“Incidencia del estudio del sector para la adquisición de bienes y servicios en la contratación estatal en Colombia”

Autor:

Paola Vela Montañez

Código: 3000769

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

BOGOTÁ D.C., AGOSTO DE 2018

“Incidencia del estudio del sector para la adquisición de bienes y servicios en la contratación estatal en Colombia”

Autor:

Paola Vela Montañez

Director:

Dr. John Fredy Silva Tenorio

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

BOGOTÁ, D.C., AGOSTO DE 2018

Nota de Aceptación: _____

_____

_____

_____

_____

Firma del presidente del jurado: _____

Firma del jurado: _____

Firma del jurado: _____

Dedicatoria

A Dios, mi madre, mis hermanas y sobrinos.

RESUMEN

En el contexto de la contratación estatal, se requiere que en sus estudios previos, más concretamente en el análisis del sector se haga un estudio, detallado, de las directrices y principios imprescindibles que lo guían, además de su aplicación y obligatoriedad para la adquisición de bienes y servicios, con el fin de dejar en evidencia algunas de las falencias dentro de esta etapa pre contractual que en el peor escenario conlleva a un posible detrimento patrimonial siendo este un posible lastre de la corrupción para la contratación y conllevando a una nulidad del contrato.

Palabras Clave

Planeación, eficacia, estudios previos, detrimento patrimonial, Colombia Compra Eficiente.

Abstract

In the context of government contracting, it is required that in their previous studies, more specifically in the analysis of the sector, a detailed study be made of the essential guidelines and principles that guide it, in addition to its application and obligatory nature for the acquisition of goods and services, in order to highlight some of the shortcomings in this pre-contractual stage that in the worst scenario leads to patrimonial detriment, this being a possible burden of corruption for hiring.

Keywords

Planning, efficiency, previous studies, patrimonial detriment, Purchase Efficient.

Introducción

En las modalidades de contratación estatal, se requiere que en sus estudios previos, se identifiquen y apliquen los parámetros normativos establecidos para los estudios del sector, teniendo en cuenta que desatender dichos lineamientos, genera diversos efectos, mayoritariamente un posible detrimento patrimonial para la entidad estatal, en efecto, para el estado, así como una posible deficiencia en la calidad y suministro de los bienes y servicios.

Pues así, a partir de la elaboración estricta y rigurosa del estudio del sector, en aplicación del principio de planeación, se analizan las posibles falencias en la adquisición de los bienes y servicios, y su incidencia con el posible detrimento patrimonial.

Ahora bien, se hará un análisis de los principios esenciales de la contratación estatal, desde el punto de vista de la etapa previa de contratación, y con especial énfasis en el principio de planeación y su incidencia frente a la realidad del mercado.

Asimismo, la investigación se desarrollará así; en un primer momento se estudiará cómo se había indicado anteriormente los principios de la contratación haciendo énfasis al de la planeación, seguido del análisis del sector en la contratación estatal como eje estructural del principio de planeación, desglosando, como es, cuando es, sus directrices y lineamientos, por medio de que o quien se imparten los mismos y su obligatoriedad.

Finalmente, se revisarán los lineamientos aplicables del estudio del sector, su eficiencia y en efecto a ese estudio, para reducir algunas de las falencias que se puedan presentar en la adquisición de bienes y servicios por las entidades estatales.

INCIDENCIA DEL ESTUDIO DEL SECTOR PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: ¿CÓMO PREVENIR LAS FALENCIAS QUE PRESENTAN LAS ENTIDADES PÚBLICAS AL REALIZAR EL ESTUDIO DEL SECTOR ECONÓMICO EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y/O SERVICIOS?

I) Aspectos estructurales en la confección de los contratos estatales: del principio de planeación.

Para iniciar el estudio de este capítulo, es menester resaltar algunos de los principios rectores que guían el proceso de contratación estatal y que se considera inciden particularmente en el estudio del sector, aunque es de aclarar; en general todos los principios de la contratación, son inherentes al proceso de contratación, pues son de obligatorio cumplimiento, ya que inducen a una recta contratación estatal, no obstante, en este capítulo se hará un enfoque en el principio de planeación.

Así pues, se considera relevante citar la sentencia C- 508 del 22 de julio de 2002, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, la cual hace alusión a los principios de la contratación estatal, trayendo a colación el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en el que se establece que los intervinientes en la relación contractual del Estado, estarán sujetos a los principios de economía, transparencia y de responsabilidad, aunado a los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, como son la publicidad, imparcialidad, igualdad, moralidad, eficacia y eficiencia, eso indistintamente de la modalidad de selección que sea escogida. (Corte Constitucional de Colombia, 2002).

En lo expuesto por la Alta Corte, se destaca y coincide con algunos de los principios que se estudiarán en el presente tema de investigación, como son los postulados de responsabilidad, transparencia, economía, buena fe y planeación, los primeros, definidos por Juan Ángel Palacio Hincapié, quien destaca la

importancia de estos para el manejo moral, imparcial y ágil de la contratación, definiendo el postulado de la transparencia así: “mediante este principio se ataca la corrupción; con él se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad en la administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas, precisas, claras y objetivas” (Hincapié, 2014, pág. 61).

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 24 de la ley 80 de 1993 y se hace indispensable que sea aplicado por los intervinientes de la relación estatal, por cuanto permite que todas las actuaciones contenidas en las etapas contractuales sean de público conocimiento consintiendo que haya un control de las mismas, siendo esta un arma contra el fraude y la corrupción, además la publicidad de las actuaciones, garantiza la transparencia que permite a la comunidad ejercer control sobre las mismas. Asimismo, que dado el caso, la entidad encuentre la oferta más favorable, permitiendo una libre concurrencia de los proponentes en igualdad de condiciones.

De otra parte, el aludido autor resalta el principio de Economía “mediante este principio se busca que todas las actuaciones en la actividad contractual se hagan con celeridad y eficacia (…) optimizando costos” (Hincapié, 2014, pág. 66).

Es decir, que este principio no solo está encaminado a preservar y reducir costos económicos, sino optimizar el tiempo, de acuerdo con la necesidad de la entidad, ejecución del contrato, entre otros.

Entrelazado, se resalta el principio de responsabilidad, en el cual se señala que; “(…) somete a todos los que intervienen en la actividad contractual a sufrir las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones a su cargo, sancionando disciplinaria, penal y patrimonialmente a quienes realicen conductas que afecten a cualquiera de las partes en la contratación. La responsabilidad recaerá en principio en el funcionario u órgano que toma la decisión, ya sea por

titular de la facultad de contratación o por haberla recibido en delegación." (Hincapié, 2014, pág. 70).

Ahora bien, este principio recobra gran relevancia cuando realmente las acciones sancionatorias son ejercidas por la autoridad competente, pues como es bien sabido, la contratación en muchas ocasiones, tiene como protagonista la corrupción, la cual debe ser evitada a partir del recto ejercicio de la función pública, pero además debe ser combatida con la ejecución de las acciones legales correspondientes.

Por último, destaca el referido autor, el principio de buena fe y lo define así: "es la creencia de estar actuando conforme a la ley, y que la conducta que corresponde a la otra persona, la asume también dentro de ese marco. La buena fe da a la relación jurídica el tono moral y ético que hacen que la actuación del sujeto y la prestación a su cargo, no solo en lo que aparenta la expresión escrita de su obligación, sino en lo que intrínsecamente implica su ejecución. Supone entonces, la lealtad de los sujetos en las relaciones, el observar una conducta ejemplar frente al otro obligado". (Hincapié, 2014, pág. 72).

