del análisis de demanda en los estudios previos, soportes de liquidez y cambiarios, licencias ambientales previamente expedidas al inicio de la construcción, el mecanismo del pago es líquido por medio del fondo de contingencias.

La hipótesis que los autores plantean es que de los proyectos ejecutados como la Ruta del Sol, la doble calzada de Bogotá- Girardot, el túnel de La Línea, El Dorado entre otros, han

involucrado conductas que permiten la incursión de la corrupción en los contratos estatales en Colombia. Así, determinan las conductas de corrupción de la siguiente manera:

<i>Tendencias de Corrupción</i>	<i>Descripción</i>
<i>Manejo del presupuesto</i>	Presupuestos mal elaborados (precios y cantidades aumentadas), inclusión de gastos no autorizados, adquisición de insumos y materiales son debida aprobación, incumplimiento de términos y alteración del contenido del presupuesto.
<i>Práctica de fraccionamiento de contratos</i>	Si bien es permitida, adolece de criterios de evaluación que garanticen principios de la contratación estatal.
<i>Práctica de constitución uniones temporales</i>	Como existe durante el tiempo de la propuesta y existan sanciones, se imputarán proporcionalmente al aporte de cada uno de los participantes.
<i>Manejo de información privilegiada</i>	Con base en ella, se procede a adquisición de bienes a precios bajos que implica la venta de predios a precios inflacionarios.
<i>Adendas</i>	Puede permitir el direccionamiento de las ofertas, para que manejen insumos, horarios y fechas no pactados.

Adicional a ello, los autores determinan conductas que favorecen la corrupción en la ejecución de los proyectos de infraestructura vial: Falta de gestión de funcionarios públicos, abuso del poder en la gestión de servidores públicos, incumplimiento de deberes de servidores públicos, ausencia de control de las actuaciones en contratación, adjudicación de contratos de obras sin adelantar la licitación pública, ausencia de derecho definitivos y deficiencia por estudios de suelos y tráfico de los estudios previos.

Conclusiones

En los proyectos de infraestructura vial existen conductas que facilitan la incursión de la corrupción en los procesos contractuales, más sin embargo, por parte del Estado, se han desarrollado normatividades, políticas públicas y tratados internacionales ratificados que tienden

a minimizar el fenómeno dicho fenómeno, de tal suerte que es notoria la ausencia de control disciplinario de la actividad contractual por parte de los organismos de control para que se hagan efectivas las medidas contempladas en el ordenamiento jurídico junto con la praxis de los principios deontológicos de cada profesión que interviene en el proceso contractual.

Consideración personal

Frente al documento analizado con anterioridad, la relación con el tema de investigación de la aplicación del principio de planeación en los riesgos previsible de los contratos de obra, se relaciona en la medida en que la corrupción podría considerarse como un riesgo previsible al contrato estatal, toda vez en que es un fenómeno que podría incidir directamente en la ejecución del proyecto de infraestructura vial puesto que en una eventual ocurrencia, implicaría retrasos injustificados e incrementos del valor inicialmente pactados que afectarían la prestación del servicio público y el detrimento patrimonial del Estado. Por lo tanto, las conductas determinadas por los autores como facilitadoras de la corrupción constituyen riesgos previsible siempre que concurren con anterioridad en la misma entidad respecto del proceso contractual para la adjudicación del contrato de obra.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN ESTATAL Y SU APLICACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La contratación estatal, entendida como el mecanismo para el cumplimiento de los fines estatales, es una actividad reglada compuesta por un régimen jurídico de rango constitucional y legal. Como actividad reglada, la facultad para la celebración de contratos administrativos está sujeta a los principios que rigen la función pública (Art. 209, C.P.) y específicamente por los principios de transparencia, responsabilidad, economía y planeación establecidos por la Ley 80 de 1993. La aplicación del referido marco jurídico se concreta en la fase de planeación, la etapa precontractual o el proceso administrativo para la escogencia del contratista, la adjudicación, la celebración y perfeccionamiento del contrato y finalmente, en la fase de liquidación del contrato estatal.

La fase de planeación que estructura la base del proceso contractual en general y particular de los contratos de obra pública, comprende una serie de principios, fases y procedimientos que las entidades públicas deben adoptar para determinar las acciones, las políticas públicas, los mecanismos y los procesos contractuales que materialicen los fines del Estado a partir del cumplimiento de las funciones constitucionales y legales asignadas a cada institución pública. En este sentido, para abordar la operatividad del principio de planeación en los estudios previos, es pertinente realizar el análisis de la planeación estatal, que según Córdoba Padilla (2009) corresponde al diseño de estrategias para la ejecución de proyectos y planes a largo plazo, que orientan y enlazan las acciones entre el gobierno y la sociedad y que así mismo, es “un instrumento de racionalización de la gestión pública” (págs. 44-46). Así, el principio de planeación estatal se compone de dos aspectos fundamentales saber: el interés general y el patrimonio público, que serán abordados con posterioridad.

Con lo expresado en la Asamblea Nacional Constituyente en ponencia del constituyente Espinosa Faciolince (1991), se define la planeación estatal como:

La planeación es el origen y al mismo tiempo la base para la toma de decisiones. Es igualmente, la herramienta principal para el logro de los fines que se trazan en cualquier organización. Por lo tanto, ésta es esencial en el manejo de esa gran organización llamada Estado, por lo que se requiere que su aplicación sea eficaz y eficiente, y la eficiencia de un proceso de planeación está

directamente ligada a la consecución de sus objetivos, en un tiempo razonable y a un costo racional y posible. (pág. 2)

En este sentido, es válido afirmar que la planeación estatal es un principio, un proceso administrativo y a la vez, una función administrativa. Como principio y función administrativa, cuyo sustento constitucional se desprende de los artículos 2, 29, 209,334,339, 341 y 342 de la Carta Constitucional, la planeación estatal corresponde a labores organizacionales, planificadoras y de sistematización de las actuaciones administrativas en cabezadas y direccionadas por los entes estatales, con el objeto de evitar que las mismas sean producto de la improvisación y del azar por, de modo que la satisfacción de las exigencias y las necesidades del conglomerado social sean satisfechas con mayor facilidad por la administración. Como proceso administrativo, comprende la concreción de objetivos y metas por medio de la organización de todas las actuaciones y funciones administrativas de la entidad pública y la ejecución de las mismas, así como la implementación de estrategias y modelos organizacionales, establecidos discrecionalmente por la administración o por mandato de la ley (en el caso de la contratación estatal).

La Ley 152 de 1994 (Ley Orgánica del Plan De Desarrollo), en su articulado ha establecido los principios generales de la planeación estatal; el contenido, aprobación, ejecución y evaluación del Plan Nacional de Desarrollo como gran directriz de la planeación pública, y las autoridades nacionales de planeación. Cabe precisar que el Plan Nacional de Desarrollo se compone de una parte general y plan de inversiones de las entidades públicas como lo prescribe el artículo 339 de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley 152 de 1994.

La parte general del Plan Nacional de Desarrollo, trata sobre los propósitos y objetivos nacionales a largo plazo, las metas y prioridades a mediano plazo, así como las estrategias y políticas generales sociales, económicas y ambientales adoptadas por el Gobierno. El Plan Anual de Inversiones Públicas comprende los presupuestos e inversiones de los planes y proyectos, que especifica los recursos financieros para tal efecto dentro del marco de la sostenibilidad fiscal, de lo que se infiere que, el principio de planeación estatal está implícito en el Plan Nacional de Desarrollo al contemplar los elementos del interés general al determinar todo los propósitos, objetivos, prioridades y necesidades de los administrados, es decir establece hacia dónde va dirigida la actividad del Estado como garantista derechos y cómo se van a realizar las correspondientes acciones, y por otro lado, el patrimonio público relacionado con los recursos

económicos condesados en el plan anual de inversiones, que sufragan los costos de las metas a largo o mediano plazo del plan y que así mismo, especifica los mecanismos para la ejecución del mismo. (Corte Constitucional, sentencia C-448 de 18 de septiembre de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero)

Conforme al artículo 3 de la Ley 152 de 1994, el legislador determinó los principios generales de la planeación estatal o principios operacionales, que desarrollan la aplicación de los principios de la función administrativa en la organización y planificación de los órganos públicos, de los cuales se destacan:

1. Principio de Autonomía.

La Corte Constitucional en sentencia C-127 de 26 de febrero de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), ha determinado que la autonomía es un derecho de las entidades territoriales y autoridades nacionales para autogobernarse en el ejercicio de las competencias correspondientes, administrar su recursos, ser partícipes de la renta nacional y ejercer control determinado por el ordenamiento jurídico. En planeación estatal, corresponde a la facultad de la Nación, las entidades territoriales y autoridades nacionales del ejercicio libre y discrecional de las funciones atribuidas por mandato constitucional o legal en materia de planeación.

2. Principio de Ordenación de Competencias.

Desarrollado por el artículo 288 de la Constitución Política y la 1454 de 2011, consiste en la facultad de todas las autoridades y ramas que integran el Estado para atender las responsabilidades estatales, que comprende los criterios de concurrencia, complementariedad y subsidiariedad para el ejercicio de las competencias determinadas por los planes de desarrollo, tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-489 de 27 de junio de 2012 (M.P. Adriana María Guillén Arango).

3. Principio de Coordinación o Complementariedad.

Se refiere al deber de garantizar la armonía y coherencia entre las actuaciones internas de las autoridades nacionales, regionales y territoriales con las demás instancias territoriales con miras a la formulación, ejecución y evaluación de sus planes de desarrollo. Así la Corte Constitucional en sentencia C-889 de 30 de octubre de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) ha definido que el principio de coordinación o complementariedad:

(...) parte de la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos

órganos resulte complementaria y conducente al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas.

4. Principio de Consistencia.

Implica que los planes de gasto deben consistir y fundamentarse en la proyección de ingresos y financiación, limitado por el programa financiero del sector público y la programación financiera para toda la economía con el objeto de asegurar la estabilidad macroeconómica y financiera.

5. Principio de Prioridad del Gasto Público Social.

Establecido por el artículo 334 Superior, impone que la planeación estatal debe emplear como criterios en la distribución territorial del gasto público, la cantidad de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población y la eficacia fiscal como administrativa y la priorización del gasto público sobre cualquier otra inversión, puesto que garantiza el bienestar o interés general y mejoramiento de la calidad de vida de los administrados, de tal suerte que la prioridad del Gasto público social implica que:

Las normas constitucionales en materia presupuestal recogen el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación (CP art. 350), siendo su aplicación obligatoria en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales. Con miras a dar solución a las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (CP art. 366), el constituyente optó por jerarquizar las diferentes prioridades del gasto público y subordinó la constitucionalidad de las respectivas leyes presupuestales a la prevalencia del gasto público social. (Corte Constitucional, sentencia T-505 de 28 de agosto de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Monroy)

6. Principio de Continuidad.

Obligación de las autoridades de planeación de asegurar la ejecución a cabalidad los planes, programas y proyectos de las entidades públicas, tal como lo ha señalado el Departamento Nacional de Planeación (2007, pág. 6) “el plan de desarrollo, además de reflejar el compromiso que el candidato adquirió con la ciudadanía en el programa de gobierno, de garantizar la continuidad de los programas y proyectos estratégicos de la administración predecesora”, de modo tal en que la continuidad del Plan Nacional de Desarrollo debe prolongarse hasta su cabal cumplimiento.

7. Principio de Participación.

Las autoridades de planeación deben garantizar la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana en todos los procedimientos, conforme a lo estipulado en el artículo 342 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha determinado que es un deber a cargo de las autoridades de planeación, de garantizar los mecanismos de participación ciudadana contenidos en la Constitución Política, la Ley 152 de 1994 y los desarrollados en la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, en el proceso de discusión de los planes de desarrollo. (Corte Constitucional sentencia C-524 de 1 de julio de 2003, M.P.:Jaime Córdoba Triviño)

8. Principio de Sostenibilidad Ambiental.

Los planes deben adelantarse de acuerdo a criterios que estimen los costos y beneficios ambientales que garanticen adecuada oferta ambiental a generaciones presentes y venideras. Conforme a ello, el Informe Brundtland analizado por Ramírez Bastidas (2007, págs. 58-59), la sostenibilidad ambiental consiste al equilibrio entre el crecimiento económico y el medio ambiente que requiere de la satisfacción de a) la producción de mayores bienes con menos recursos naturales, b) la reducción de la explosión demográfica, c) la redistribución del exceso de consumo hacia los pobres y d) la transición desde el crecimiento del consumo y el crecimiento en la escala de la economía hacia un desarrollo cualitativo; de tal suerte que con miras a aplicar el principio de planeación es imperioso que la ejecución de los planes y proyectos del Gobierno como la actuación de las autoridades de planeación, no afecte o mitigue el impacto medioambiental que puedan perjudicar los recursos naturales.

