

LOS ESTUDIOS PREVIOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.



Presentado por:

OSCAR UREÑA

LUIS CARVAJAL NORIEGA

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
CÚCUTA, COLOMBIA

2016

LOS ESTUDIOS PREVIOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.



Presentado por:

OSCAR UREÑA

LUIS CARVAJAL NORIEGA

Trabajo presentado como requisito parcial para optar al título de
Especialista en Contratación Estatal.

Director del proyecto

Dr. EVELIO MORA

Asesor Metodológico

Dr. DIEGO YAÑEZ

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL
CÚCUTA, COLOMBIA

2016

“LOS ESTUDIOS PREVIOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO”.

Oscar Ureña

Luis Carvajal Noriega

Resumen

El presente artículo hace un análisis descriptivo a las concepciones que sobre los estudios previos se ha hecho en el país, a partir de la jurisprudencia del consejo de estado, con el fin de puntualizar la importancia que estos tienen en la etapa previa al inicio del proceso contractual, e cual debe elaborarse desde su inicio con solidez para que se logre en todas sus etapas el bienestar colectivo. El éxito o el fracaso de un proceso contractual depende en gran medida de la seriedad y responsabilidad con que se realicen los estudios previos. Para ello se identificaron y analizaron las posiciones del consejo de estado frente a los estudios previos y se identificaron cuáles son las principales dificultades que enfrentan las entidades en la elaboración de los mismos.

Palabras Claves

Estudios previos, Contratación Estatal, administración pública, Contrato.

Abstract

This article makes a description to the conceptions analysis of previous studies has been done in the country, from the jurisprudence of the council of state, in order to point out the importance they have on the stage prior to the start of the process contractual, and which must be developed from the outset with strength to be achieved at all stages of collective welfare. The success or failure of a contractual process depends largely on the seriousness and responsibility with which previous studies are conducted. For this they were identified and analyzed the positions of the council of state compared to previous studies and identified what are the main difficulties faced by entities in developing them.

Keywords

Previous studies, State Procurement, public administration, contract.

Introducción

Los estudios previos en la actividad contractual de las entidades públicas juegan un papel fundamental, debido a que es la etapa clave para que la ejecución de cualquier tipo de contrato a ejecutar sea exitoso, y se debe entender como estudios previos aquellos análisis, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar, sin importar el régimen legal que las cobije, en cualquiera de las modalidades que señala la ley o el manual interno que se aplique, en el caso de las entidades no gobernadas por el Estatuto (Contraloría General de la República, 2008).

Los estudios previos deben contener claramente, la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer, su objeto, la fundamentación jurídica, el valor aproximado del contrato, la asignación de riesgos y un análisis sobre las garantías a ejecutar en caso de que el contratista incumpla en la ejecución del contrato.

En el desarrollo del presente artículo investigativo, se busco identificar cual es la jurisprudencia de la corte Constitucional frente a la naturaleza y existencia de los estudios previos en la actividad contractual del estado, luego ya identificada, se analizo la misma jurisprudencia para tener claro la posición de la corte frente a los estudios previos en la actividad contractual de la entidades públicas.

Posteriormente, hubo lugar a determinar cuáles son las principales dificultades y causas del desconocimiento de los estudios previos en la actividad contractual de las administraciones públicas, así mismo es de acotar que esta investigación se desarrollará bajo los lineamientos del enfoque cualitativo de investigación. Implementando el método socio jurídico de investigación según los parámetros que (Hernandez Sampieri & Hernandez Mendoza, 2008) plantean en su obra.

Análisis legal y jurisprudencial existente frente a la naturaleza y alcance de los estudios previos en la actividad contractual del Estado.

El numeral 12 artículo 25 de la ley 80 regulo en su momento el principio de economía, estipulando que: “Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones” “La exigencia de los diseños

no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes”. (Congreso de la República, 1993). Este artículo posteriormente fue modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011 que dispuso:

Maduración de proyectos. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en cuanto a los estudios previos, su importancia y la obligatoriedad de su realización ha sido muy dinámica y ha venido incorporando nuevos conceptos a través de la jurisprudencia. Esto en relación con la estricta aplicación que las entidades estatales deben hacer respecto de los principios de planeación, transparencia y economía en la contratación pública. Del mismo modo estas corporaciones han dejado claro que la responsabilidad que se origina sobre la aplicación de este principio recae directamente en los directores de las entidades o corporaciones.