La buena fe, es un precepto de carácter general en las actuaciones del derecho y que por mandato de la Constitución Política en su artículo 83, se debe encontrar arraigado en cada una de las actuaciones de los particulares y autoridades públicas, pues de estas se debe desprender un actuar ético, honesto, leal, correcto, el cual genere confianza para cualquier tipo de relación jurídica y contractual.

Aunado a lo anterior, en este capítulo se revisará con detalle el principio de la planeación, por ser de gran relevancia y conexidad con la realización del estudio del sector.

Frente al mismo, la jurisprudencia ha señalado que el principio de planeación busca garantizar la legalidad de la contratación estatal en la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la

Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos y normativas las cuales están orientadas a que con anterioridad al proceso de selección la Administración cuente con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha destacado la importancia del principio de planeación en varias oportunidades; concretamente, en cuanto a la necesidad de contar con estudios y diseños completos con antelación a la apertura del proceso de selección. En este orden de ideas la elaboración de diseños, planos del proyecto y estudios completos son indispensables para conocer el monto de la inversión y de esta manera determinar el procedimiento de selección que debe cumplirse, con lo cual se evita la pretermisión de las reglas y requisitos exigidos para la escogencia del contratista que resultan esenciales para adelantar la contratación en condiciones de validez y de otra parte para impedir que se pongan en riesgo los recursos públicos, puesto que de no contar con los documentos técnicos tampoco se conocerá el alcance del proyecto y fácilmente podría incurrirse en una contratación por un mayor valor del que realmente se requiere invertir en el respectivo proyecto.

Lo anterior evidencia, sin lugar a duda que la Administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colaborará con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, solo así, el contrato podrá nacer en condiciones de validez y si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato. (Miryam Guerrero de Escobar, 2008)

Doctrinariamente, la planeación "obliga a las entidades estatales, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o la firma del contrato, según el caso a elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos y pliego de condiciones". (Camacho, 2012, pág. 414)

Debe existir pues, una etapa precontractual debidamente planificada, pues de allí yace la necesidad de que la entidad realice un estudio previo, que permita observar la necesidad, pertinencia del contrato y particularmente realizar el estudio del sector y dentro de este, el respectivo estudio de mercado.

Cabe destacar el concepto de planeación en materia contractual, definido por Plata y Rincón, como una herramienta que busca analizar la factibilidad y eficacia de las actuaciones estatales de carácter contractual, estudiando su objeto y valor aproximado, a fin de que la actividad precontractual no sea desarrollada de forma improvisada.

De igual forma, indican que la planeación es obligatoria, para lograr de forma eficiente la actividad contractual, en pro del interés general lo que permite escoger el contratista idóneo que permitirá la consumación del contrato de forma adecuada y favorable.

Desafortunadamente, no todas las entidades públicas ponen en práctica la planeación, o no aplican este principio con la rigurosidad que este amerita, pues de allí que se desprenda el posible detrimento patrimonial y/o que se abra la brecha a la corrupción, pues no se puede perder de vista que la planeación en el estudio previo es imprescindible para un correcto desarrollo del proceso contractual.

La planeación, entonces, es inherente para la gestión contractual publica, y esto implica que todo proyecto que pretenda adelantar las entidades estatales debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica, razón por la cual, previamente a la ejecución de un contrato, la administración debe efectuar los estudios de factibilidad proyectos e

investigaciones necesarias para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado. (Cordoba, 2017, págs. 73-74)

De la aplicación de este principio surgen inquietudes, una de ellas, es la relativa a como se está haciendo realmente el estudio del sector por parte de las entidades, y la otra es, si se están aplicando las directrices de Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, y cuál es el alcance y obligatoriedad de las mismas, tópicos que se desarrollan en los capítulos posteriores.

Ahora bien, en cuanto al principio de planeación, el cual se considera ser de carácter vinculante, encuentra su fundamento principal como principio y como mandato en los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Su estricta aplicación reduciría ampliamente el posible detrimento patrimonial, la corrupción, y permitiría la correcta y eficaz contratación estatal.

Así pues, la planeación constituye formalidades de obligatorio cumplimiento para la configuración del contrato estatal, ya que a partir de su agotamiento es que la administración puede determinar qué busca, cómo se va a adquirir, cómo lo ejecutará y el costo para llevarlo (…) la omisión de su práctica puede traer consecuencia funestas para el procedimiento de selección del contratista, inclusive el riesgo de despilfarro del patrimonio público.” (Cordoba, 2017, pág. 96)

En efecto, se permitirá la obtención eficaz de la adquisición de los productos y servicios, que además de obtenerlos a precios justos y que sean de óptima calidad, se realice con el cumplimiento de sus características técnicas y además con una entrega oportuna y en las condiciones previamente establecidas.

Aunado con lo anterior, cabe resaltar lo expuesto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto del principio de planeación, y la

incidencia de ser aplicado o no por las entidades estatales, así como, los efectos jurídicos frente a los contratos, pues es de tener en cuenta que la ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general e incluso de la satisfacción de la necesidad estatal, conllevando además a una posible nulidad absoluta en la relación contractual, la omisión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público. La planeación constituye sin lugar a dudas un marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual.

En desarrollo del principio de planeación el Consejo de Estado, se ha pronunciado, y con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, entre otras, se violó el principio de estudio, toda vez que, se proyectó la entrega de una obra o construcción, sin que previamente se hubiera adquirido el predio en el cual se edificaría, lo cual conlleva a la nulidad absoluta del contrato dado que que no se tienen en cuenta los fines estatales, por medio de los cuales se establece el uso eficiente de los recursos, por lo cual, para obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden en la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor del interés general.

Así las cosas, atendiendo al principio planeación, los contratos del Estado deben ser previamente, diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, no sólo para la realización efectiva de los objetos definidos, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales. (Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2013)

De ahí que las entidades estatales al identificar la necesidad de un bien, obra o servicio, elaboren un verdadero proyecto de la necesidad, sin que se crea que es de manera caprichosa la realización de ese estudio previo, pues es inalienable a la contratación que se haga, de no ser así, como en la jurisprudencia citada, puede conllevar a la nulidad absoluta del contrato, dado que estaría ausente unos de los requisitos de validez del contrato, como es el cumplimiento, es tan grave no aplicar la planeación que como se observa en esta sentencia, conlleva a la nulidad absoluta del contrato estatal.

Continuando con el estudio jurisprudencial del principio de planeación cabe destacar la ponencia del H. Magistrado, Enrique Gil Botero, en desarrollo de la antes denominada acción de nulidad y restablecimiento de derecho, hoy medio de control, cuando señala que en la fase de planeación de la contratación estatal antes de la apertura de los procesos de selección, la entidad estatal es responsable de la calidad y veracidad de la información porque es la que proyecta, elabora, traza parámetros, corrige, perfecciona y posteriormente publica, para lectura de los posibles oferentes, que serán la guía de los mismos.

Los documentos que elabora la entidad son convocatorias o invitaciones públicas a participar, presupuesto de costos, estudios técnicos, análisis de oportunidad y conveniencia, que incluye un estudio especializado de riesgos, diseños, planos, proyecto de pliego de condiciones y pliego definitivo de condiciones. Conforme a lo expresado, la armonía de la información que tiene cada documento al interior de sí mismo, y sobre todo en relación con los demás, es una exigencia de calidad imputable a la entidad, de ahí que se haga responsable de sus defectos, por lo menos como regla general. En esta instancia del procedimiento de selección, los particulares interesados en la futura contratación prácticamente no tienen injerencia en la producción de información, porque a la entidad le corresponde definir, técnica y jurídicamente qué contrato desea celebrar, qué especificaciones técnicas exigirá usualmente determinadas

por la necesidad material y por la capacidad de pago y en qué condiciones financieras se comprometerá con el adjudicatario. (Enrique Gil Botero , 2014)

Se desprende de lo anterior, que la correcta aplicación del principio de planeación es una responsabilidad imputable a la entidad, dado que es la encargada de elaborar y proyectar la etapa previa para que sean los oferentes y adjudicatarios los que sigan tales lineamientos de forma acertada desde el inicio de la etapa pre- contractual.