9. Principio de Eficiencia.

Optimización de recursos financieros, humanos y técnicos para el desarrollo de los lineamientos del plan y cumplimiento de los planes de acción, derivado de los artículos 48,49 y 268 de la Constitución Política, que impone la obligación a la Administración, conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional (C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández), de “efectuar la debida planeación del gasto público de modo tal en que se oriente con certeza la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad”.

10. Principio de Viabilidad.

Impone que los planes, proyectos y estrategias puedan realizarse conforme a las metas propuestas y el tiempo necesario para su ejecución, con base en la capacidad de la administración, ejecución y recursos financieros disponibles. Así, la viabilidad en planeación

estatal implica, según Córdoba Padilla (2009, pág. 54), la posibilidad o factibilidad de realizar técnica y financieramente los proyectos y planes a largo o mediano plazo.

Las autoridades e instancias nacionales de Planeación, según lo prescrito en el artículo 8 ibídem, están lideradas por el Presidente de la República como “máximo orientador de la planeación nacional” puesto que el programa de gobierno por el cual fue elegido, determina los lineamientos y directrices de los objetivos nacionales y sectoriales que se pretenden lograr a mediano o largo plazo.

En segundo lugar, se encuentra el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y el CONPES Social, seguido del Departamento Nacional de Planeación, cuya función consiste en desarrollar las instrucciones impartidas por el Presidente de la República en materia de planeación con el objeto de formular armónicamente el plan de desarrollo con ministerios, departamentos administrativos, entidades territoriales y regiones administrativas y de planificación. Dicho lo anterior, se puede inferir que el mismo precepto normativo desarrolla los principios de ordenación de competencias y de coordinación al orientar la actividad de las autoridades de planeación en un mismo fin: el Plan Nacional de Desarrollo.

Sobre las funciones de la entidad nacional de planeación y las funciones de los organismos departamentales de planeación, la Corte Constitucional ha determinado que:

La Constitución consagra igualmente que la entidad nacional de planeación que señale la ley, tendrá a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine. Por su parte, los organismos departamentales de planeación harán la evaluación de gestión y resultados sobre los planes y programas de desarrollo e inversión de los departamentos y municipios, y participarán en la preparación de los presupuestos de estos últimos en los términos que señale la ley. En todo caso el organismo nacional de planeación, de manera selectiva, podrá ejercer dicha evaluación sobre cualquier entidad territorial. (C-524 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Ahora, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público también es una autoridad de planeación, puesto que se encarga de velar por el principio de consistencia del presupuesto del plan con las leyes anuales de presupuesto. En último lugar, están los ministerios y departamentos administrativos que en su ámbito funcional, pueden participar en la planeación nacional conforme a lo lineamientos de las autoridades referidas. Como instancias nacionales de

planeación, está en primera instancia el Congreso de la República y en segunda, el Consejo Nacional de Planeación.

Las autoridades e instancias territoriales de planeación de las entidades territoriales departamentales y municipales), se componen en primer lugar por el Alcalde o Gobernador; Consejo de Gobierno Municipal, Departamental o Distrital; la Secretaría, Departamento Administrativo u Oficina de Planeación, encargada de coordinar técnicamente la formulación del Plan con secretarías, departamentos administrativos y entidades descentralizadas departamentales o nacionales que se encuentren en la jurisdicción de la entidad territorial; y por último, las demás secretarías, departamentos administrativos y oficinas que por sus funciones, se relacionen con el Plan de Desarrollo correspondiente. Como instancias de planeación a nivel territorial, están las Asambleas Departamentales, Los Concejos Municipales, Distritales y Entidades Territoriales Indígenas en primer lugar, y en segunda instancia, los Consejos Territoriales de Planeación Municipal, Departamental, Distrital o de las Entidades Territoriales indígenas.

De la planeación territorial, es dable concluir que el Alcalde o Gobernador orienta la planeación de la entidad territorial respectiva de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo aprobado por el Congreso de la República, y que así mismo, esta influencia los lineamientos de la planeación interna de las entidades públicas ya sean nacionales o descentralizadas que están asentadas en su jurisdicción, implica que las citadas instituciones elaboraran los planes y proyectos ajustados a las necesidades del Municipio, Departamento o Distrito, lo cual satisface el principio de coordinación y organización de competencia de las entidades territoriales.

El Congreso de la República (1992), ha determinado que los órganos que integran la planeación estatal integran un sistema de planeación nacional establecido en la Constitución Política en los siguientes términos:

La Constitución de 1991, en su Título XII, Capítulo 2, establece un sistema de planeación, que se diferencia del anterior principalmente por los siguientes aspectos: a) Propicia un sistema abierto. En los Consejos de Planeación, a todo nivel, intervendrán representantes de la ciudadanía y de los sectores en que ésta se divide (Artículo 340 Constitución Política); b) La participación de las entidades territoriales es mayor, en la medida en que hacen parte del Consejo Nacional de Planeación, órgano consultivo del Gobierno para la elaboración del Plan (Artículo 340 Constitución Política), y podrán participar activamente en la elaboración del mismo, según lo dispone el artículo 341 del nuevo Estatuto Superior; c) Persigue que la Planeación, como

instrumento de intervención económica, tenga aplicación real. El Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones, constituyen dos instrumentos de la política económica de Estado que tendrán que armonizar para que se ajusten a los dictados constitucionales. Lo anterior nos lleva a decir que el nuevo modelo de planeación busca plasmar en realidad los parámetros constitucionales de participación y descentralización. (pág. 2)

Expuesto lo anterior, se puede concluir que la planeación estatal como principio, función administrativa y procedimiento de las entidades pública, es orientada bajo los parámetros y programas de gobierno del el poder ejecutivo, liderado a nivel nacional por el Presidente de la República y a nivel territorial, por Alcaldes o Gobernadores. Ahora, la función de coordinación y dirección de los Planes de Desarrollo está a cargo del Departamento Nacional de Planeación y de la Secretaría, Departamento Administrativo u Oficina de Planeación, entidades encargadas de armonizar y articular la formulación del Plan de Desarrollo con las restantes entidades públicas, por lo que la respuesta de la administración frente a la satisfacción de intereses generales y al mejoramiento de las condiciones de vida de los administrados, en principio, sea coordinada, sistemática y organizada que le permita al Estado el cumplimiento de los fines constitucionales.

Ahora, para exponer con mayor claridad los actores del sistema de planeación y el procedimiento administrativo de planeación estatal, se expone la siguiente gráfica:

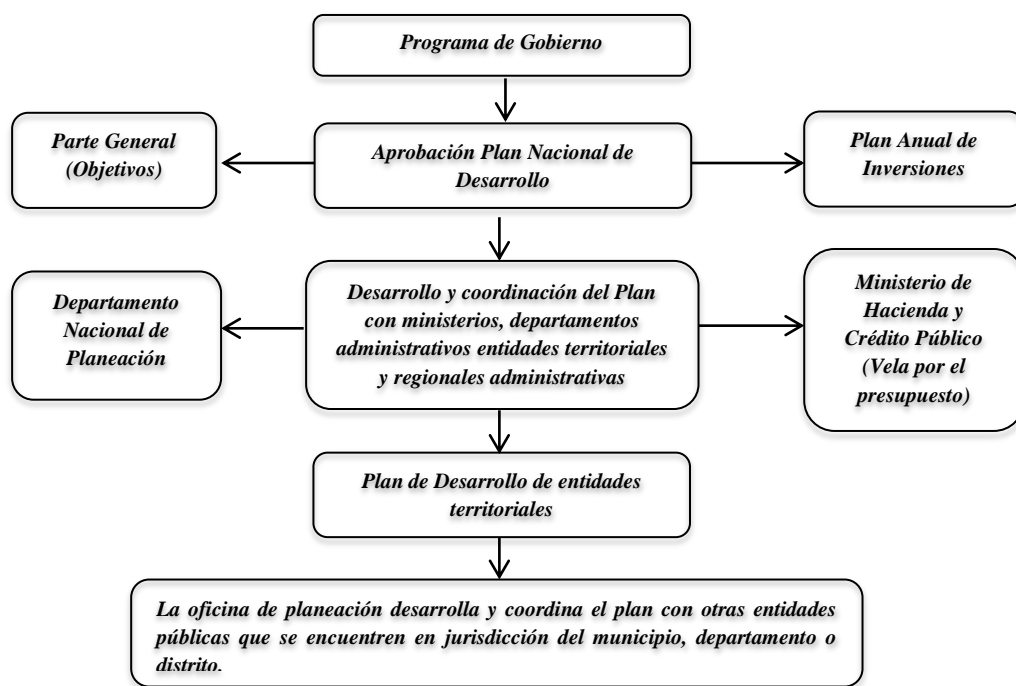


Ilustración 1. Actores del sistema de planeación y el Procedimiento administrativo de planeación estatal. Autoría propia.

De lo anterior, se concluye que el procedimiento administrativo de planeación estatal comprende las metas y objetivos propuestos en el Plan Nacional de Desarrollo junto con el Plan Anual de Inversiones, que se van desarrollando y coordinando a nivel nacional por el Departamento Nacional de Planeación y a nivel municipal, departamental o distrital por la Secretaría, Departamento Administrativo o la Oficina de Planeación con las demás entidades públicas que conforman el andamiaje estatal. Así las cosas, la contratación pública es un mecanismo idóneo que permite ejecutar los planes, proyectos y estrategias determinados en los Planes de Desarrollo Nacionales y Territoriales, a partir de la determinación de las necesidades que deben satisfacer las entidades públicas y la disponibilidad presupuestal para ejecutarlas conforme a los recursos asignados por el Plan Anual de Inversiones a cada entidad estatal.

Sobre la contratación estatal, se reitera, son de obligatorio cumplimiento y observancia los principios generales de la contratación pública por mandato del artículo 2 de la Constitución Política al establecer como fin estatal *“la efectividad de los principios, derechos y deberes”* y del artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, según el Estatuto de los Contratos de la Administración, se erigen como principios generales de la actividad contractual del Estado los de transparencia, economía, la responsabilidad y la planeación. Si bien el principio de planeación no es taxativo en el régimen jurídico de la contratación, la jurisprudencia contencioso administrativa ha determinado que la interpretación sistemática y conjunta de las normas constitucionales y del aludido régimen contractual, es posible estructurar sus elementos y por ende, también integra los principios generales de la contratación, de modo tal que el principio de planeación se fundamenta en los principios de economía, legalidad, interés general y protección de los recursos públicos, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de febrero de 2012 (Exp. 19730, C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

En línea con lo anterior, el principio de planeación estatal aplicado a la actividad contractual, impone a la Administración la racionalización y organización de acciones, funciones y estrategias de manera eficiente y eficaz, es decir que se logren materializar los fines propuestos o la satisfacción de necesidades públicas con la menor inversión de recursos públicos, evitando trámites innecesarios, situaciones dilatorias y pérdidas cuantiosas de los dineros estatales que

pueden perjudicar a las partes, obstaculizar e inclusive paralizar la adecuada prestación del servicio y la misma actividad contractual del Estado.

Para concretar, se sigue que los componentes básicos de la planeación son el interés general, el patrimonio público, la eficiencia y la eficacia que articulados entre sí, permiten la consecución de los principios, fines y misiones del Estado Social de Derecho, de modo tal en que surge para la Administración el cumplimiento del deber de planeación, que implica que los contratos estatales, según el Consejo de Estado en sentencia del 13 de junio de 2013 (Exp. 26637, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa), deben “corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad.”

Para la aplicación concreta del principio de planeación estatal en la contratación pública, resulta indispensable adicionar a los principios operaciones los principios de economía, legalidad, el interés público y protección de los recursos públicos extraídos del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, de los cuales se realizará una breve exposición.

La relación del principio de planeación y del principio de economía implica dos esferas: la eficaz actuación de la administración y la eficiencia de la contratación pública respecto de los procesos de selección. La eficacia de la actuación de la entidad contratante se refiere a la sujeción de la actividad contractual a los parámetros establecidos en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 para alcanzar el fin del principio de economía y por el lado de la eficiencia de la contratación, corresponde la obtención de los mayores beneficios colectivos con el menor uso de los recursos públicos.