El Consejo de Estado en sentencia de 2007 radicado 14854 con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez dijo “La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen

la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”. (Sentencia Rad. 14854, 2007).

Además de ello, las disposiciones de la ley 1150 de 2007, artículo 8 respecto de la obligatoriedad de publicar los estudios previos que sirvieron como base para la elaboración de los proyectos de pliegos de condiciones para que los interesados puedan presentar observaciones respecto de las cuales las entidades deberán pronunciarse , y la expedición del decreto 1510 de 2013 que derogó el decreto 2474 de 2008 “por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones” y el decreto 734 de 2012 “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones” .se fortaleció aún más la aplicación del principio de planeación en relación con los estudios previos

Este decreto dispuso en su artículo 20, “Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los

pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección” (i) La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación, (ii), El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, (iii) La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos, (iv) El valor estimado del contrato y la justificación del mismo, (v) los criterios para seleccionar la oferta más favorable, (vi) el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo, (vii) las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación, (viii) la indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial” (Decreto 1510, 2013).

Este decreto Además estableció unos parámetros especiales de publicaciones en cuanto al valor del contrato, y dispuso que cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal deberá incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos, así mismo la Entidad no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea a través de concurso de méritos y si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

Incluso frente a la modalidad de selección de mínima cuantía el artículo 84 de este decreto dispuso que: “para la contratación de mínima cuantía. La entidad estatal debe elaborar unos estudios previos que deben contener lo siguiente: (i) La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación, (ii) la descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, (iii) Las condiciones técnicas exigidas, (iv) el valor estimado del contrato y su justificación, (v) el plazo de ejecución del contrato, y (vi) el certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación. (Decreto 1510, 2013).

En relación al principio de planeación en la contratación estatal, que abarca la realización de los estudios previos la corte constitucional ha dicho que “El principio de

planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados” (Sentencia C-300, 2012). Esto incluye los estudios de pre factibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, y los demás ya descritos anteriormente por el consejo de estado. Con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones que van a adquirir las partes, la distribución de los riesgos y el precio final del contrato, así como estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos

El Consejo de Estado por su parte ha dicho que:

“En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos, vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, y selección objetiva, entre otros” (Sentencia C- 762, 2014). M.p. Luis Rafael Vergara quintero

Así mismo la correcta realización de los estudios previos le brinda la oportunidad todos los interesados de acercarse a la realidad del objeto del contrato, de tal modo que si un posible oferente tiene claridad de la dimensión del negocio en el que pretende ofertar sus servicios, puede este llegar a hacer una buena oferta, sumado ello a las demás que puedan presentarse de igual o mejor beneficio para la entidad contratante, ayudan en ultimas a que la entidad estatal solo deba elegir de entre todas las ofertas presentadas, la que mejores beneficios le ofrezca, sin que dejen de ser las demás beneficiosas del mismo modo. Lo contrario sucedería si no existiera claridad acerca del objeto a contratar dentro de los estudios previos y las condiciones en las que se ejecutara el contrato.

Dicho de otra forma, los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a

la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. (Sentencia C-300, 2012).

Ahora bien, en las controversias contractuales que surjan con ocasión de la actividad contractual, la planeación es un factor que sirve para la defensa jurídica del Estado. Toda vez que si se comprueba que la entidad contaba con un plan de obra y dispuso la partida presupuestal, aportó los estudios previos, los planos, la documentación para definir técnicamente los requerimientos a contratar e hizo la correspondiente apertura del proceso licitatorio, y se da por comprobado que cumplió con todas las exigencias en materia de planeación, es posible que sirva para la exoneración de responsabilidad desde el punto de vista jurídico formal, cuando el funcionario demuestra que su actuar fue ajustado a Derecho, pero en términos objetivos, el análisis deviene en más sencillo, pues basta con verificar in situ si las obras existen y si están funcionando, de manera adecuada con base en el objetivo propuesto al momento de su contratación. (Sección Tercera rad 20683 , 2011).