Ahora bien, el lineamiento jurisprudencial, señala que, 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 porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.

La contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

Expone la alta Corte que el principio de planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado, y que este precepto se vincula estrechamente con el principio de legalidad.

El cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación. (Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2013)

La planeación, conforma un andamiaje con los demás principios de la contratación estatal, pues diseñar, y proyectar de forma previa, permite estructurar de forma concreta los objetivos, estableciendo los parámetros a seguir evitando un riesgo de invalidez del contrato.

Por otra parte, se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad contractual, exige que la decisión de contratar responda a necesidades previamente identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas

Es así como, al momento de contratar el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. (Olga Melida Valle de la Hoz, 2011)

De lo antes expuesto, queda claramente establecida la necesidad de la aplicación del principio de planeación en la etapa pre-contractual, pues incide directamente en el interés general, en la validez del contrato, permitiendo que además se cumplan de forma armónica los demás principios de la contratación estatal.

En tal sentido, lo expuesto por la autora Mónica Safár, es acertado, pues en la medida que se aplique el principio de planeación la entidad estatal está preparado para una correcta y organizada contratación, para lo pertinente se resalta lo expuesto; “si el Estado no está preparado para poder identificar la mejor oferta entre todas aquellas que se le presentan, porque no cuenta con el suficiente conocimiento de aquello que está contratando, dado su nivel de especificidad, o

no tiene el personal idóneo para ello – interno o contratado externamente-, la libre competencia deja de ser una ventaja y se convierte en un problema, y los criterios técnicos de eficiencia para la adjudicación desaparecen, quedando únicamente como fundamento de esta, argumentos propios del estado de derecho de legalidad, igualdad y debido proceso, que por supuesto son importantes, pero no los determinantes si lo que se quiere es obtener la oferta más favorable a los intereses de la entidad contratante y los fines que ella persigue, definición legal del deber de selección objetiva". (Cordoba, 2017, pág. 216)

Y es claro que los costos de una correcta planeación siempre serán menores que los de hacer una corrección, y esto, en la contratación estatal implica que la adecuada realización de estudios previos y la estructura apropiada de los procedimientos de selección de contratistas reducirá en gran medida los costos de ejecución de los contratos, incluyendo la supervisión de estos, además de maximizar el beneficio de su adquisición para el Estado al no tener que pagar más que aquello inicialmente presupuestado, y es que precisamente la eficacia se materializa en la ejecución del contrato siendo esta la muestra de la aplicación del principio de planeación.

Además de las sentencias ya citadas, resulta apropiado resaltar la sentencia[1] del Consejo de Estado con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la que se acciona a través del medio de control de controversias contractuales por la vulneración al principio de planeación contractual.

Providencia, en la que se reitera lo sostenido por la alta corporación, en cuanto a materia contractual se relaciona, 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

[1] Sentencia número: 76001233100020050237100 (49.847) con ponencia del Consejero Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes; tales como: (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, (…) (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas (…) (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales.

De la jurisprudencia en mención, se puede observar la relevancia del principio de planeación en la etapa previa contractual, estudio que demanda de exigencia, seriedad, precisión, documentación, investigación y no puede conformarse con la simplicidad de un estudio poco exhaustivo.

Como lo indica la alta corporación, el principio de planeación es de obligatorio cumplimiento, y pese a lo antes expuesto frente a la inseguridad jurídica que existe en la aplicación de los lineamientos que expide la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, lo cierto es que el principio de planeación es inherente al proceso pre contractual y en tal sentido las entidades estatales deberían atender los lineamientos de la Agencia con el fin de acoger estándares que permitan la adecuada planificación del contrato, siempre y cuando no vayan en contravía de la norma.

De otra parte, la sentencia del 29 de agosto de 2007, con radicado del expediente N° 14854, y proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, explicó que la planeación es un principio de la actividad contractual y que, incluso,

en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 era exigible a las entidades públicas contratantes, de la providencia en cita se resalta:

"(…) 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., (…) (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato.

En cumplimiento del principio de planeación, además del contenido que se debe desarrollar con el estudio del sector, debe existir una verdadera justificación y necesidad para la ejecución del contrato, con el estudio previo determinar la modalidad de selección, y en este punto cabe resaltar que por la simplicidad de esta modalidad de mínima cuantía, en lo posible algunas de las entidades escogen considerablemente esa modalidad de selección, la cual debería tener igual rigurosidad en su desarrollo, tanto como las otras, pues esto reduciría de algún modo el posible detrimento patrimonial y la corrupción.

En cuanto a las cualidades y calidades del bien y su costo, claramente se debe hacer exhaustivamente el estudio del sector, revisando como ya se mencionó los históricos de compras no solo de la entidad contratante sino de otras semejantes, valiéndose de las herramientas que se mencionaron anteriormente.

Por ello, para todas las contrataciones del Estado, deben establecerse reglas prácticas y eficientes para la implementación de convocatorias públicas; el concurso utilizado adecuadamente, puede mejorar la adquisición de bienes y/o servicios, la asignación eficiente de recursos, la transparencia en la contratación, permitiendo a la administración pública y al oferente tomar decisiones racionales y estratégicas, en beneficio de los intereses del Estado y además la relación calidad precio costo beneficio.

Al concluir esta primera parte de la investigación se ha de señalar que el principio de planeación es de gran relevancia al ser inherente para la gestión contractual publica, dado que todo proyecto que pretenda adelantar las entidades estatales debe estar precedido de estudios previos encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica, estableciendo la verdadera necesidad de la celebración del contrato; identificando las modalidades existentes para satisfacer la necesidad y la justificación de su preferencia; así como las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, además de los costos, valores y alternativas en cuanto a los precios de mercado reales, para la celebración y ejecución del contrato.

Cabe resaltar que omitir los lineamientos previos del contrato o hacerlos fuera de los parámetros, además de desatender el principio de planeación puede conllevar a la nulidad absoluta del contrato estatal, eso sin contar los costos y posibles detrimentos patrimoniales en los que pueda incurrir el estado

II. El análisis del sector como eje estructural del principio de planeación; naturaleza y delimitación

Para entrar al análisis del estudio del sector[2] se debe tener claridad de su definición, contenido, alcance y objeto, dentro del marco de la contratación estatal.

El estudio del sector es definido por el autor Mejía, como aquel que permite establecer el contexto de contratación e identificar algunos de los riesgos y determinar los requisitos habilitantes." (Mejía, 2014, pág. 225.)

De ahí que el estudio del sector permita para cada modalidad de contratación establecer unos requisitos habilitantes que garanticen el suministro o la correcta prestación del servicio requerido por la entidad.

El estudio del sector es indispensable que se realice en cada una de las modalidades de contratación, sin embargo en algunas debería tener más rigurosidad que en otras, tales como la contratación directa y la mínima cuantía, no obstante en la práctica, estas modalidades tienden a pasar por un proceso con reducidas exigencias e inadvertido incluso ante los entes de control.