Ahora bien, de acuerdo al Consejo de Estado en sentencia de 3 de diciembre de 2007 (Exp. Acumulado 28244-31447, C.P. Ruth Stella Correa Palacio), resalta que la eficacia de la administración en los procedimientos de selección conlleva la prevalencia del derecho sustancial sobre la formas para lo cual, no deben surtirse trámites, exigir formalidades o requisitos diferentes a los previstos por la ley y así mismo, que el proceso contractual debe cumplir con la etapas necesarias que aseguren la selección objetiva de la propuesta más favorable. Respecto de la eficiencia de la contratación pública, significa que la Administración debe adelantar los estudios técnicos, jurídicos y económicos que permitan establecer con antelación la conveniencia, viabilidad y el presupuesto que requiere el proyecto o el contrato estatal, ajustados

al plan de inversiones o adquisiciones, ley de presupuesto o asignaciones para realizar el certificado de disponibilidad presupuestal, de modo en que la ejecución presupuestal esté subyugada al ordenamiento jurídico.

Respecto de los principios de legalidad, interés público y la protección de recursos públicos fiscales, impone el deber a la entidad pública contratante de cumplir con los requisitos técnicos exigidos por la ley como la elaboración de los diseños, estudios (técnicos, jurídicos y económicos) y los proyectos correspondientes que permitan establecer la cuantía de la inversión y asimismo, determinar la modalidad de selección que debe emplearse con antelación inicio al del proceso contractual. Una vez satisfechas las exigencias legales se cumplen a posteriori los requisitos de validez del contrato estatal. Aunado a lo anterior, al cumplirse a cabalidad el marco legal de la actuación contractual estatal, existen garantías que favorecen al interés común y los derechos de los administrados, puesto que se selecciona objetivamente la propuesta más favorable, se impiden actuaciones irregulares, contrarias o desviadas del marco normativo por parte de los servidores públicos, a la vez que se evitan costos innecesarios, excesivos e imprevisibles que puedan afectar fiscalmente los recursos estatales.

Expuesto lo anterior, es válido afirmar que el principio de planeación contractual al fundamentarse en los principios de economía, eficacia, eficiencia permite la consecución y salvaguarda del interés general y del patrimonio público por medio de la contratación estatal, en otras palabras, el principio de planeación articula las disposiciones del régimen de los contratos del Estado con los principios y exigencias constitucionales del Estado Social de Derecho, de tal suerte que el principio de planeación constituye una herramienta práctica que otorga garantías constitucionales de carácter sustancial como procedimental a los administrados, que son el móvil de la actuación estatal y a los particulares interesados en celebrar negocios jurídicos con el Estado, y como herramienta, permite la organización de los proyectos a realizar y la determinación preliminar de las necesidades, el objeto contractual, el valor del proyecto, los riesgos, las garantías requeridas y el procedimiento o las reglas de selección objetivas pertinentes que demandan el perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal. (Artículo 2.2.1.1.2.1.1, Decreto 1082 de 2015).

Ahora bien, cabe resaltar que el principio de planeación contractual comprende una serie de acciones y pasos a seguir con antelación a la publicación del aviso de convocatoria pública del procedimiento de selección objetiva, lo cual da lugar a que en esa instancia previa, el principio

de planeación constituya una etapa indispensable del proceso contractual. La conversión del principio de planeación como una etapa anterior a la precontractual, se da partir de la promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto Reglamentario 734 de 2012, normas que establecieron que los estudios y documentos previos, la determinación de los riesgos previsibles y el pliego de condiciones son los momentos en los cuales se desarrolla el principio de planeación contractual.

Luego la expedición posterior del Decreto 1082 de 2015, amplió el espectro de la etapa de planeación al establecer que dentro de la estructura del proceso de contratación pública, en primer lugar, es de obligatorio cumplimiento la realización de etapa de planeación compuesta por la elaboración de los estudios previos, el análisis del sector económico y los pliegos de condiciones, cuyas bases se soportan en el Plan Anual de Adquisiciones de la entidad pública, de tal forma en que la norma propende por garantizar el cumplimiento requerimientos normativos de las actuaciones estatales en materia contractual y cumplimiento de las exigencias constitucionales relacionadas con los fines y principios del procedimiento de selección, la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal.

Para finalizar, la aplicación de la planeación estatal en materia de contratación pública abarca los proyectos y objetivos determinados por los actores del sistema de planeación a nivel nacional como territorial así como los planes de acción que buscan satisfacer necesidades de los administrados establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan Anual de Inversiones Públicas, el Plan Departamental o Municipal de Desarrollo y el Plan Anual de Adquisiciones, de modo que, las actuaciones contractuales de la administración deben ejecutar las proyecciones y metas del Gobierno Nacional ajustados a los principios de la función administrativa en materia de planeación (o los referidos aquí como principios operacionales) junto con los principios específicos de economía, legalidad, interés general y protección de los recursos públicos. En este sentido, Ruiz Orjuela (2010) señala que:

Claro es que la primera hoja de ruta para definir los proyectos y planes que habrán de orientar la contratación de la administración, es el plan de desarrollo de cada entidad territorial, que a su vez, se releja en la agenda de todas sus entidades descentralizadas, lo mismo ocurre con las entidades de las otras ramas del poder público que deben establecer unos planes de acción de acuerdo con sus objetivos para cada período de su administración o gerencia, como ocurre por ejemplo en el Congreso, la Rama Judicial o en los organismos de control. (pág. 144)

Así, es dable concluir que la planeación estatal en contratos estatales es un procedimiento que comprende la identificación de necesidades e interés generales nacionales y territoriales, que gradualmente se van concretando o satisfaciendo de acuerdo a las funciones y competencia de cada una de las entidades públicas de forma coordinada, armónica y ordenada, que así mismo contribuyen al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

ETAPA DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

Los contratos de obra pública, conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son aquellos celebrados por la entidades públicas con el objeto de realizar construcciones, mantenimiento, instalación y en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles. Adicionalmente, están regulados por la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y la Ley 1682 de 2013. Ahora bien, respecto de la operatividad del principio de planeación en la fase de planificación de los contratos de obra, la Administración debe elaborar los estudios previos, el análisis del sector económico y los pliegos de condiciones conforme a lo preceptuado en el Decreto 1082 de 2015.

Cabe resaltar que el precitado decreto, incorpora en el artículo 2.2.1.1.6.1 el deber de análisis de las entidades públicas en la etapa de planeación, lo cual implica el pleno conocimiento sobre el objeto contractual del proceso de selección que abarque los sectores y ámbitos legales, comerciales, financieros, organizacionales, técnicos y los análisis de riesgos, en otras palabras, el Decreto 1082 de 2015 complementa el deber de planeación desarrollado jurisprudencialmente con el deber de análisis lo que implica que no basta con realizar los diseños y proyectos previos a la convocatoria, sino que la entidad debe conocer y contemplar los aspectos generales y particulares de la obra objeto de la actividad contractual del Estado.

Según la página Colombia Compra Eficiente (2015), los estudios previos constituyen una garantía al principio de planeación y una síntesis de la fase de planeación contractual, puesto que soportan y justifican el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones definitivos, el proceso de selección (licitación, selección abreviada, contratación directa o mínima cuantía) del contrato, a la vez que comprenden la articulación sistemática de requerimientos técnicos y el análisis de la viabilidad, conveniencia y factibilidad del contrato de obra, de tal forma que se cumple con el deber de motivación de las decisiones administrativas en materia contractual. Sobre el deber de motivación que cumple la realización de los estudios previos, Lamprea Rodríguez (2007) ha señalado que:

(...) la pretensión legal es que la decisión que se ha de licitar no provenga de intempestiva conducta de la administración, sino de estudio atento de conveniencia y oportunidad del contrato y de la forma como se aviene a los planes de intervención de la entidad, al programa de compras, a las disponibilidades presupuestarias y a la ley de apropiaciones. (pág. 236)

En línea con lo anterior, como argumenta Ruiz Orjuela (2010), los principios que rigen los estudios previos son los principios de planeación y buena fe, con base en los cuales “al interior de la entidad se determina una necesidad u objetivo a cumplir para satisfacer el interés público en un determinado campo o proyecto.” (pág. 144).

Sobre el contenido de los estudios previos, el Decreto 1082 de 2015 estableció que se compone de a) la descripción de la necesidad, b) el objeto contractual con especificaciones, autorizaciones permisos, licencias y documentos técnicos en el caso de los contratos de obra para el desarrollo del proyecto, c) modalidad de selección, d) valor estimado del contrato, e) criterios de selección, f) análisis del riesgo y la forma de mitigarlos, g) las garantías exigidas para el proceso de contratación y h) la indicación de si el proceso está cobijado por Acuerdo Marco de Precios. Lo anterior, no resulta aplicable a los procedimientos de mínima cuantía.

Descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con el proceso contractual de obra pública.

Comprende la plena identificación de las necesidades públicas resultantes del proceso interno de planeación que esperan ser cubiertas por la administración vía contractual. Tal exigencia está regulada por el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en la cual la entidad estatal contratante debe determinar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, de modo en que la citada norma, establece la metodología para desclasificar unas necesidades y materializar las construcciones, los mantenimientos, instalaciones u obras más provechosas al interés general.

La ponderación de necesidades, según Santofimio Gamboa (2009, págs.47-48) impone a la administración el deber del análisis previo y motivado del contrato proyectado, soportado en los criterios de oportunidad y mérito, que permitan justificar por qué una necesidad pública debe ser satisfecha frente a otras que han sido identificadas pero se adelantarán en otras oportunidades contractuales.

Según los lineamientos de la Procuraduría General de la Nación (2010), deben considerarse los siguientes aspectos:

- La necesidad de la entidad que se pretende satisfacer con la contratación.
- Opciones que existen para resolver dicha necesidad en el mercado.
- Opción más favorable para resolver la necesidad desde los puntos de vista técnico, jurídico y económico. Se deberá efectuar el análisis de las diferentes alternativas o soluciones que

satisfacen la necesidad de la entidad frente a los costos, beneficios y desventajas de cada una de ellas (outsourcing, leasing, arrendamiento, etc.).

- Verificación de que la necesidad se encuentra prevista en el Plan de Compras de la entidad o inclusión de ésta a través del ajuste respectivo.
- Relación existente entre la contratación a realizar y el rubro presupuestal del cual se derivan sus recursos. (págs. 14-15)

En el caso de los contratos de obra pública, es imperioso incluir; con base en la competencia, la función constitucional asignada a la entidad contratante y la descripción general del proyecto, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutará la obra, los derechos de los asociados que se pretenden garantizar y el servicio público a satisfacer con la obra proyectada.

Objeto contractual, anexo técnico, permisos, licencias y documentos técnicos en el para el desarrollo del contrato de obra.

El ítem en referencia tiene un componente jurídico y un componente técnico. El componente jurídico corresponde a la definición del contrato y las cláusulas y obligaciones a las que se comprometen las partes. El componente técnico consiste en los diseños, el presupuesto, la especificación, las licencias y documentos técnicos que permiten concluir la viabilidad del proyecto y su impacto en esferas sociales, económicas y ambientales, tal como prescribe el inciso segundo del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Así mismo, constituye una obligación a cargo de la Administración de seleccionar, definir y perfeccionar los objetos por contratar mediante estudio, diseños y proyectos, que forman la base de los pliegos de condiciones, del contrato estatal y que limitan la ejecución del proyecto. Así mismo, deben incluirse el lugar y plazo de ejecución contractual. (Santofimio Gamboa, 2009, pág. 48)

Según la Procuraduría General de la Nación (2010), la descripción del objeto a contratar abarca las especificaciones técnicas del bien, compromisos o declaraciones sobre la capacidad técnica del oferente, las actividades técnicas y plazos para su ejecución y los servicios conexos. (págs. 15-16)

El componente técnico implica el análisis de los aspectos comerciales, financieros o la proveniencia de los recursos públicos, organizacionales (sobre la supervisión o interventoría), los jurídicos que determinen el marco normativo del objeto contractual y las especificaciones técnicas generales y particulares sustentadas en normas técnicas especiales que requiere la obra a

ejecutar, el tipo de obra y el equipo mínimo de trabajo para su ejecución. Ahora bien, el componente técnico según la página de Colombia Compra Eficiente (2015), para los contratos de obra pública también incluye:

Licencias y autorizaciones

1. Licencias y obligaciones ambientales.
2. Licencias urbanísticas y cumplimiento de los planes de ordenamiento territorial.
3. Observancia de normas de protección del patrimonio histórico y cultura.
4. Asuntos relativos al desarrollo territorial, expropiación y manejo de predios.
5. Asuntos tributarios.
6. Movilidad.
7. Servicios públicos domiciliarios.