Respecto de la validez del contrato estatal cuando se viola el principio de planeación el consejo de estado ha dicho que:

“Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, en consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto” (Sentencia rad. (27315) , 2013)

Sin embargo para que haya lugar al pago de las prestaciones derivadas de un contrato que haya sido declarado nulo mediante sentencia por objeto o causa ilícitos es indispensable que los servicios prestados hayan satisfecho el interés público, solo bajo estas condiciones se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado

Principales dificultades y causas del desconocimiento de los estudios previos en la actividad contractual de las administraciones públicas.

Lo primero que se debe tener en cuenta y se debe tener claro es el concepto de estudios previos, el cual está determinado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la república), haciendo referencia a ellos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

El hecho de desconocer la importancia de los estudios previos en la actividad contractual de las entidades públicas, conlleva a carecer de identificar los precios de mercado, analizar diferentes formas de solucionar y satisfacer la necesidad básica insatisfecha, y desde luego no garantizaran el éxito en el proceso de contratación y de ejecución del contrato.

En algunas entidades territoriales, en el desarrollo de los procesos contractuales, la ausencia de estudios previos se debe a lo onerosos que puede resultar la realización de los mismos, en la medida que los estudios no se pueden ejecutar inmediatamente, y pues en otros casos no se realizan los estudios previos, por falta de recursos para ello.

De igual forma puede ocurrir este escenario, donde una vez realizados los estudios previos para dar apertura a un proceso contractual, puedan modificarse dichos estudios, el decreto 1510 de 2013 (Presidente de la República, 2013) permite el ajuste del contenido de los estudios previos con posterioridad a la apertura del proceso de selección, atendiendo los principios de la contratación estatal y de la administración pública, no es aconsejable que una entidad estatal, sea cual sea su régimen contractual o la función legal que cumpla, disponga la apertura de un proceso de contratación o contrate sin haber analizado de forma detallada todas las exigencias jurídicas, técnicas, y financieras del caso. Por ello lo adecuado es que las entidades públicas establezcan, de forma clara, tanto los procedimientos internos de planeación de la contratación, en consonancia con las normas citadas, como los responsables de ejecutarlos, con el fin de

garantizar no sólo el éxito de los procesos de selección, sino el resultado satisfactorio de los contratos. Esto no sólo permite que el Estado cumpla con sus fines esenciales, sino que garantiza que lo haga de forma oportuna y sin mayores costos (Nación., 2010).

El Decreto 1510 de 2013, al prever la posibilidad de la modificación del documento de estudios previos, también contempló la alternativa de que cuando los cambios impliquen variaciones fundamentales en el pliego de condiciones de los procesos de selección iniciados, en aras de proteger el interés público o social, se revoque el acto de apertura, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo (Congreso de la Republica, 2011).

Pese a que existe esta opción legalmente válida frente a unos estudios previos mal realizados, la misma no contrarresta la responsabilidad precontractual de la entidad estatal. La revocatoria de un acto de apertura, implica totalmente el desconocimiento del principio de economía, consagrado en la ley pues la administración invierte tiempo, recursos humanos y presupuestales para adelantar procesos contractuales que resultan fallidos, lo que no sólo vulnera el interés general, toda vez que no se satisface la necesidad que motivó la convocatoria, sino que, además, genera dudas e inconformidad en la ciudadanía (Nación., 2010). El principio de responsabilidad, consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la republica), prevé que las entidades y los servidores públicos respondan cuando hubieren abierto convocatoria sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

Sumado a las situaciones anteriormente descritas, existen otros factores, que ponen en riesgo el erario público, por desconocer la suma importancia que tienen los estudios previos en la actividad contractual, por ejemplo el hecho de no identificar plenamente la necesidad a contratar, identificar cuales opciones existen en el mercado para satisfacer dicha necesidad, y verificar que esta necesidad se encuentre en el plan de compras de la entidad contratante conlleva a cometer errores la convocatoria correspondiente.