De acuerdo a lo establecido por Colombia Compra Eficiente, el estudio del sector es indispensable en el proceso de contratación, el análisis del sector no debe alterarse por la modalidad de contratación, no obstante hace algunas recomendaciones particulares para las modalidades de contratación directa y mínima cuantía.

Para la modalidad de contratación directa, se deberá tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, particularmente las condiciones del contrato, en cuanto a plazos, formas de entrega y pagos; en cuanto al estudio del sector, este, deberá soportar a la entidad la pertinencia de contratar bajo la modalidad de

---

[2] Decreto 1082 de 2015, en la subsección 6, Artículo 2.2.1.1.1.6.1., que reza:

"ANÁLISIS DEL SECTOR ECONÓMICO Y DE LOS OFERENTES POR PARTE DE LAS ENTIDADES ESTATALES

Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso."

contratación directa, así como la elección del proveedor y las condiciones del contrato, desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía; asimismo, deberá tener en cuenta el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. (Eficiente, 2017)

De otra parte, en cuanto a la modalidad de mínima cuantía, el estudio del sector será proporcional al valor del proceso de contratación, el objeto a contratar, la clase de contrato, y los posibles riesgos en el proceso de contratación, además se deberán revisar procesos de contratación similares, recaudar información de precios, calidad y condiciones con otros clientes del proveedor. (Eficiente, 2017)

Y es que resultan apropiados estos lineamientos especiales para la mínima cuantía y la contratación directa, dado que ante la ligereza del proceso al momento de realizar el estudio del sector, estos pueden ser susceptibles de corrupción y posible detrimento patrimonial al no prestarse el estudio previo de forma completa y estricta.

Ahora bien, profundizando en el tema de este capítulo, se ha de indicar que el estudio del sector económico se divide en tres categorías así: análisis del mercado, de la oferta y la demanda.

En cuanto a la primera categoría, la doctrina señala que el análisis del mercado debe enfocarse sobre los requisitos habilitantes que deberían exigirse a los interesados proponentes, establecer unos parámetros de calidad, las condiciones en que los oferentes ejecutan los contratos, los factores de riesgos ajenos a las partes que podrían alterar la equivalencia las prestaciones durante la ejecución del contrato, condiciones contractuales según el objeto, “(…) existe entonces una estrecha relación entre el análisis del sector y los elementos mínimos del estudio previo, en la medida en que estos últimos encuentran soporte en los hallazgos del primero” (Beltrán, 2014, págs. 4,5)

Es decir, que el estudio del mercado permite en esencia, entregar a la entidad una noción del producto o servicio a contratar, en la cual se identifique su costo promedio, los oferentes potenciales, los intermediarios que puede tener, y en efecto el índice de riesgo en la adquisición.

En este sentido, la investigación de mercados vendría a ser “el seguro del riesgo de la toma de decisiones comerciales”. (Trenzano, 2000, pág. 27).

Esta definicion, explica de forma concreta la finalidad de profundizar en el estudio del mercado en la etapa previa de contratacion, dado que permite la reduccion de riesgos en el momento de la adquisición, tales como un precio justo, las calidades y cualidades técnicas de la adquisición, el precio histórico, la adquision previa por otras entidades, entre otros aspectos que se revisarán con posterioridad. Estudio este, que reduce el riesgo en tanto que permite a la entidad tomar la decision mas favorable para la adquisicion, reduciendo el riesgo del posible detrimento patrimonial.

Para el caso concreto de la contratación estatal, el estudio de mercados deberá tener en cuenta otros procesos contractuales similares en cuanto a su necesidad, objeto, modalidad de contratación, y bien o servicio de igual o similar naturaleza a contratar y así tener una base o guía de los precios ponderados.

Desde la práctica y a través de esta investigación se ha observado que es común en las entidades estatales realizar estudios del mercado, denotándose así, que el estudio del mercado puede ser deficiente, por cuanto, con frecuencia este estudio se basa principalmente en solicitar entre una y tres cotizaciones para determinar un presupuesto y un valor cuantitativo de la necesidad a contratar, bastando esta información para la elaboración del estudio del mercado por parte de la entidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente recomienda analizar en el estudio de mercado los siguientes aspectos que pueden influir en el proceso de contratación:

Económico: los factores que influyen en el poder de compra y los patrones de gasto de las entidades estatales y otros compradores, cambios en los presupuestos, en las formas de adquisición, en los ciclos de producción, fluctuaciones del valor de materias primas y costos de producción, inflación devaluación y otros índices económicos.

Estos factores económicos, tal como están arriba anotados, no dependen de la entidad contratante, pues sus variaciones, obedecen necesariamente a causas externas al estudio del mercado, sin embargo deben tenerse en cuenta al momento de realizar el estudio respectivo, pues según la circunstancia de tiempo, puede ser más eficiente el estudio del mercado.

Internacional: se tienen en cuenta aspectos comerciales comportamiento del mercado, fluctuación de precios internacionales de los bienes y servicios de sus materias primas e insumos, información de la importación y la exportación del bien o servicio, impacto de las tasas de cambio. (Mejía, 2014, pág. 226)

Técnico: las condiciones técnicas y tecnológicas del objeto del proceso de contratación incluyendo el estado de la innovación y desarrollo técnico que permite crear nuevos productos y oportunidades de mercado y las nuevas tendencias como: cambios tecnológicos, especificaciones de calidad y tiempos de entrega.

En cuanto al aspecto legal, es un ítem medular en la investigación, pues la entidad estatal debe identificar la normatividad vigente aplicable al objeto del proceso de contratación, tanto la que influye en el mercado del bien o servicio como la que regula la actividad de los proveedores y compradores de manera particular, incluyendo las normas ambientales y los cambios recientes en la implementación y el impacto de tales modificaciones. (Mejía, 2014, pág. 227)

De este último aspecto, no puede perderse de vista, que la normatividad en materia contractual es susceptible de modificaciones, de interpretaciones jurisprudenciales que moldean los conceptos y formas de aplicación, y en tal sentido deben ser acogidos de acuerdo al momento del proceso.

Dicho lo anterior, cabe resaltar, que el estudio del mercado reviste de gran importancia, pues en el margen de su aplicación es prudente revisar los datos históricos del desempeño del sector, no solo en el contexto local y nacional, sino concretamente de la necesidad que requiere la entidad efectuando de la mano un análisis de la demanda, realizando un estudio del comportamiento histórico en la adquisición del producto o servicio respecto de la entidad contratante o de entidades de similar categoría y que hayan efectuado la correspondiente contratación, para así comparar y verificar la estabilidad, credibilidad y seriedad de los precios.

De otra parte, frente al análisis de la demanda, la doctrina ha indicado que “la entidad estatal debe tener en cuenta las condiciones en las cuales ha adquirido en el pasado el bien o servicio objeto del proceso de contratación y como lo han hecho otras entidades estatales. (Mejía, 2014, pág. 227)

Para el efecto, el SECOP – Sistema Electrónico de Contratación Pública, es una herramienta de publicidad muy útil, dado que es una plataforma que permite la transacción entre compradores y vendedores, inclusive permite realizar la adjudicación en línea de algunos procesos, asimismo, ofrece la posibilidad de consultar los documentos del proceso, el cargue de los mismos, las modalidades de contratación del proceso, identidad del contratante y contratista, valor del presupuesto y las características y especificidades de la necesidad o del bien y servicio a contratar, entre otras funciones.

La recomendación de estudiar el comportamiento histórico en la adquisición de los bienes o servicios respecto de la entidad contratante o de entidades de similar categoría en la que hayan efectuado la correspondiente contratación, permitirá verificar en forma real los precios, resulta una herramienta que debería implementarse de forma obligatoria en el momento de realizar el

estudio económico del sector, pues así se establecerán de forma acertada las cifras estimadas para la modalidad de contratación.