Documentos técnicos

1. Población beneficiada.
2. Estudios geológicos y geotécnicos cuando corresponda.
3. Estudios hidrológicos, hidráulicos y de drenaje cuando sea pertinente.
4. Estudio de la situación actual y proyección de uso futuro de la obra para la previsión del mantenimiento.
5. Diseño.
6. Estructuración de la distribución predial con base en información catastral.
7. Análisis ambiental.
8. Identificación de factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos que afectan la normal ejecución del proyecto y propuesta de mitigación de la afectación.
9. Costo estimado y plan de manejo económico y financiero, teniendo en consideración el origen de los recursos.

Modalidad de selección

Significa el deber de sustentación jurídica que fundamente porqué debe de emplearse una determinada modalidad y no otra para adelantar el procedimiento de selección. La modalidad de selección se determina el objeto del contrato a ejecutar conforme a lo establecido en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

Para los contratos de obra pública, se pueden emplear las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, contratación directa y contratación de mínima cuantía. La

licitación pública se aplica por regla general (numeral 1, artículo 2, Ley 1150 de 2007). La selección abreviada por mínima cuantía procede cuando el valor del proyecto está en el rango de la menor cuantía de la entidad estatal contratante (numeral 2, artículo 2 ibídem). La contratación por mínima cuantía es pertinente cuando el costo de la obra no excede el 10% del valor de la menor cuantía de la entidad contratante (numeral 5, artículo 2, ibídem). Se aplica excepcionalmente la contratación directa de obras públicas podrá adelantarse en caso de urgencia manifiesta y de los servicios del sector Defensa y Seguridad Nacional, también resulta aplicable para los convenios interadministrativos (numeral 4, artículo 2, ibídem).

Valor estimado del contrato.

Corresponde a la determinación del valor de la obra pública, la forma de pago al contratista y el presupuesto oficial disponible para tal efecto. La Administración con base en las especificaciones técnicas generales y particulares de la obra, los estudios técnicos y los impactos ambientales, sociales y económicos del proyecto estima anticipadamente los recursos públicos que se van a ejecutar conforme al Plan Anual de Inversiones y el Plan Anual de Adquisiciones.

En el Plan Anual de Adquisiciones, las entidades públicas deben incorporar los bienes, obras y servicios que pretendan adquirir y ejecutar en el transcurso del año, con el valor estimado del proyecto, los tipos de recursos con los cuales se financiaría la obra, la modalidad de selección del contratista y la fecha en que se iniciará el respectivo proceso de contratación mediante el registro presupuestal (Art. Artículo 2.2.1.1.1.4.1., Decreto 1082 de 2015).

Aunado a lo anterior, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto) estableció que es deber de la Administración que todos los actos administrativos que afecten el presupuesto o el patrimonio público estén soportados por los certificados de disponibilidad presupuestal previos que garanticen la existencia de los recursos públicos necesarios y suficientes que cubran el valor del contrato estatal. Para el perfeccionamiento del acto administrativo, es indispensable realizar el registro presupuestal en el Plan Anual de Adquisiciones.

En esta línea argumentativa, se sigue que los estudios previos, el pliego de condiciones y el acto de adjudicación no puede expedirse sin el certificado de disponibilidad presupuestal ni el respectivo registro, pues de lo contrario trasgrede el principio de planeación en su esfera presupuestal y deja al margen de la improvisación la ejecución de los recursos estatales. Tal exigencia propende a la protección de los recursos públicos en materia de contratación, puesto

que garantiza que los recursos públicos no se comprometan a futuro a obligaciones no previstas ni que los mismos sean desviados a diferentes actuaciones. Así, el cumplimiento de la exigencia del acto administrativo fundamentado con antelación por la disponibilidad presupuestal, satisface los principios de economía, eficiencia, eficacia y legalidad en la estimación del valor del contrato de obra, que a posteriori, compromete el patrimonio público e incide en el perfeccionamiento del negocio jurídico.

Modalidades para estimación del valor del contrato de obra pública.

Según Colombia Compra Eficiente (2015), existen las modalidades de precio global, precios unitarios, llave en mano y administración delegada aplicables a los contratos de obra pública. También la forma de pago puede ser anticipo o pago anticipado.

La modalidad de precio global, ha sido definida por el Consejo de Estado en sentencia de 3 de marzo de 2014 (Exp. 24845, MP. Mauricio Fajardo Gómez) como la suma fija que cubre los costos directos e indirectos al contratista para ejecutar la obra, lo que implica que el contratista asume todas las obligaciones contractuales y sea el responsable de la efectividad del contrato, de modo en que la entidad pública no sufraga mayores cantidades de obras adicionales necesarias no previstas relacionadas con el objeto del contrato, es decir que se pactan los precios a todo factor en el cual se incluyen los riesgos o eventualidades en la etapa de ejecución.

Respecto del precio unitario, se emplea cuando la entidad contratante no puede establecer con exactitud el valor total de la obra antes de ejecución, para ello la Administración realiza una aproximación por las cantidades, ítems o unidades de la obra con el objeto de que los oferentes establezcan en sus propuestas el valor unitario de cada unidad y a partir de ellas, se arroja el valor final del contrato. (Consejo de Estado, sentencia de 27 de marzo de 2014, Exp. 24845, C.P. Mauricio Fajardo Gómez)

La llave en mano, según la página de Colombia Compra Eficiente (2015) consiste en que el contratista realiza los estudios, diseños, construcción, contratación de personal y todo lo relacionado con la ejecución del proyecto de tal manera en que previamente, se establece un valor total por todas las actuaciones adelantadas por el contratista, Se relacionan con las modalidades de precio global o precio unitario porque el contratista se obliga a entregar la obra que recae generalmente sobre inmuebles, en estado de utilización y a disposición de la entidad contratante. (pág. 7)

La modalidad de administración delegada es cuando el contratista es delegatario de la ejecución del contrato, que es financiado por la entidad pública y cuya prestación son honorarios pactados por el porcentaje sobre el valor de la obra o como precio fijo. En esta modalidad, la entidad contratante asume los riesgos y el director técnico o contratista, se obliga a garantizar la efectividad de la obra. (Colombia Compra Eficiente, 2015, pág. 7)

La administración delegada ha sido definida por el Consejo de Estado en sentencia de 16 de septiembre de 2010:

(...) la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquélla, a cambio de unos honorarios previamente pactados. (Exp. 16605, C.P. Carmen Tereza Ortiz de Rodríguez)

Para concluir, la planeación contractual, según Santofimio Gamboa (2009) en el ámbito presupuestal ajustada a precios fijos reales del mercado, permite que el Estado pueda evaluar objetivamente las propuestas presentadas en el procedimiento de selección, ya que los costos tienen una sustentación técnica y económica que implica que la entidad pública contratante no pague más ni menos del valor de la obra, asegurando así los intereses comunitarios y, se reitera, la protección a los recursos públicos. En últimas, es Estado pasa a ser un sujeto más del mercado pues el valor estimado del contrato obedece a criterios de razonabilidad y objetividad, lo cual reduce la improvisación y subjetividad en la ejecución del presupuesto. (págs. 49-50)

Criterios de selección.

Conforme al Decreto 1082 de 1993, la entidad pública determina los requisitos habilitantes que permiten la participación del proponente en el proceso de selección del contrato de obra pública y también, determina los criterios de ponderación o de calificación que determinan la selección de la mejor propuesta.

Requisitos Habilitantes.

Los requisitos habilitantes del contrato de obra pública o las condiciones mínimas para participar son la experiencia, capacidad jurídica, la capacidad financiera, la capacidad organizacional y la capacidad residual en el caso de los contratos de obra pública, es decir que son los requisitos que "(...) permiten participación en procesos de selección de contratistas del Estado." (Consejo de Estado, concepto de 20 de mayo de 2010, Exp. 2002457, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo)

Para la determinación de la capacidad financiera y la capacidad organizacional, se pueden emplear el análisis del sector. Los requisitos habilitantes están contenidos en el Registro Único de Proponentes.

a) Experiencia.

Según el Decreto 1082 de 2015, corresponde al trayecto del proponente en la celebración, ejecución y desarrollo de los contratos de obra pública. Para tal efecto, se identifican cada uno de los bienes, servicios y obras con el Clasificador de Bienes y Servicios del tercer nivel, su valor en salarios mínimos legales mensuales vigentes y se mide en años. Adicionalmente, la experiencia debe ser a fin con el tipo de actividad prevista por el objeto del contrato, puede ser general (sobre los contratos celebrados con el Estado) y específica (respecto de la ejecución del tipo de obra proyectada).

b) Capacidad jurídica.

Consiste en la capacidad jurídica del oferente para prestar el bien, servicio o ejecución de la obra, es decir que el proponente no tiene ningún impedimento legal (relacionado con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades) para ejercer su actividad comercial y presentar ofertas ante entidades públicas. Las personas que pueden presentar oferta son naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, uniones temporales, consorcios y los socios que constituyan la promesa de sociedad futura. Así mismo, implica las facultades del representante legal de las sociedades, uniones temporales y consorcios para presentar la oferta, celebrar contratos estatales y obligar a la persona jurídica hasta cierto monto y en determinadas condiciones.

Para ello, cuando es procedente y la entidad contratante lo requiere, se solicita la autorización que limita las facultades del representante legal con adición a los documentos que la entidad estime necesarios. Dichos documentos, aparte de la autorización y el R.U.P., pueden ser la carta de presentación de la propuesta, fotocopia cédula de ciudadanía, certificado de inhabilidades e incompatibilidades, hoja de vida en formato único para persona natural o jurídica, pago de seguridad social, certificado de existencia y representación legal de cámara y comercio en caso de persona jurídica, antecedentes (disciplinarios, fiscales y judiciales) y compromiso de transparencia. (Colombia Compra Eficiente, 2015)

Aunado a lo anterior, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de 8 de febrero de 2012, ha concluye sobre la capacidad jurídica lo siguiente:

La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si “quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta”, condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. Ahora bien, distinto de no ostentar capacidad jurídica y de ejercicio es que el representante legal, por ejemplo, en el caso de sociedades, tenga restricciones o limitaciones para comprometerla, caso en cual no es válido señalar, a priori, que la persona jurídica carezca de capacidad para concurrir al negocio jurídico, teniendo en cuenta que la representación es una figura que permite que ciertas personas puedan ejercer su capacidad legal. (...) son distintos los efectos que se derivan del hecho de que una persona no tenga capacidad al momento de presentar la propuesta dentro determinado proceso de selección en el ámbito de la contratación estatal, a los que se generan del hecho de que su representante legal se encuentre limitado en sus facultades para comprometerla. (Exp. 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio)

c) Capacidad financiera

Se refiere a que el proponente debe satisfacer el índice de liquidez, el índice de endeudamiento y razón de cobertura del interés. Al respecto, el Decreto 1082 de 2015 definió el índice de liquidez como el activo corriente dividido por el pasivo corriente; el índice de endeudamiento como el pasivo total dividido por el activo legal; y finalmente, la razón de cobertura del interés corresponde a la utilidad operacional dividida por los gastos del interés (numeral 3, Art. 2.2.1.1.1.5.3, ibídem). Para los mencionados índices, la página de Colombia Compra Eficiente recomienda solicitar los siguientes rangos para los contratos de obra pública.

Cuadro 1

Índices de liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de interés para determinar la capacidad financiera.

<i>Índice</i>	<i>Rango</i>
Liquidez	Mayor o igual a 1
Endeudamiento	Menor o igual al 70%
Razón de Cobertura de Intereses	Mayor o igual a 1

Nota 1. Índices de liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de interés. Colombia Compra Eficiente (2015), p. 20

d) Capacidad organizacional

Significa el rendimiento de las inversiones la eficiencia en el uso de los activos del proponente. Para tal efecto, se mide en los indicadores de rentabilidad del patrimonio (utilidad operacional dividida por el patrimonio) y la rentabilidad del activo (utilidad operacional dividida en el activo real), tal como lo preceptúa el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015. La página de Colombia Compra Eficiente (2015, págs. 20-21), sugiere que la rentabilidad del patrimonio se exija un indicador mayor a 0 y para la rentabilidad del activo, el indicador sea mayor a 0.

e) Capacidad Residual

Consiste en la aptitud del proponente para cumplir a cabalidad el contrato de obra proyectado sin interferencia de los demás negocios jurídicos suscritos. Exigible para los proponentes que cumplen a cabalidad los requisitos habilitantes anteriormente expuestos. El Decreto 1082 de 2015 preceptúa en su articulado que deben allegarse los siguientes documentos: Lista de los contratos de obra y concesión celebrados y en ejecución con otras entidades públicas indicando su valor y plazo; lista de contratos de obra y de concesión celebrados suscritos por sociedades, uniones temporales o consorcios de los que haga parte el proponente; y el balance general auditado del año anterior o estados financieros. Para calcular el índice, se le resta al presupuesto oficial estimado el anticipo más la siguiente fórmula:

$$\text{Capacidad Residual del proponente} = CO \times \left[\frac{(E + CT + CF)}{100} \right] - SCE$$

En dónde;

Experiencia (E) = Puntaje 120

Capacidad financiera (CF)=Puntaje de 40

Capacidad técnica (CT)= Puntaje de 40

Total= Puntaje máximo total de 200

No se asigna puntaje a la capacidad organizacional porque la unidad de medida es en pesos colombianos. Cabe agregar que la Capacidad residual se entiende suficiente cuando es superior o igual a la Capacidad Residual establecida en los documentos del proceso por la entidad pública contratante.