Ahora bien, la descripción el objeto a contratar con sus especificaciones, la fundamentación jurídica, el valor total del contrato y sus variables económicos, es fundamental para no tener dificultades en la etapa contractual. Lo cual de no tenerse ocasiona o da origen para que surjan controversias con razón a los contratos en desarrollo de la necesidad que se pretende satisfacer.

Conclusiones.

Los estudios previos en la actividad contractual de las entidades públicas juegan un papel fundamental en la ejecución de los recursos públicos, destinados a cumplir los fines esenciales del estado, porque hacen parte de la etapa de planeación, etapa en la cual se identifica cual es la necesidad a contratar, su objeto, su modalidad, la variedad de ofertas en el mercado, por decirlo de alguna manera, es la columna vertebral del desarrollo de un proceso contractual.

Es necesario que las entidades asuman con total responsabilidad la elaboración de los estudios previos en todos los procesos contractuales que pretendan adelantar, ello les garantizara la correcta ejecución de los contratos y le brinda todas las garantías a los contratistas para que estos conozcan las condiciones en las que van a desarrollar los contratos.

La ausencia de estudios previos, no permite que se pueda desarrollar a cabalidad el principio de planeación, el cual permite un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades de las comunidades y los medios con los que se cuenta.

El contrato puede ser declarado nulo según La Jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha considerado que los estudios previos son un requisito de validez del contrato. De igual manera, se consideró que la falta de planeación genera la nulidad del contrato por causa ilícita.

Efectivamente se puede llegar a configurar la nulidad del contrato por la falta de planeación. Sin embargo, el consejo de estado ha aclarado en sus sentencias que no toda deficiencia en la planeación genera la nulidad del contrato sino que, estas solo se configura cuando su ausencia, afecta el objeto del negocio contractual y no se han satisfecho las necesidades.

Referencias Bibliográficas.

- Sentencia rad. (27315) , Sentencia nº 68001-23-15-000-1998-01743-01 (Consejo de Estado - Sección Tercera, 24 de Abril de 2013).
- Sentencia Rad. 14854, 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854) M.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ (Consejo de Estado 29 de Agosto de 2007).
- Sección Tercera rad 20683 , Radicación n.º 25000232600019970463801 Sala de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado marzo de 2011).
- Sentencia C-300, Referencia: expediente D-8699 (Corte Constitucional 25 de abril de 2012).
- Consejo de Estado, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642) (Seccion Tercera, Subseccion C M.P. Enrique Gil Botero 24 de Julio de 2013).
- Decreto 1510. (17 de julio de 2013). *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. Bogota.
- Sentencia C- 762, M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO (Consejo de Estado 20 de octubre de 2014).
- Congreso de la republica. (s.f.). *Ley 80 de 1993*. Bogota, Colombia.
- Congreso de la Republica. (s.f.). *Ley 1150 de 2007*. Bogota, Colombia.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.
- Congreso de la Republica. (18 de enero de 2011). *ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogota, Colombia.
- Consejo de Estado, s. t. (31 de agosto de 2006). Sentencia. *Radicado 7664*. Bogota, Colombia.
- Contraloria General de la Republica. (4 de Septiembre de 2008). Concepto juridico. *Concepto 80112- EE54389* . Bogota, Colombia.
- Hernandez Sampieri, R., & Hernandez Mendoza, J. (2008). *Metodologia de la Investigacion*.

Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe - Redalyc*, 148 - 162.

Nación., P. G. (2010). *Recomendaciones para la elaboracion de estudios previos, aplicacion del principio de contratacion en las entidades publicas*. Bogota: Publicultural S.A.

Perez Buitrago, S. (2016). La gestión Contractual. *Infraestructura y desarrollo*, 18-20.

Presidente de la Republica. (17 de Julio de 2013). Decreto 1510 de 2013. *en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en particular las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, la Ley 361 de 1997, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003, la Ley 1150 de 2007*. Bogota, Colombia.