Asimismo, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente sugiere identificar y analizar cómo han sido otros procesos de contratación realizados por otras entidades estatales, especialmente si dichos procesos de contratación se han desarrollado por entidades estatales de mayor impacto que hacen adquisiciones por altos montos de dinero y tienen presencia a nivel nacional, estas entidades pueden ser las Fuerzas Militares ICBF, SENA, DIAN, entre otras. También se recomienda que se revise la información de la forma en que los proveedores del bien o servicio lo suministran a particulares en condiciones de volumen y calidad comparables hasta. (Mejía, 2014, pág. 229)

Y por último la tercera categoría hace referencia al análisis de la oferta, respecto de este punto, es oportuno que las entidades estatales verifiquen cuáles son los posibles oferentes y proveedores revisando su inclusión en el mercado, su dinámica de producción, distribución y entrega de bienes o servicios.

En cuanto al primer interrogante, la entidad estatal debe identificar los proveedores en el mercado nacional del bien o servicio y quienes han participado como oferentes y/o contratistas en los procesos de contratación con entidades estatales, para lo cual se recomienda además del SECOP, usar bases de datos e información del sistema de información y riesgo empresarial (SIREM) administrado por la superintendencia de sociedades y cualquier otro sistema de información empresarial.

Esta información permite conocer el sector, para establecer requisitos habilitantes. (Mejía, 2014, pág. 229)

Sin embargo, se considera que no basta solo con las cotizaciones, las propuestas comerciales y los índices que arroja el SECOP y SIREM, además se debe verificar la transparencia y autenticidad de la información y así acercarse a la

certeza de que es un precio real y no es elevado, se propone un test, un empleado de compras que verifique el precio y otro funcionario que haga las veces de contralor e interventor interno, frente al tema de estudio del sector.

Señala Mejía que, en cuanto a cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes o servicios, la entidad estatal debe conocer el proceso de producción distribución y entrega de los bienes o servicios, los costos asociados a tales procesos.

Igualmente, las entidades estatales deben entender la dinámica del mercado en lo que corresponde a la cadena de producción, distribución o suministro del bien o servicio, así como identificar cual y como es el proceso que sigue el bien hasta llegar al usuario final y el papel que juega los principales oferentes en esa cadena. (Mejía, 2014, pág. 230)

Aunado a lo anterior, respecto de la disponibilidad y análisis de la información, es oportuna la comunicación previa, abierta, directa y reglada con los posibles proveedores y con los gremios, es fundamental para contextualizar el análisis del sector económico y para comprender la información financiera que ofrecen los sistemas de información. Si la información requerida no está disponible en el sistema de información los proveedores son la fuente que puede proporcionar dichos datos.

La entidad estatal no tiene que buscar la información financiera del universo de proponentes que ofrece el bien, obra o servicio a contratar puesto que no hay herramientas suficientes para poder obtener la información del universo. La información de un subconjunto de oferentes, es decir una muestra es suficiente para el desarrollo del análisis. La información que se recoge por medio del estudio de la demanda debe servir para caracterizar la contratación o la compra que la entidad estatal planea realizar, para poder estimar la cantidad

adecuada que debe adquirir según la frecuencia de uso y los requerimientos mínimos del inventario. (Mejía, 2014, pág. 231).

En cuanto a la búsqueda de la información, evidentemente, a la entidad no se le puede exigir que realice una búsqueda exhaustiva. Sin embargo, si se debe hacer de forma completa, eficaz y comparativa, para que la misma produzca un efecto benéfico para la administración y no se quede reducida a la recolección de dos o tres cotizaciones en el momento de la planeación del contrato estatal.

Por último, respecto del concepto de oferta, señala Rodríguez Tamayo: “de entrada se advierte que la oferta en la contratación estatal se diferencia frente a aquella propia del derecho privado, en que por regla general, las condiciones esenciales del futuro contrato son previamente determinadas por la entidad estatal destinataria de la misma y no por quien la elabora.” (Tamayo, 2016, pág. 31)

En el análisis de la oferta, es útil estudiar el comportamiento de variables como el precio de los productos y de sus insumos y la forma como los proveedores producen y distribuyen estos mismos. Para esto es importante introducir lineamientos para que la información histórica y la información sobre los sistemas logísticos y de producción que manejan los proveedores y las entidades estatales sea analizado y tenido en cuenta en el momento de estudiar la necesidad de la adquisición, la oportunidad y el presupuesto, entre otros aspectos.

Para el efecto la entidad estatal debe tener claro las cantidades que requiere comprar, identificar si ha comprado las cantidades necesarias o ha sobrestimado la demanda según el caso. Saber históricamente la elección del proveedor en particular, indagando sobre el desempeño que han tenido los posibles proveedores y verificar si existen varios proveedores que puedan satisfacer la necesidad para una mejor elección. La entidad debe tener claro y conocer si el precio que ha pagado por el bien o servicio en diferentes momentos

ha sido constante teniendo en cuenta la inflación, variación de la tasa representativa del mercado o de los precios de las materias primas, si aplica. Verificar si el precio y las condiciones de adquisición entre entidades estatales en circunstancias similares para el mismo bien o servicio son comprobables o difieren. El análisis de esa información histórica proporciona a la entidad estatal herramientas para tomar mejores decisiones de compra y posibles transferencias de conocimiento por parte de otras entidades.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente recomienda utilizar gráficos de comportamiento de datos en el tiempo, por ejemplo comportamiento de cantidad o precio, para analizar si los datos tienen comportamientos de tendencia positiva o negativa es decir si crecen o decrecen en el tiempo.

Revisados los anteriores conceptos, al seguir, se estudiará la etapa pre contractual y particularmente se profundizará en los estudios previos en la subcategoría de estudios del sector.

Se considera que esta es la etapa más importante dentro del ejercicio de planeación del proceso contractual, pues en ella emergen todas las bases de la adquisición, desde ahí se puede evitar la pérdida patrimonial, si se aplica en debida forma el principio de planeación y que este logre una verdadera eficacia.

Frente a esta etapa, expone Velandia Castro, que el proceso previo impone deberes desde que la entidad pública establece que debe satisfacer una necesidad. En esta etapa es inminente el deber de elaborar todos los estudios y documentos previos necesarios, tales como; el análisis de oportunidad y conveniencia, y un proyecto de pliego de condiciones, en este momento precontractual aun la entidad no se encuentra obligada a abrir el proceso de selección; estos estudios y análisis previos, permiten establecer la modalidad de contratación adecuada, lo cual determinará el cumplimiento de procedimientos particulares en cada caso, los cuales respetarán los principios esenciales de la

contratación buscando un proceso de selección netamente objetivo, aunado a las condiciones mínimas que deberán contener los estudios y documentos previos, las competencias para contratar, así como el correspondiente registro en el SECOP, y particularmente el análisis del mercado, elaboración del presupuesto, determinación del sistema de precios, selección de la forma de pago, estimación de los costos por ajustes imprevistos y gastos de administración, determinación y procedimiento de selección del contratista, verificación de la apropiación presupuestal, programación de la contratación, programación del desarrollo del contrato.

Las omisiones que se cometan en etapas de planeación tiene implicaciones graves por verse reflejadas en la etapa de desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato, lo cual genera la declaratoria desierta, la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, la necesidad de ajustar el contrato realidad del bien o servicio prestado. (Castro, 2015, pág. 53)

De lo expuesto por la autora se evidencia la preeminencia de la etapa previa al proceso de selección, pues de esta vierte toda la estructura esencial que permita efectuar un adecuado estudio del sector, el cual es determinante para darle acertada ejecución a los principios aludidos y además para minimizar el riesgo de un posible detrimento patrimonial.