Criterios de ponderación o Evaluación

Para los criterios de ponderación o evaluación de las ofertas, se sugiere evaluar el factor económico, técnico y el incentivo a la industria nacional.

Factor económico

La norma prescribe que la administración, como criterio de desempate, debe emplear un método previsto en los pliegos de condiciones, los referidos métodos también se incluyen los estudios previos que soportan el pliego de condiciones y son la media aritmética, la media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial o menor valor. El método se elige conforme a los dos primeros dígitos de la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día hábil anterior a la fecha prevista para la publicación del informe de evaluación. Para tal efecto, el Pliego de Condiciones para los Contratos de Obra Pública sugerido por Colombia Compra Eficiente (2015), establece los siguientes rangos para la determinación del método que evaluará el factor económico.

Cuadro 2

Rangos que determinan el método que evalúa el factor económico.

<i>Rango</i>	<i>Número</i>	<i>Método</i>
De 00 a 24	1	Media aritmética
De 25 a 49	2	Media aritmética alta
De 50 a 74	3	Media geométrica con presupuesto oficial
De 75 a 99	4	Menos valor

Nota 2. Rangos de determinación del método que evalúa el factor económico. Colombia Compra Eficiente (2015), p.10

Depende del método seleccionado, la entidad pública contratante debe especificar las fórmulas y las variables cuando vaya a elegir la mejor oferta de las ofertas válidas que cumplen con los requisitos mínimos para su participación.

Factor técnico

Se evalúa conforme al Sistema de Control de Calidad que se compone de los siguientes documentos: los Manuales de Calidad (política de calidad, objetivo, manejo y responsables); establecimiento de procedimientos operativos; la operatividad del sistema del control de calidad; las actividades a realizar respecto de un producto, ítem o elemento de trabajo para garantizar que cumple con los requerimientos; disponibilidad de laboratorios de ensayo acreditados por el

Organismo Nacional de Acreditación de Colombia para el contrato a celebrar; especificaciones técnicas superiores a las exigidas como mínimas por parte de la Administración y desempeño del contratista en contratos anteriores (Colombia Compra Eficiente, 2015, pág. 17).

No pueden incluirse como criterios técnicos: la calificación de los programas de trabajo, el cronograma del proyecto, programas de inversión, diligenciamiento de los formatos de análisis a precios unitarios, las calidades del personal, sanciones o multas, cumplimiento de especificaciones técnicas mínimas de la obra ni programas de manejo ambiental indispensables para el proyecto (2015, pág. 17).

Incentivo a Industria Nacional

Asignación a proponentes de puntaje que ofrezcan Bienes o Servicios Nacionales, conforme a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 816 de 2013, el puntaje puede ser del porcentaje comprendido entre el 10% y el 20% para estimular la industria colombiana.

Factores de desempate

La entidad pública contratante establecerá los criterios de desempate conforme al artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015. Para la elección de la mejor propuesta en cumplimiento del principio de la selección objetiva, la mejor propuesta será la que reúna el mejor puntaje en el primer criterio de evaluación. Si existe el empate, entonces se escogerá la propuesta que haya obtenido el mejor puntaje en el segundo criterio de evaluación y así sucesivamente, cuando se agoten todos los criterios de ponderación de las ofertas. Agotados los requisitos, la norma establece los siguientes criterios para elegir la mejor oferta:

- a) Preferencia de la propuesta que ofrezca bienes y servicios nacionales a los que ofrezcan los de índole extranjera.
- b) Preferencia de propuestas presentadas por Mipyme Nacional.
- c) Preferencia de la propuesta presentada por unión temporal, consorcio o promesa de sociedad conformado por Mipyme Nacional con participación mínima del 25%, que la Mipyme Nacional otorgue al menos el 25% de la experiencia o que la Mipyme ni sus miembros, sean socios, accionista o miembros del consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura.
- d) Preferir propuesta presentada por proponente que logre acreditar que por mínimo el 10% de su nómina está integrada por personal en condiciones de discapacidad o si es

la sociedad pertenece a consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, debe contar con la participación mínima del 25% y aportar el 25% de la experiencia.

Ahora bien, de los anteriores criterios que contiene el estudio previo, se estructuran los requisitos habilitantes, los criterios de selección objetiva y los criterios de desempate que determinarán a futuro la mejor propuesta que conviene más al interés general y satisface las necesidades del conglomerado social, mediante la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Análisis del riesgo y la forma de mitigarlos.

La distribución de los riesgos de los contratos estatales en el principio de planeación no es taxativa en la Ley 80 de 1993, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Exp. 22464, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ha determinado que tanto el principio de previsibilidad como el de planeación se desprende del “de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato.”, de tal suerte que por esta vía interpretativa la obligación de la determinación de los riesgos en el principio de planeación es implícita y debe ser desarrollada en los estudios previos y en los pliegos de condiciones.

Uno de los puntos más relevantes considerados por la Ley 1150 de 2007, en el artículo 4 se establece la obligación de incluir en el prepliego y el pliego de condiciones definitivo “la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”, que son determinados por la Administración. Respecto de las garantías de los contratos estatales, el artículo 7 prescribe que “El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.”, es decir que las garantías únicas de cumplimiento y las pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente constituidas deben corresponder a los riesgos determinados por el Gobierno Nacional con base en la particularidad de cada contrato.

Así las cosas, los riesgos por disposición del Decreto 1082 de 2015 estructuran los estudios previos y corresponden a circunstancias previsibles que pueden afectar la ejecución del contrato. Para tal efecto, la entidad pública elabora la matriz de riesgos adecuada a los riesgos de

los contratos de obra pública, así la página de Colombia Compra Eficiente (2015) sugiere los siguientes aspectos para su identificación:

- a) Monto y oportunidad de la obra.
- b) Eventuales variaciones por cantidades de obra, plazos y precios.
- c) Aspectos geológicos.
- d) Presencia e interferencia de servicios públicos domiciliarios.
- e) Costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados.
- f) Falta de disponibilidad de la obra para efectos de mantenimiento.
- g) Eventos ajenos a la voluntad de las partes cuya concurrencia implican la suspensión de las obligaciones contractuales.
- h) Variación de las condiciones financieras durante el plazo de ejecución del contrato.
- i) Cambios tributarios.
- j) Gestión predial.
- k) Licencias ambientales, urbanísticas, consultas previas y permisos necesarios para la ejecución del contrato proyectado.

Este aspecto que comprende la estimación, tipificación y asignación de riesgos será abordado con mayor profundidad en un capítulo posterior.

Garantías exigidas para el proceso de contratación.

Las garantías son los instrumentos de cobertura de los riesgos previsibles determinados por la entidad pública, que en el caso de los contratos de obra pública de acuerdo al Decreto 1082 de 2015, son la garantía de seriedad de la oferta, póliza por responsabilidad civil extracontractual y la garantía de cumplimiento. Si el contrato de obra pública se adelanta por medio de licitación pública y la forma de pago consiste en el anticipo, el contratista deberá constituir una fiducia (patrimonio autónomo irrevocable) para el manejo de los recursos, conforme a lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

La indicación de sometimiento del proceso contractual a Acuerdos Marco de Precios.

En los estudios previos debe indicarse si el objeto de contrato de obra pública se encuentra en el marco de un Acuerdo Marco de Precios. Ahora bien, los acuerdos marco de precios vigentes a la fecha de elaboración de este proyecto, no se han suscrito acuerdos referentes a la construcción, mantenimiento o instalaciones en bienes inmuebles de modo en que los acuerdos macro no aplican a los contratos de obra pública. Sin embargo, pueden indicarse si

existen acuerdos comerciales suscritos con otros países que implica que las propuestas extranjeras presentadas serán tratadas como nacionales siempre que exista un Acuerdo Comercial suscrito entre Colombia y su país de origen.

Expuesto el contenido de los estudios previos y con miras a afirmar que el estudio previo satisface la exigencia del deber de motivación y análisis del proceso contractual y estructura el proceso contractual, se efectuará una breve comparación entre el contenido de los estudios previos, el aviso de convocatoria y el pliego de condiciones, actos reglados por el Decreto 1082 de 2015.

Cuadro 3

Comparación entre el contenido de los estudios previos, el aviso de convocatoria y el pliego de condiciones.

<i>Contenido / Acto Administrativo</i>	<i>Estudios Previos</i>	<i>Aviso de Convocatoria</i>	<i>Pliego de condiciones</i>
<i>Descripción de la Necesidad</i>	√	√	√
<i>Objeto a Contratar</i>	√	√	√
<i>Modalidad de Selección</i>	√	√	√
<i>Valor Estimado del Contrato</i>	√	√	√
<i>Criterios de Selección</i>	√	√	√
<i>Análisis del riesgo</i>	√	-	√
<i>Garantías</i>	√	-	√
<i>Aplicación de Acuerdo Marco de Precios</i>	√	√	√
<i>Adicionales</i>	-	Contacto de la entidad pública, fecha límite para presentar las propuestas, precalificación, cronograma y consulta de los documentos del proceso	Reglas sobre presentación, evaluación y adjudicación del contrato; rechazo de la oferta; minuta del contrato; término de interventoría del contrato; plazo para expedir adendas y cronograma.

Nota 3. Comparación entre estudios previos, aviso de convocatoria y pliego de condiciones. Autoría propia.

De lo anterior se infiere que los estudios previos estructuran en su fase de planeación el proceso contractual en sus aspectos más relevante y que así mismo, su contenido es reiterado en el aviso de convocatoria y en especial, en los pliegos de condiciones. Así, en teoría, es posible garantizar la aplicación de los principios que conforman la planeación estatal en el campo

específico de la contratación pública, que se erigen bajo los postulados del interés general, la protección al patrimonio público y los fines estatales, orientadores y reguladores de la actividad contractual del Estado, para que ésta no sea improvisada, mediocre ni al arbitrio de las entidades estatales.

Conclusiones

Como corolario de todo lo expuesto en precedencia, se tiene que la planeación estatal es un principio rector de la administración pública, que sistematiza, racionaliza, coordina y organiza las actuaciones, funciones y objetivos de las entidades públicas, con fundamento en el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Anual de Inversiones Públicas, en otras palabras el principio de planeación estatal permite la efectividad y eficiencia de que los proyectos, las estrategias, las políticas públicas, los objetivos del Gobierno Nacional y las acciones administrativas en general satisfagan los fines del Estado Social de Derecho.

El principio de planeación estatal está compuesto por principios operacionales inspirados en los principios de la función pública establecida en el artículo 209 de la Constitución Política así como los principios constitucionales de la prevalencia del interés general y la protección de los recursos públicos fiscales. Ahora bien, la operatividad del principio de planeación estatal en materia contractual, adicional de los principios descritos anteriormente, requiere de la interpretación sistemática e integradora de las normas que rigen la contratación del Estado, de las cuales se desprende que también constituye un principio general de la contratación pública debido al carácter imperativo de las normas contractuales que lo fundamenta. En este sentido, el principio de planeación contractual se relaciona estrechamente con los principios de economía y de legalidad, pues estos principios en términos generales, imponen a la administración el deber de conocer, analizar y determinar con anticipación al proceso contractual la necesidad que pretende satisfacer, el objeto a contratar, el valor estimado del contrato, los criterios de selección objetiva, análisis de riesgos y las garantías requeridas, que en últimas constituyen la salvaguarda de los intereses generales y del patrimonio público.

TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y ESTIMACIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Con la promulgación de la Ley 1150 de 2007, se hace expresa la obligación de incluir en los estudios previos, el proyecto de pliegos y el pliego de condiciones la configuración del riesgo en los contratos estatales, tal deber de la administración relacionado con el principio de planeación parte de que la entidad pública contratante como el contratista, conozcan anticipadamente las eventualidades que rodean la ejecución de cada contrato estatal. (Becerra Salazar, Los riesgos en la contratación estatal: estimación, tipificación y asignación, 2008, pág. 9)

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2014 (Exp. 17660, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera) ha señalado que “la ejecución de un contrato involucra ciertas contingencias o riesgos que tienen la virtualidad de alterar, potencialmente, el sinalagma funcional que se pacta al inicio de la relación. Son los llamados riesgos contractuales, algunos de ellos previsibles y otros no.”, de modo en que la materialización de un riesgo contractual no solo afecta la ejecución del negocio jurídico, sino también el equilibrio económico y financiero del contrato (interés particular) y la prestación del servicio público (interés general) y es por ésta razón que la configuración anticipada, detallada y organizada del riesgo es imperiosa en la actividad contractual del Estado, so pena de transgredir mandatos constitucionales.

La finalidad del precepto legal del artículo 4 ibídem, tal como lo señala Becerra Salazar (2008) tiene por objeto implementar un “mecanismo para evitar el descalabro al patrimonio público, pues quedará claro bajo qué circunstancias el Estado o el particular deberá afrontar los efectos económicos de los riesgos” (pág. 9), de modo tal en que se garantiza el interés general, el deber de planeación y la salvaguarda del patrimonio público.

Ahora bien, sobre la obligación de configuración de los riesgos contractuales a partir de la Ley 1150 de 2008 y la responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la inobservancia del precepto, el Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2015 determinó lo siguiente:

Se puntualiza que en la contratación estatal, a partir de la Ley 1150 de 2007, existe el imperativo de identificar y asignar los riesgos del contrato desde la etapa precontractual, de lo cual se desprende el acuerdo de distribución de las cargas de mitigación entre las partes y se abre paso la

asunción de responsabilidad por el daño imputable a la falta al deber de mitigación o de implementación de las medidas preventivas para evitar la materialización del riesgo contractual. (Exp. 37726, C.P. Hernán Andrade Rincón),

Para efectos de la configuración de los riesgos en los contratos estatales, la Ley 1150 de 2007 determina que deben satisfacerse los elementos de tipificación, asignación y estimación en la matriz de riesgos de acuerdo a las particularidades de la tipología contractual proyectada, los cuales integran la ecuación financiera del contrato e imponen obligaciones a cada una de las partes. La tipificación de riesgo consiste en determinar la naturaleza del riesgo (previsible o imprevisible), la asignación establece cuál de los extremos contractuales asume el riesgo contractual en caso de su ocurrencia y la estimación del riesgo, es el valor económico de la contingencia que previsible o no, va incluido en el precio del contrato proyectado. (Becerra Salazar, 2008, págs. 14-15)

A continuación se realizará una breve exposición sobre la tipificación y asignación de los riesgos contractuales.

Tipificación de riesgos

Para la determinación del tipo del riesgo, Becerra Salazar (2008), retoma la teoría de los riesgos y determina que el riesgo general de los contratos es la no satisfacción de la obligación en los términos pactados que implica la inejecución de las prestaciones, la ejecución de una forma diferente a la pactada o en circunstancias diversas a las establecidas al momento de la convocatoria o celebración del contrato.

El riesgo contractual se deriva por contingencias derivadas de la calidad del deudor y por factores externos ajenos a la voluntad de las partes. Sobre la calidad del deudor, está el incumplimiento contractual (cumplimiento tardío, defectuoso u incumplimiento absoluto de las obligaciones), la falta de pericia e idoneidad del deudor y la falta de oportunidad en el cumplimiento de las obligaciones. Sobre los factores externos a la voluntad de las partes, comprenden todos aquellos eventos que se materializan pese a la diligencia que excluye acciones u omisiones de las partes en la producción del riesgo producción. (págs. 16-21).

Para la tipificación del riesgo como previsible o imprevisible, se requiere de la definición de cada riesgo a partir de la doctrina y la jurisprudencia, con el objeto de establecer su aplicación práctica en la matriz de riesgos. Sin embargo, cabe mencionar la definición de riesgos en el Decreto 1082 de 2015 “Evento que puede generar eventos adversos y de distinta magnitud en el

logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato” (Art. 2.2.1.1.1.3.1), es decir el riesgo es un hecho futuro incierto que al concretarse, puede afectar el proceso de contratación o la ejecución del negocio jurídico.

Retomando a Becerra Salazar (2008), define como riesgo previsible todo riesgo que de acuerdo a las reglas de la ciencia, la experiencia y los sucesos históricos, es susceptible de ocurrir conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la etapa de ejecución del contrato (pág. 17), de modo en que los riesgos previsibles se encuentran ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, por lo que los riesgos o hechos imprevisibles, son circunstancias anormales que pueden presentarse en la ejecución del contrato estatal. Para el citado autor, el desarrollo de los riesgos previsibles deja un margen reducido al acaecimiento de los riesgos imprevisibles, debido al fácil acceso a la información sobre la concreción de los riesgos, pero lo anterior no significa que sea imposible la realización de un riesgo imprevisible a la luz de la jurisprudencia.

Sobre los riesgos o hechos imprevisibles, la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de 4 de septiembre de 2003 (Exp. 22952, C.P. Alier Hernández Enriquez) determinó que se configura cuando ocurre un suceso no previsible después de la celebración del contrato, una situación preexistente al momento de celebrar el contrato desconocido por las partes o un suceso previsto cuyo efecto dañino resulta ser diferente a lo planeado, es decir que basta con la concreción de una de las circunstancias expuestas para que se concrete un riesgo imprevisible en la ejecución del contrato estatal. Para el reconocimiento de los riesgos imprevisibles (riesgo extraordinario), se acuden a las fórmulas de revisión y reajuste de precios que permiten el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Ahora bien, la finalidad de la exigencia para la tipificación de los riesgos como elemento de la planificación contractual, radica en que antes del inicio del proceso contractual queda claro cuáles son las contingencias previsibles (riesgos normales o inherentes al objeto contractual) permite que las partes actúen con la debida diligencia al momento de evitarlo o que ocurrida la materialización del riesgo, se logre mitigar satisfactoriamente los efectos negativos de la contingencia, es decir, que las partes conocen anticipadamente y detalladamente los riesgos y/o factores externos que pueden perjudicar las condiciones inicialmente pactadas en la fase de ejecución del contrato y así mismo, las partes previamente contribuyen a mantener la conmutatividad o equivalencia prestacional del contrato proyectado.

Asignación de riesgos.

La asignación de riesgos o la responsabilidad de la parte que asume el riesgo, se configura en dos momentos: el primero cuando la entidad pública contratante expide el acto administrativo de configuración de riesgos y el segundo, al momento en que el contratista presenta la oferta, quien tiene la carga de advertir los errores de la entidad pública al proyectar el riesgo en la audiencia de asignación de riesgos (licitación pública). El efecto de la asignación de riesgos a los extremos contractuales es que origina la obligación a las partes de ejecutar las prestaciones cuando se materialice el hecho futuro e incierto, que corresponde a una obligación condicional según lo preceptuado en el Código Civil. (Becerra Salazar, 2008, pág. 31)

Ahora bien, según Becerra Salazar (2008, págs. 32-33) para que la asignación de riesgos surta el efecto obligacional esperado, es indispensable que el acto de configuración de riesgos cumpla con los requisitos de las obligaciones condicionales según el artículo 1530 del Código Civil:

1. No debe contener un hecho prohibido por la ley: En materia de contratación, la asignación del riesgo contractual no debe transgredir los principios de igualdad y equilibrio entre las prestaciones que caracteriza los contratos conmutativos, disposición contenida en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.
2. La condición no puede ser potestativa: Es decir que la parte que asume el riesgo lo hace de manera voluntaria, firme y seria sin imposición ni al antojo de la otra parte.
3. Obligación condicional suspensiva: Si el riesgo no se materializa, no existe derecho para cobrar la prestación, so pena de atribuir cargas excesivamente onerosas a una de las partes.

Lo anterior implica que la asignación de riesgos contractuales como fuente de las obligaciones, debe cumplir con los requisitos de validez de los actos jurídicos (Art. 1502, Código Civil), en especial que la distribución de los riesgos no debe transgredir la licitud del objeto de la obligación condicional suspensiva que contiene, es decir que el régimen de riesgos no debe vulnerar la conmutatividad del contrato estatal al imponer cargas onerosas injustificadas al contratista, pues es una norma del derecho público de la Nación contenida en el artículo 27 de la

Ley 80 de 1993, so pena de nulidad del acto administrativo de configuración de riesgos. (Becerra Salazar, 2008, págs. 33-34).

La conmutatividad de los contratos estatales, según la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se desprende del principio de reciprocidad de prestaciones, que preme garantizar que en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, se mantenga la equivalencia, proporción o simetría entre el valor de las prestaciones y las cargas negociales asumidas, cuando el equilibrio económico del contrato se afecte por hechos imprevisto de naturaleza administrativa (poder exorbitante, hecho del príncipe y responsabilidad contractual), coyunturales (causas económicas, políticas o sociales) o naturales (fuerza mayor). Adicionalmente, el principio de reciprocidad desarrolla el principio de justicia conmutativa al garantizar el equilibrio de las cargas prestacionales, pues la reciprocidad interpreta e integra la normatividad del contrato y complementa el régimen de derechos y obligaciones pactadas por las partes.

Las obligaciones condicionales surgidas del riesgo asignado en el acto administrativo de configuración de riesgos, resaltando los valiosos aportes de Becerra Salazar (2008), son las siguientes:

1. Realizar las actividades y tareas necesarias para evitar el riesgo en la medida en que ello sea física y moralmente posible.
2. Aforntar las consecuencias del riesgo.
3. Mitigar las consecuencias del riesgo, es decir tomar la medidas necesarias para reducir el impato y extensión física y temporal de las onsecuencias del evento.
4. Suministrar a su costa los bienes y servicios que sean necesarios para la mitigación y superación de las consecuencias del hecho.
5. Si el hecho se presentó por su culpa, cubrir las indemnizaciones por los daños causados.
6. Superados los efectos del fenómeno, proseguir con la ejecución del contrato, si ello sigue siendo físicamente posible. (pág. 39)

Cabe señalar, en último lugar, que el acto administrativo de configuración de riesgos contractuales, es un instrumento de regulación del contrato estatal, separable del mismo y de naturaleza precontractual tal como lo ha enseñado el Consejo de Estado en sentencia 3 de febrero de 2000:

(...) una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no sólo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del

contrato y hasta su fase final... forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato, en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido. (Exp. 10399, C.P. Ricardo Hoyos Duque)

Relación entre el régimen de riesgos y la teoría del equilibrio financiero del contrato.

El equilibrio económico y financiero del contrato estatal, según el Consejo de Estado, sentencia de 29 de julio de 2015 (Exp. 41008, C.P. Hernán Andrade Rincon), es un principio interpretativo aplicable a todos los negocios jurídicos celebrados por el Estado, que constituye una excepción al principio de pacta sunt servanda, puesto que ante la materialización de circunstancias no previstas no imputables a las partes, debe mantenerse la ecuación contractual, es decir que deben conservarse las mismas condiciones económicas y financieras vigente al momento de contratar.

Así, el equilibrio económico y financiero del contrato estatal ha tenido la siguiente evolución normativa a partir del Decreto – ley 222 de 1883 hasta la Ley 80 de 1993, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en la sentencia ya referida:

En sus inicios, la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico se concibió como un privilegio en cabeza del contratista particular que buscaba salvaguardar sus intereses económicos del poder dominante que investía a la entidad estatal contratante, poder que se traducía en el ejercicio de las potestades excepcionales otorgadas a esta última por el ordenamiento jurídico. No obstante ese entendimiento sufrió una variación al aceptar que el restablecimiento de las cargas económicas del contrato podía reconocerse en cabeza de cualquiera de los extremos que concurrieran a la relación jurídico comercial, tal cual lo consagró el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, al disponer que cuando procediera la modificación unilateral del contrato “c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes”. Posteriormente, la Ley 80 de 1993 norma bajo cuyo imperio se celebró y ejecutó el contrato de obra pública 233 de 2000, en el numeral 8) del artículo 4, contempló como deber de la entidad pública la adopción de las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado, o de contratar en los casos de contratación directa, efecto para el cual señaló que utilizarían los mecanismos de ajuste y revisión de precios o acudirían a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución. (Exp. 41008, C.P. Hernán Andrade Rincon)

En línea con lo anterior, las hipótesis en las cuales existe la ruptura del equilibrio económico del contrato, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de marzo de 2013, ha adoptado las teorías extranjeras para determinar cuándo hay lugar a restablecer el equilibrio fracturado del contrato:

La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (alea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato. (Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra)

Expuesto lo anterior, hay lugar a aplicar el principio del equilibrio económico y financiero del contrato cuando se acredita la existencia del hecho del príncipe o del riesgo imprevisible, del cual da lugar que se restablezca la ecuación del contrato por medio de mecanismos de revisión y reajustes de precios conforme al sistema de estimación del valor del contrato. El riesgo imprevisible, por lo tanto, es irresistible y su causación no es imputable a las partes al ser ajeno a su voluntad.