Es así como, un manejo adecuado de la etapa precontractual, permite identificar la necesidad de la entidad, el objeto contractual, la modalidad de contratación, el presupuesto requerido, la cuantía y uno de los aspectos fundamentales, la correcta ejecución del estudio económico del sector, el cual se requiere de manera determinante para establecer el contexto del proceso de contratación referentes al análisis del mercado, de la demanda y de la oferta, como se estudiará más adelante; elementos estos que son inherentes para el proceso de contratación.

El autor Camacho, indica que ante ausencia de estudios previos puede ser una falla imputable a la administración y este conlleva al desequilibrio económico de los contratos administrativos y de su posible nulidad. Aunado a que los proponentes con frecuencia presentan propuestas artificialmente bajas con el fin de obtener la adjudicación de los contratos, y es que esto no es un secreto, pues la finalidad de este mayor valor, obedece a la posterior reclamación de mayores valores por la ejecución del contrato, parte de la responsabilidad de que ello suceda se encuentra en el incumplimiento por parte de las entidades estatales, de su obligación de elaborar unos adecuados estudios previos" (Camacho, 2012, págs. 421-422)

Se describe someramente la etapa de la fase de planeación, para ilustrar un poco el tema, pues dentro de esta etapa, se encuentra contenido el estudio del sector, en el cual se hará especial énfasis, pues es el tema medular en el trabajo de investigación.

Visto lo anterior, es necesario precisar: **i)** quién establece los parámetros para la realización de los estudios previos o que entidad los define para el desarrollo de la etapa precontractual y **ii)** con base en qué instrumentos legales.

Para desarrollar estos dos aspectos, en primera medida, se ha de indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, es la entidad creada por el gobierno para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización, en los procesos de compras y contratación pública. En sus funciones específicas tiene como fin proponer, desarrollar y difundir[3]. las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y

[3] Decreto Ley 4170 Articulo 3° Funciones dela Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente- ejercerá las siguientes funciones: 1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. 2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las

mejores prácticas para las compras y la contratación pública; y promover y adelantar con el apoyo y coordinación de otras entidades públicas cuyo objeto se los permita, la capacitación que considere necesaria, a fin de orientar a los partícipes en el proceso contractual. Así mismo, brindar apoyo a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de las políticas, instrumentos y herramientas en materia de compras y contratación pública, entre otras funciones asignadas de acuerdo a su naturaleza. No obstante los lineamientos dados por Colombia Compra Eficiente no son una imposición legal, se puede decir que son considerados como un manual de recomendaciones a las cuales de manera sugerida se deberían seguir por la entidades contratantes y/o oferentes – proponentes.

La Agencia en mención, ha sido fundamental para la comprensión y aplicación del derecho administrativo en la contratación estatal, pues como entidad técnica especializada que cumple funciones que le corresponden al Departamento de Planeación, encargada de estudiar la materia de contratación pública para informar de la misma a la cabeza de su sector, así como generar instrumentos de materialización de lo expresamente dispuesto en las normas que se encuentra dentro del ordenamiento jurídico, y expresamente dentro del marco que el mismo establece.(Díaz, 2018)

De lo visto, se desprende una inquietud en cuanto a la obligatoriedad de las directrices establecidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, y al respecto se ha de indicar que sus lineamientos no son de obligatorio cumplimiento en materia contractual, pues no existe norma legal que se lo atribuya, más bien su misión está encaminada a establecer directrices para ser aplicadas en la adquisición estatal, de lo cual se desprende que a este órgano rector no le fueron conferidos poderes imperativos sino preventivos.

---

entidades públicas. 3. Coordinar con las demás entidades públicas las gestiones necesarias para el cumplimiento del objetivo de la Agencia(…) entre otras.

Por ello los manuales guías y circulares que emite la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, no pueden ser entendidos como verdaderas expresiones normativas, dichos documentos no tienen un carácter obligatorio, y no puede reconocerse que tienen un contenido normativo, esto es, que tiene una facultad vinculante más no obligatoria, pues, su competencia debe derivar de la ley, y solo en dicho contexto podrán validarse disposiciones reglamentarias que otorguen carácter obligatorio a los instrumentos que esta entidad cree y divulgue; de manera que, a partir de esta premisa, debe decirse, indefectiblemente, que no todo manual, guía, lineamiento o circular externa que expida Colombia Compra Eficiente será de obligatorio cumplimiento, sino solamente aquellos que se estructuren en cumplimiento de una función expresamente atribuida por una norma de rango legal que concretamente manifieste una atribución de creación y desarrollo de instrumentos específicos.

Así, solo con base en una norma legal el reglamento podrá determinar el alcance de dicha función y la entidad podrá generar las herramientas administrativas necesarias para el efecto; y esto es importante porque, a la luz de la normatividad vigente, solamente la función aquí estudiada relacionada con los acuerdos marco de precios consagra el tipo de atribuciones que permiten el desarrollo reglamentario que avala jurídicamente la generación de documentos vinculantes por la Agencia Nacional de Contratación. (2017)

El control judicial que se les haga a dichos documentos o que sean objeto de alguna medida cautelar, no es argumento para que sean revestidos de obligatoriedad y su consecuente cumplimiento, pues precisamente lo que se ejerce es un control judicial y no con eso se está otorgando una potestad reglamentaria. (Rodriguez, 2018)

En igual sentido lo ha interpretado la H.onorable Corte Constitucional en la sentencia en cita, en la cual indicó: “no se trata de un órgano con competencias

reglamentarias, sino doctrinales y de fijación de políticas públicas” (Sentencia , 2017)

Por su parte, Díaz Safar, coincide con las anteriores interpretaciones, pues la autora, indica que la Agencia tiene una facultad regulatoria pero no es vinculante, y lo afirma en consonancia con base en la sentencia del Consejo de Estado, (2017) ya que la competencia debe derivar de la ley, y solo en dicho contexto podrán validarse disposiciones que otorguen el carácter obligatorio a los instrumentos que esta entidad cree y divulgue, de manera que, a partir de esa premisa debe decirse indefectiblemente que no todo manual guía y lineamiento o circular que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente será de obligatorio cumplimiento, solo lo serán aquellos que se estructuren en cumplimiento de una función expresamente atribuida por una norma de rango legal que concretamente manifieste una atribución de creación y desarrollo de instrumentos específicos. (Díaz, 2018)

Quiere decir lo anterior que la Agencia, no tiene la facultad de expedir normas jurídicas y de obligatorio cumplimiento, si no que participa en la elaboración de mejores prácticas para la contratación, la creación de instrumentos que permitan una mejor comprensión y aplicación de las normas existentes, así mismo es de tener en cuenta que existe una pirámide kelseniana que debe primar, es decir, si las guías o circulares no son claras, se debe aplicar lo establecido en la norma.

Al respecto se ha pronunciado la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente a través de respuesta con radicado N° Radicado 2201713000002516 y ha indicado:

“Si, las Circulares Externas o cualquier otro acto administrativo de carácter general son vinculantes para todas las Entidades Estatales. El incumplimiento de lo estipulado en las Circulares que Colombia Compra Eficiente expide puede conducir a que los diferentes órganos de control intervengan en el respectivo

Proceso de Contratación y eventualmente declaren la responsabilidad disciplinaria o fiscal de los funcionarios involucrados en el incumplimiento de la normativa.”