Al respecto, se reitera que al momento de estimar el valor de los riesgos previsibles y se excluye un riesgo de tal naturaleza, no se configura la ruptura de la ecuación contractual y no es exigible su restablecimiento, pues es un riesgo cuya materialización, efectos y alcances podían ser conocidos con anticipación por la parte que lo asumió de modo tal, en que no se pueden

suplir los yerros de la planeación contractual en la estimación del riesgo a cargo de las partes en como pretensión de restablecimiento del contrato estatal, pues el principio de planeación impone el deber de prever los riesgos y estipular sus costos para exigir las compensaciones en caso de desequilibrio contractual, es decir que se excluye la aplicación del principio del equilibrio del contrato estatal cuando el valor de los riesgos previsibles no fueron incluidos en la oferta, así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 28 de enero de 2016:

También resulta pertinente traer a colación para decidir el presente asunto, los razonamientos realizados por la Sección Tercera en el sentido de que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal.

(...)

Otra comprensión en este sentido –como la subyacente al petitum de la demanda, el cual descansa sobre la base del peregrino argumento de conformidad con el cual los proponentes no tienen ni la posibilidad ni el deber de prever y de anticipar las consecuencias de extremos como los recién aludidos– conduciría a patrocinar comportamientos irresponsables de parte de los interesados en participar en procedimientos administrativos de selección de contratistas, toda vez que se extendería un aval a que los postulados derivados del principio de planeación –que también los vinculan– pudieran resultar desatendidos por ellos, las propuestas carecer de rigor y de seriedad al poder venir estructuradas sin la suficiente previsión e inclusión de todos los costos previsibles que deben integrarlas, con la expectativa –no solo infundada sino, especialmente, contraria a carísimos principios inherentes a la contratación estatal como la buena fe o la igualdad– de que cualquier déficit a ese respecto podría ser compensado, ya después de celebrado el contrato, a través de una espuria y a todas luces improcedente aplicación del principio de equilibrio financiero del contrato a supuestos que claramente no se encuentran comprendidos bajo su égida. (Exp. 34454, C.P. Marta Nubia Velasquez Rico)

Ahora bien, para finalizar, la relación entre el régimen de riesgos y la teoría del equilibrio económico del contrato se concreta en la materialización de un riesgo imprevisible que

constituye un hecho o álea anormal del contrato, cuya causación impone a una de las partes asumir una carga económica onerosa no prevista que afecta rompe el equilibrio del financiero del contrato estatal, dicha relación por ende, da lugar a la revisión de los riesgos configurados sobre su estimación, excluyendo el reconocimiento de los riesgos previsibles no estimados por las partes. Sin embargo, según Becerra Salazar (2008) hay lugar al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato cuando se materializan riesgos no tipificados ni asignados anteriores a su ocurrencia. (pág. 49)

Matriz de riesgos.

La matriz de riesgos es un instrumento mediante el cual se sintetizan los elementos de configuración de los riesgos contractuales que en términos prácticos, aplica el principio de planeación y previsión de los riesgos contractuales del contrato proyectado antes de su convocatoria, que por sugerencia de la página de Colombia Compra Eficiente (2013, pág. 8), deben incluirse en el proyecto de pliegos y el pliego de condiciones.

El contenido de la matriz de riesgos para los contratos estatales determinado por la página de Colombia Compra Eficiente (2013) es: clase, fuente, etapa, tipo, descripción, consecuencia de la ocurrencia del evento, probabilidad, impacto, valoración, categoría, asignación, tratamiento o mitigación, impacto después del tratamiento, monitoreo y revisión. (pág. 5)

N ^o	Clase	Fuente	Etapa	Tipo	Descripción	Consecuencia de la ocurrencia del evento ^a	Probabilidad	Impacto	Valoración ^a	Categoría ^a	¿A quién se le asigna? ^a	Tratamiento/Control a ser implementado ^a	Impacto después del tratamiento ^a				Monitoreo y revisión ^a					
													Probabilidad	Impacto	Valoración ^a	Categoría ^a	¿Afecta la ejecución del contrato? ^a	Responsable por implementar el tratamiento ^a	Fecha estimada en que se inicia el tratamiento ^a	Fecha estimada en que se completa el tratamiento ^a	¿Cómo se realiza el monitoreo? ^a	Periodicidad
[Numerar consecutivamente empezando en 1] ^a	[General/Específico] ^a	[Interno/Externo] ^a	[Planeación/Selección/Contratación/Ejecución] ^a	[Económico/Social o político/ Operacional/ Financiero/Regulatorio/De la naturaleza/ Ambiental/ Tecnológico] ^a	[Describir el Riesgo] ^a	[Describir la consecuencia de la ocurrencia del evento] ^a	[1/2/3/4/5] ^a	[1/2/3/4/5] ^a	[2/3/4/5/6/7/8/9/10] ^a	[Bajo/Medio/Alto/Extremo] ^a	[Entidad Estatal/Contratista] ^a	[Describir el tratamiento o control a ser implementado] ^a	[1/2/3/4/5] ^a	[1/2/3/4/5] ^a	[2/3/4/5/6/7/8/9/10] ^a	[Bajo/Medio/Alto/Extremo] ^a	[Si/No] ^a	[Entidad Estatal/Contratista] ^a	[Incluir fecha o evento con el cual se inicia el tratamiento] ^a	[Incluir fecha o evento con el cual se inicia el tratamiento] ^a	[Definir la forma de realizar el monitoreo] ^a	[Definir la periodicidad del monitoreo] ^a

Gráfico 2. Matriz de riesgos. Colombia Compra Eficiente (2014). p. 1

Bajo las directrices de la página de Colombia Compra Eficiente (2013, págs. 7-16), los items de la matriz de riesgos se diligencian así:

a) Clase.

Pueden ser un riesgo general, que está presente en todos los procesos de contratación de la entidad pública o riesgo específico, aquel riesgo inherente al proceso de contratación.

b) Fuente.

Interna o externa. La fuente es interna cuando el riesgo proviene de la operación, capacidad o particularidad de la entidad estatal. La fuente es externa cuando se asocia con un riesgo del sector del objeto a contratar, ajenos a las condiciones de la entidad.

c) Etapa.

Cuando el riesgo puede concretarse en la fase de planeación, selección, contratación o ejecución.

d) Tipo.

Si constituye un riesgo económico, social o político, operacional, financiero, regulatorio, de la naturaleza, ambiental o tecnológico conforme a las directrices del Documento Conpes 3714 de 2011.

e) Probabilidad.

Si la ocurrencia puede ser raro (ocurrencia excepcional), improbable (puede ocurrir ocasionalmente), posible (ocurre en cualquier momento futuro), probable (probablemente va a ocurrir) y casi cierto (ocurre en la mayoría de circunstancias).

f) Impacto.

Desde los aspectos de cualitativos y monetarios. Los aspectos cualitativos son aquellos que impide la ejecución del contrato de manera intrascendente, dificultad la ejecución contractual e manera baja al aplicar mínimas medidas para el cumplimiento, afecta el contrato sin alterar el beneficio de las partes, impide la ejecución sustancial del contrato pero permite la consecución del objeto contractual y cuando el riesgo perturba la ejecución del contrato que imposibilita la materialización del objeto contratado. Sobre los aspectos monetarios se evaluar ajustados a los aspectos cualitativos son cuando los sobrecostos no representan más del 1% del valor del contrato, los sobrecostos no representan más del 5% del valor contractual, cuando el riesgo genera impacto sobre el valor del contrato entre el 5% o 15%, cuando se incrementa el valor contractual entre el 15% y 30%, y cuando el impacto recae sobre el valor del contrato más del 30% de su valor. (pág. 12)

g) Valoración.

Valoración del riesgo cuando es insignificante (1), menor (2), moderado (3), mayor (4) y catastrófico (5).

h) Categoría.

De la valoración completa del riesgo, se establece la categoría de riesgo bajo (valoración del 2,3 y 4), riesgo medio (valoración de 5), riesgo alto (valoración del 6 y 7) y riesgo extremo (valoración del 8,9 y 1°).

i) Asignación y tratamiento del riesgo.

Transferir la responsabilidad de la realización del riesgo a la parte que pueda asumirlo de la mejor manera con base en la experiencia y conocimiento .La asignación de riesgos implica que la parte que lo asume debe evitar el riesgo suprimiendo actuaciones que permitan su materialización y adoptando medidas alternativas que beneficien el proceso de contratación, también aceptarlo cuando no pudo evitarse y reducir las consecuencias de su impacto. (pág. 14).

Aunado a lo anterior, se resalta que en éste ítemn se incorporan las obligaciones condicionales suspensivas expuestas en el acápite de “asignación de riesgos” del presente texto.

j) Impacto después del tratamiento del riesgo.

Deben observarse los criterios de probabilidad, impacto, valoración y categoría antes expuesto, con adición de la fecha estimada en que se inicie el tratamiento del riesgo y la fecha de terminación del mismo.

k) Monitoreo del riesgo.

Implica definir la forma en que se realizará el monitoreo del riesgo y las oportunidades en que deba efectuarse. La página Colombia Compra Eficiente (2013), al respecto señala los deberes que se cumplen al realizar el monitero:

- Garantizar que los controles sean eficaces y eficientes en el diseño y la operaión.
- Obtener información adicional para mejorar la valoración del Riesgo.
- Analizar y aprender lecciones a partir de los eventos, los cambios, las tendencias, los éxitos y los fracasos.
- Detectar cambios en el contexto externo e interno que puedan exigir revisión de los tratamientos del Riesgo y establecer un orden de prioridades de acciones para el tratamiento del Riesgo.
- Identificar nuevos Riesgos que pueden surgir. (pág. 15)

El lleno del contenido de la matriz de riesgo garantiza el deber de previsión, análisis y planeación de los riesgos contractuales en los estudios previos, los pliegos de condiciones y el proceso de contratación en general, pues a partir de la tipificación, asignación y estimación de riesgos, implica el conocimiento previo de eventualidades que rodean la ejecución del contrato,

que pueden obstaculizar la ejecución del mismo y causar el rompimiento del sinalagma de los contratos estatales.

TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN Y ESTIMACIÓN DEL RIESGO EN CONTRATOS DE OBRA PUBLICA

La tipificación, asignación y estimación de los riesgos contractuales deben ajustarse a la tipología del cada contrato estatal, así el contrato de obra pública es aquel celebrado por las entidades estatales para la construcción, mantteniminto, instalación o en términos generales, para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles. Así, las caraterísticas del contrato de obra pública son las siguientes:

El contrato de obra es bilateral, porque las dos partes se obligan recíprocamente; oneroso, porque cada parte se grava en beneficio de la otra; conmutativo, puesto que cada parte se obliga a una cosa que se mira como equivalente de la otra; de colaboración, pues, conlleva el factor intuitu personae y de ejecución sucesiva . En virtud del contrato de obra pública, la entidad conviene con el contratista en la realización de una obra, a cambio de un precio, de la cual se hace dueña la entidad contratante. (Consejo de Estado, Sentencia de 13 de marzo de 2008, Exp. 15009, C.P. Hector Romero Díaz)

Categorización o tipificación de los riesgos contractuales.

Sobre los riesgos contractuales del contrato de obra pública, existe amplia doctrina sobre la categorización de los riesgos, partiendo de las directrices Conpes 3714 de 2011 impartidas por el Consejo Nacional de Política Económica y la doctrina colombiana del Doctor Escobar Gil, Doctor Roríguez Fernández y el Doctor Becerra Salazar.