Teniendo en cuenta lo expuesto en líneas precedentes es notorio que el tema de la obligatoriedad de los lineamientos que establece la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, no es del todo pacifico, pues de una parte la entidad predica que si tiene fuerza vinculante, y de otra parte en la doctrina y la jurisprudencia se encuentran conceptos que argumentan lo contrario.

Tal situación, puede hacer incurrir en error a las entidades contratantes, pues, no tienen certeza de la obligatoriedad de dichos parámetros, siendo esto así, cuál es la imperatividad que tienen tales directrices y como se implementan si no hay certeza de su alcance.

Ahora bien, en cuanto a la normatividad y jurisprudencia relativa a la adquisición de bienes y servicios, enfocada en los estudios del sector para la contratación, se relacionan los instrumentos legales**:** Decreto ley 4170 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y Ley 80 de 1993 como la norma general para la contratación estatal entre las más destacadas, el Manual de buenas prácticas publicado por el Departamento Nacional de Planeación, además los artículos 209, 339 y 341 de la constitución política se constituyen en los fundamentos constitucionales de la figura de la planeación en materia contractual publica como principio y deber estatal, al consagrar en forma expresa que todas las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para lograr el cumplimiento de los fines del Estado.

Asimismo, el Decreto 1510 de 2013 compilado por el decreto 1082 de 2015, por medio del cual se estableció que el Gobierno Nacional a través del Decreto Ley número 4170 de 2011 creó Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, que como se mencionó anteriormente fue creada como un ente rector para la contratación pública, para desarrollar e impulsar

políticas públicas y herramientas orientadas a asegurar que el sistema de compras y contratación pública obtenga resultados óptimos en términos de la valoración del dinero público a través de un proceso transparente, es decir, que este órgano no ejerce una función coercitiva, lo que proporciona son algunas directrices que pueden perfeccionar el proceso de adquisición.

Que en desarrollo del Decreto-ley número 4170 de 2011 la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– definió los lineamientos técnicos, conceptuales y metodológicos para la consolidación de un sistema de compras y contratación pública.

Concluyendo este acápite se ha de indicar; que el análisis del sector es un eje estructural e indispensable en la fase de planeación.

Asimismo, cabe resaltar que el estudio del sector es relevante, dado que se establecen las bases para la adquisición de los bienes y/o servicios, donde claramente podemos evitar una pérdida patrimonial.

Por último, cabe resaltar que no es de obligatorio cumplimiento acatar las directrices que imparte la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, toda vez tiene una facultad regulatoria pero no es vinculante. Sin embargo se considera importante que las entidades estatales tengan en cuenta esta los lineamientos de esta agencia, ya que participa en la elaboración de mejores prácticas para la contratación, la creación de instrumentos que permitan una mejor comprensión y aplicación de las normas existentes.

III) El análisis del sector como premisa para la escogencia del contratista y la celebración adecuada del contrato.

Para iniciar el estudio de este capítulo, se ha de indicar que la contratación pública en Colombia puede ser un generador de un presunto daño patrimonial al

Estado, pues con frecuencia se expone a la luz pública la insuficiencia en la planeación del contrato que se denota en la deficiencia de su ejecución, ya sea por incumplimiento en el tiempo, en la etapa pre contractual, contractual y pos-contractual, por factores de corrupción principalmente por inaplicabilidad del principio de planeación, eficiencia y otros postulados relevantes.

Se considera que tales deficiencias pueden obedecer a la falta de control, a la falta de obligatoriedad de los lineamientos que expide la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, a la falta de aplicación y armonización de los principios de la contratación estatal, la ausencia de personal idóneo en la etapa precontractual, entre otros aspectos.

Y en este punto cabe resaltar lo expuesto por la doctrina, cuando señala que el mecanismo del daño es doble, dado que la vía más común es que los empleados públicos responsables de la contratación, causan el daño antijurídico a los contratistas por la negligencia, el desconocimiento de las normas o debido a la rigidez de las mismas, se denota desde la planeación en algunos casos, en razón a un mal estudio realizado o inducido por las diferentes personas que participan incluso en el estudio de mercado. (Gorbaneff y Cabarcas, 2009, pg 2).

De ahí la necesidad de que las entidades además, cuenten con personal idóneo, preparado, ético y transparente para desarrollar la etapa del estudio del sector, pues el desconocimiento de los lineamientos para esta etapa, puede llevar a las consecuencias mencionadas.

Ahora bien, se ha de indicar que una de las razones por las cuales ocurre el posible detrimento patrimonial del Estado, es la corrupción, un fenómeno que no es indiferente para la sociedad que con frecuencia evidencia su crecimiento. Es una transacción entre un agente público y un agente privado, mediante la cual el

primero obtiene del segundo un beneficio particular ilícito, pecuniario o no pecuniario, a cambio de un "servicio" público privilegiado (Zegara, 1999, p. 10).

Dicho lo anterior, resulta prudente exaltar el principio de eficiencia, al ser un postulado que permite establecer medidas para el desarrollo del estudio del sector, previniendo consecuencias como las expuestas.

Safar Monica, expone la eficacia como un principio destacado para el análisis previo a la toma de cualquier decisión de los costos esperados respecto de los beneficios que se busca obtener, a partir de una estructura de información determinada y unos recursos escasos, realizar un análisis costo beneficio (Gamboa, 2010, pág. 219)

Así pues, profundizando el estudio del sector y partiendo desde la eficiencia, en lo que respecta a los precios, la entidad podrá realizar una comparación absoluta y una relativa de precios, en la primera se realiza con base al estudio del sector efectuado en los estudios previos y aterrizados a cada una de las ofertas presentadas, es decir con mayor profundidad, y la segunda se efectuará solamente comparando las ofertas presentadas por los demás proponentes. (Eficiente, Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación., 2017).

De conformidad con la Guía Ofertas artificialmente bajas de Colombia Compra Eficiente, la oferta resulta artificialmente baja cuando el precio presentado, puede no ser suficiente para satisfacer la necesidad y garantizar la ejecución del contrato con base a la etapa precontractual especialmente en el estudio del sector.

Los efectos de estas ofertas son los sobrecostos en los que se puede incurrir posteriormente y distorsiones del mercado. Las causas de una oferta

artificialmente baja: el proponente desconoce los costos del contrato, utiliza su oferta como estrategia, y el oferente pretende debilitar a los otros proponentes. (Eficiente, Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación., 2017).

Para contrarrestar las falencias anotadas, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente ha establecido herramientas que permitan identificar ofertas que pueden ser artificialmente bajas; i) promedio del valor de las ofertas, se considera deben tener un valor cercano o uniforme, y según la ecuación establecida por la guía en mención, existe un valor mínimo aceptable, que permita la ejecución efectiva del contrato. ii) mediana del valor de las ofertas, es la posición central para un conjunto de datos ordenados, iii) desviación estándar del valor de las ofertas, iv) diferencia entre el costo estimado del contrato y el promedio o mediana del valor de las ofertas para calcular el valor promedio de las ofertas, con el valor considerado para el contrato, v) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el promedio del valor de las ofertas, vi) diferencia entre el valor de la oferta que puede ser artificialmente baja y el costo estimado del contrato, vii) información histórica de ofertas y contratos del objeto del Proceso de Contratación.

Aunque las circulares, guías, y en general los lineamientos y directrices expedidas por la Agencia, no sean de obligatorio cumplimiento como esta misma lo predica, si es necesario que las entidades las adopten, de manera juiciosa y exhaustiva, y esto en todas las modalidades de contratación, especialmente, prestar una mayor atención a las de contratación directa y mínima cuantía, pues, al ser estas las más aplicadas, pueden generan un mayor impacto en el presupuesto de las entidades, y un consecuente detrimento patrimonial al no realizar un adecuado y oportuno estudio del sector.