CONPES 3714 de 2011

El Consejo Nacional de Política Económica ha diseñado un documento Conpes 3714 de 2011 que determina unos parámetros para los riesgos previsibles en el marco de la contratación pública, dentro de los cuales, ha tipificado o clasificado los riesgos previsibles en riesgos económicos, riesgo sociales y políticos, riesgos operacionales, riesgos financieros, riesgos regulatorios, riesgos de la naturaleza, riesgos ambientales y riesgos tecnológicos. (págs. 20-23)

- a) Riesgos económicos: Aquellos derivados del comportamiento del mercado como la fluctuación de precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de lo mismos. (Conpes 3714 de 2011, pág. 20)
- b) Riesgos sociales y políticos: Cambios políticos de nivel gubernamentales previsibles como cambio del sistema de gobierno, cambio de las condiciones sociales y altercados

entre el Gobierno y la población como lo paros, huelgas, actos terroritas, entre otros. (Conpes 3714 de 2011, pág. 20)

- c) Riesgos operacionales: Relacionados con la operatividad del contrato, esto es, cuando los montos de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto, extensión del plazo contractual y la no obtención del objeto contractual por falencias de procesos, procedimientos y de la información suministrada. (Conpes 3714 de 2011, págs. 20-21)
- d) Riesgo financiero: Por riesgos de liquidez o riesgos de las condiciones financieras. Los riesgos de liquidez corresponden a la dificultad de conseguir recursos financieros, mientras que los riesgos de las condiciones financieras son los términos financieros sobre plazos, tasas, garantías y refinanciaciones. (Conpes 3714 de 2011, pág. 21)
- e) Riesgos regulatorios: Cambios regulatorios o reglamentarios que al ser previsibles, afectan el equilibrio contractual, como cambios de tarifas, de regímenes especiales, planes de ordenamiento territorial, entre otros. (Conpes 3714 de 2011, pág. 22)
- f) Riesgos de la Naturaleza: Eventos causados por la naturaleza sin intervención del hombre, que siendo previsibles, se escapan del control de las partes, como temblores, inundaciones, lluvias, terremoto, etc. (Conpes 3714 de 2011, pág. 22)
- g) Riesgos ambientales: De las obligaciones establecidas por las licencias ambientales, plan de manejo ambiental, condiciones ecológicas exigidas y del uso del agua. (Conpes 3714 de 2011, pág. 22)
- h) Riesgos Tecnológicos: Fallas de las telecomunicaciones, servicios públicos y el advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares. (Conpes 3714 de 2011, pág. 22)

Doctrina colombiana de Escobar Gil

En la *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública* (1999), Escobar Gil clasifica los riesgos en dos grandes grupos: riesgos empresariales y riesgos externos. Los riesgos empresariales, son aquellos riesgos internos o las áleas normales e inherentes al funcionamiento de una organización que pueden ser previstos por el giro ordinario de la empresa y los que constituyen el caso fortuito (p.89). Los riesgos externos son las áleas anormales y ajenos a las partes que pueden alterar la equivalencia del contrato estatal; pueden ser administrativos (hecho del príncipe e incumplimiento de las obligaciones), coyunturales (fenómenos sociales, políticos o económicos) y naturaleza (fenómenos de fuerza mayor). (p.93)

Doctrina colombiana de Rodríguez Fernández

En *La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de obra pública* (2007), Rodríguez Fernández especifica los riesgos contractuales inherentes del contrato de obra pública en las siguientes agrupaciones: Los relacionados con la realización o terminación del contrato, factores económicos, riesgos de factores técnicos, los relacionados con aspectos políticos, riesgos legales y riesgos del medio ambiente. (pág. 5-12)

Doctrina colombiana de Becerra Salazar

En *Los riesgos en la contratación estatal* (2008), Becerra Salazar recopila los criterios desarrollados por el Conpes 3107 de 2001, las enseñanzas de Escobar Gil y de Rodríguez Fernández, para agrupar los riesgos de los contratos de obra pública en: riesgos en la planeación y ejecución de la obra, riesgos derivados de la fuerza mayor, riesgos derivados de circunstancias económicas o legales. Antes de abordar lo pertinente, en criterio subjetivo, considero que la clasificación realizada por Becerra Salazar es la más cercana y ajustada al principio de planeación estatal en la tipificación de los riesgos contractuales, al establecer una tipificación específica, clara e idónea de los riesgos en los contratos de obra pública.

Cuadro 3.

Tipificación de los riesgos del contrato de obra pública.

<i>Riesgo</i>	<i>Contenido</i>
<i>Riesgos en la planeación y ejecución de la obra</i>	Entrega tardía de estudios, diseños y planos; planos o diseños defectuosos o insuficientes; estimación inadecuada de costos; entrega tardía de predios; disputas sobre propiedad o posesión; disponibilidad de materiales; insuficiencia de proveedores; sujeciones imprevistas; materiales defectuosos, entrega tardía de materiales; especificaciones incorrectas de materiales; obras adicionales; insuficiencia de mano de obra calificada; insuficiencia de profesionales especializados; pago de salarios, prestaciones sociales y honorarios; incumplimiento del subcontratista; accidentes de trabajo y enfermedades laborales; riesgos de mayor permanencia en la obra y daños a terceros.
Riesgos derivados de la fuerza mayor	Fenómenos naturales (terremotos, avalanchas, inundaciones, temporada invernal, tempestades, sequías), actos humanos (huelga, asonada guerra,

***Riesgos derivados de
circunstancias
económicas o legales***

ataque terrorista, delitos contra la propiedad)

Financiamiento del contrato; cambios en la regulación impositiva; modificaciones abruptas en tipo de cambio; variaciones en los costos de materiales; obtención de seguros; mora en el pago por parte del Estado; modificaciones unilaterales del contrato; riesgo ambiental; riesgo frente al P.O.T., riesgos de requisitos legales contractuales de ejecución y riesgos asociados con el presupuesto de la entidad.

Nota 1. Tipificación de los riesgos del contrato de obra pública, fundamentado en Becerra Salazar (2008), p. 59-60.

Asignación de los riesgos contractuales en los contratos de obra pública

Para tal efecto el Conpes de 3107 de 2001, estableció las reglas para determinar cuál de los extremos contractuales debe asumir la obligación condicional de determinados riesgos. La primera regla consiste en que los riesgos deben ser asumidos a la parte que está en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; la segunda consiste en que los riesgos son asumidos por la parte que tenga mejor acceso a los instrumentos de mitigación y protección.

(Becerra Salazar, 2008, pág. 61)

ENFOQUE METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

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

CRONOGRAMA

Meses	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Actividades										
Anteproyecto										
Estado del arte										
Marco teórico-conceptual										
Análisis y conclusiones										
Entrega										

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Becerra Salazar, Á. D. (2008). *Los riesgos en la contratación estatal: estimación, tipificación y asignación*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- Congreso de la República de Colombia. (1992). *Gaceta del Congreso No. 480*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- Consejo Nacional de Política Económica. (1 de Diciembre de 2011). *Departamento Naional de Planeación*. Recuperado el 29 de Febrero de 2016, de Del Riesgo Previsible en el Marco de la Política de Contratación Pública: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3714.pdf>
- Córdoba Padilla, M. (2009). *Finanzas Públicas. Soporte para el desarrollo de Estado*. Ecoe Ediciones.
- Departamento Nacional de Planeación. (2007). *El proceso de planificación de las entidades territoriales: El plan de Desarrollo y sus instrumentos para la gestión de 2008-2011*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría General de la Contratos de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Legis.
- Fernández, M. R. (2007). La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción. *Revista E Mercatoria del Departamento de derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia*, 6(1), 1-29.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá D.C.: Temis.
- Procuraduría General de la Nación . (2010). *Recomendación para la elaboración de estudios previos - Aplicación del Principio de Planeación en la contratación de las Entidades Públicas*. Bogotá D.C.: Publicultural S.A.
- Ramírez Bastidas, Y. (2007). *El Delito Ecológico*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ruíz Orjuela, W. (2010). Responsabilidad precontractual y contractual. En W. Ruíz Orjuela, *Responsabilidad del Estado y sus Régimenes* (págs. 143-196). Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En J. L. Benavides, & J. O. Santofimio Gamboa, *Contratación estatal estudios sobre la reforma del estatuto*

contractual Ley 1150 de 2007 (págs. 17-96). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Resúmenes Analíticos De Investigación (RAI)

García Aponte, D. (2013). *Evaluación financiera en los procesos de contratación estatal en Colombia*. Ensayo. Universidad Militar Nueva Granada.

Ovalle Montaña, E. (2012). *Administración de la Etapa Precontractual en la Sección Logística de los procesos de contratación en el Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander*. Tesis. Universidad Francisco de Paula Santander de Ocaña.

Serrano Guzmán, M., Solarte Venegas, N., Pérez Ruíz, D. (2014). Compromiso deontológico en los procesos contractuales: caso concesiones viales en Colombia. *Revista Reflexiones*, vol. 93(2), págs.143-154.

Normatividad

Constitución Política de 1991

Código civil

Ley 80 de 1993

Ley 152 de 1994

Ley 190 de 1995

Ley 412 de 1997

Ley 816 de 2013

Ley 970 de 2005

Ley 1150 de 2007

Ley 1219 del 2008

Ley 1450 del 2011

Ley 1474 del 2011

Ley 1483 de 2011

Ley 1488 de 2011

Ley 1508 de 2012

Ley 1682 de 2013
Decreto ley 222 1983
Decreto 111 de 1996
Decreto 1170 de 2008
Decreto 2474 de 2008
Decreto 4444 de 2008
Decreto 4637 de 2008
Decreto 4828 de 2008
Decreto 127 de 2009
Decreto 490 de 2009
Decreto 931 de 2009
Decreto 2025 de 2009
Decreto 2493 de 2009
Decreto 3576 de 2009
Decreto 3806 de 2009
Decreto 1430 de 2010
Decreto 1464 de 2010
Decreto 2473 de 2010
Decreto 3844 de 2010
Decreto 4266 de 2010
Decreto 2516 de 2011
Decreto 2785 de 2011
Decreto 3485 de 2011
Decreto 4170 de 2011
Decreto 4326 de 2011

Decreto 19 de 2012

Decreto 734 de 2012

Decreto 1397 de 2012

Decreto 1510 de 2013

Decreto 1082 de 2015

Jurisprudencia

Consejo De Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de Mayo de 2010, Exp. 2002457, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 1 de Febrero de 2012, Exp. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de Junio de 2013, Exp. 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de Marzo de 2014, Exp. 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 3 de Diciembre de 2007, Exp. Acumulado 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409);1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 8 de Febrero de 2012, Exp. 20688, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de Febrero de 2012, Exp. 85001-23-31-000-2000-00202-01(19730), C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia 13 de Marzo de 2008, Exp. 66001-23-31-000-2001-01344-01(15009), C.P. Hector Romero Díaz.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de Marzo de 2013, Exp. 20524C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 5 de septiembre de 2010, Exp. 130011-23-31-000-1999-90004-01 (16605), C.P. Carmen Tereza Ortiz de Rodriguez.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 13 de Marzo de 2008, Exp. 66001-23-31-000-2001-01344-01(15009), C.P. Hector Romero Díaz.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 3 de Febrero de 2000, Exp. 10399, C.P. Ricardo Hoyos Duque

Sala de lo Contencioso Asministrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de enero de 2016, Exp. 25000-23-26-000-2003-01742-01 (34454), C.P. Marta Nubia Velasquez Rico.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de Julio de 2015, Exp. 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41008), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de Julio de 2015, Exp. 68001-23-31-000-2002-02796-01 (41008), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Corte Constitucional.

Sentencia C-127 de 26 de Febrero de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-448 de 18 de Septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-479 de 13 de Agosto de 1992, M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-489 de 27 de Junio de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

Sentencia C-524 de 1 de Julio de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-889 de 30 de Octubre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-505 de 28 de Agosto de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Monroy.

Sitios Web.

Colombia Compra Eficiente. (16 de Septiembre de 2013). *Colombia Compra Eficiente*. Recuperado el 25 de Febrero de 2016, de Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación: http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf.

Colombia Compra Eficiente. (31 de Diciembre de 2015). *Colombia Compra Eficiente*. Recuperado el 15 de Febrero de 2016, de Guía para Procesos de Contratación de obra pública:

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/publicfiles/20141231_guia_para_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf

Colombia Compra Eficiente. (31 de Diciembre de 2015). *Colombia Compra Eficiente*. Recuperado el 16 de Febrero de 2016, de Pliego de Condiciones tipo para Contrato de ObraPública:

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140220_pliegodecondicionesversionpublicacion.pdf

Colombia Compra Eficiente. (6 de Junio de 2014). *Matriz de Riesgos*. Obtenido de Colombia Compra Eficiente:

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/matriz_riesgos.doc