Visto lo anterior, se ha de indicar que la normatividad contractual pública en Colombia en la actualidad adolece de graves problemas de eficiencia. La concepción económica de este principio se constituye en una herramienta vital para la consolidación de una contratación pública transparente, con lo cual el diseño de la regulación en esta materia, debe considerar los efectos de cada una de las reglas creada en los destinatarios de ellas con el fin de incentivarlos a celebrar contratos preparados y planeados (Gamboa, 2010, págs. 232-234)

Así pues, la estructuración de la regulación en materia de contratación estatal demanda de forma perentoria la obligatoriedad en la aplicación de los principios establecidos para la etapa contractual, además se debería exigir la conformación de un cuerpo jurídico, económico y técnico según la correspondiente contratación, en cada entidad que tome en consideración de la adquisición, garantías, costos y beneficios en todos los aspectos de la misma, en todas las modalidades de contratación, con miras a la conformación de reglas que generan incentivos tanto en las entidades públicas contratantes como en los oferentes y contratistas de la administración para el diseño correcto y preciso de los objetos contractuales, de la adecuada realización del estudio del sector y la presentación de propuestas serias y completas que minimicen las inversiones posteriores y que en efecto, atiendan de una prestación de servicios públicos y sobre todo eficiente.

Ahora bien, si no se hace un análisis del sector adecuado se van a presentar y calificar proponentes con ofertas que no permiten una escogencia adecuada, toda vez que existe la posibilidad en la cual los precios no se ajusten a la realidad.

Respecto del precio, la entidad podrá realizar una comparación absoluta y una relativa de precios, en la primera se realiza con base al estudio del sector efectuado en los estudios previos y aterrizados a cada una de las ofertas presentadas, es decir con mayor profundidad, y la segunda se efectuará

solamente comparando las ofertas presentadas por los demás proponentes. (Eficiente, Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación., 2017).

No obstante, la normatividad contractual pública en Colombia en la actualidad adolece de graves problemas de eficiencia. La concepción económica de este principio se constituye en una herramienta vital para la consolidación de una contratación pública transparente, con lo cual el diseño de la regulación en esta materia, debe considerar los efectos de cada una de las reglas creada en los destinatarios de ellas con el fin de incentivarlos a celebrar contratos preparados y planeados (Gamboa, 2010, págs. 232-234).

Así las cosas, la estructuración de la regulación en materia de contratación estatal demanda de forma perentoria la obligatoriedad en la aplicación de los principios establecidos para la etapa contractual, además se debería exigir la conformación de un cuerpo jurídico, económico y técnico según la correspondiente contratación, en cada entidad que tome en consideración de la adquisición, garantías, costos y beneficios en todos los aspectos de la misma, en todas las modalidades de contratación, con miras a la conformación de reglas que generan incentivos tanto en las entidades públicas contratantes como en los oferentes y contratistas de la administración para el diseño correcto y preciso de los objetos contractuales, de la adecuada realización del estudio del sector y la presentación de propuestas serias y completas que minimicen las inversiones posteriores y que en efecto, atiendan de una prestación de servicios públicos y sobre todo eficiente.

Así pues, si la ejecución del contrato se realiza partiendo de un adecuado análisis del sector, se reduciría la posibilidad de efectos adversos para el contrato que conllevarian al incumplimiento del mismo de forma parcial o total, propiciando modificaciónes y/o adiciones que puedan inestabilizar la etapa contractual, o inclusive que se impida iniciar la misma ejecución.

Aunado a lo anterior, se ha de señalar que efectuar un análisis del sector integral en la fase de planeación, permitiría tener ofertas acordes al mercado real, pero además y lo más importante, se garantizaría la finalidad del contrato estatal en términos de eficiencia, reduciendo la posibilidad de un detrimento patrimonial para el estado.

Finalmente, con la proyección de esta investigación se ha intentado sugerir alguno lineamientos que junto con aplicados al análisis del sector permitirán que este sea desarrollado de forma eficaz.

CONCLUSIONES

En cumplimiento del principio de planeación, además del contenido que se debe desarrollar con el estudio del sector, debe existir una verdadera justificación y necesidad para la ejecución del contrato, ya que una deficiente planeación conllevaría incluso a la nulidad del contrato y a posibles investigaciones a los intervinientes en el proceso.

El análisis del sector es un eje estructural de la fase de la planeación, ya que de allí podemos establecer que es la columna vertebral del proceso de contratación toda vez que establece el análisis del mercado, de la oferta y de la demanda, ya que nos entrega una noción del producto o servicio a contratar, en la cual se identifique su costo promedio, los oferentes potenciales, los intermediarios que pueden tener e inclusive el índice de riesgo en la contratación.

Si bien es cierto la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, no tiene la facultad de expedir normas jurídicas y de obligatorio cumplimiento, si no que participa en la elaboración de mejores prácticas para la contratación, la creación de instrumentos que permitan una mejor comprensión y aplicación de las normas existentes, así mismo es de tener en cuenta que existe una pirámide kelseniana que debe primar, es decir, si las guías o circulares no son claras, se debe aplicar lo establecido en la norma.

Teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el estudio del sector, se hace necesario verificar cuidadosamente la elaboración del mismo, en aras de garantizar los principios que rigen la contratación y así garantizar una escogencia objetiva del futuro adjudicatario y así disminuir el margen de posibles

modificaciones al contrato que sean fruto de una indebida planeación en la elaboración del estudio del sector.

Es un deber de las entidades estatales, de acuerdo al principio de planeación contractual realizar el análisis del sector para conocer el sector relativo al objeto del proceso. Esto teniendo en cuenta que si no se realizar con el deber objetivo de cuidado tendría consecuencias que afectan la ejecución del contrato.

Bibliografía

Acevedo, A. R. (2009). *Contratacion Estatal Teoria General Especial.* Bogotá: Ibañez.

Beltrán, G. S. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Publico.* Bogotá: Legis.

Camacho, E. M. (2012). *Manual de contratación de la administracion publica reforma de la Ley 80 de 1993.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Castro, I. D. (2015). *Contratación Segura.* Bogotá: Instituo de Seguridad Juridica y Probidad.

Dávila, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.

Eficiente, C. C. (27 de 12 de 2013). *Colombia Compra Eficiente.* Obtenido de ttps://www.colombiacomprha.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/manual_minima_cuantia_r.pdf

Eficiente, C. C. (27 de 12 de 2013). *Colombia Compra Eficiente.* Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compra-eficiente

Eficiente, C. C. (28 de 12 de 2017). *Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en procesos de contratación.* Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_artificialmente_bajas_esp.pdf

Eficiente, C. C. (26 de 12 de 2017). *Guia para la elaboracion de estudios del sector.* Obtenido de Guia para la elaboracion de estudios del sector: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guia_estudio_sector_web.pdf

Forero, J. C. (2017). *Aspectos Penales de la contratación estatal*. Bogotá: Ibañez.

Gamboa, J. O. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Garcia, J. A. (2010). La importancia de la planeacion financiera en la elaboración de los planes de negocio y su impacto en el desarrollo empresarial. *Revista Facultad de ciencias economicas investigacion y reflexion , Vol. XVIII (1), Junio(*, 183.

Gómez, I. D. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos*. Bogotá: Legis.

Hincapié, J. A. (2014). *La contratación de las entidades estatales.* Bogotá: Libreria Juridica Sanchez R. LTDA.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa, J. B. (2016). *Perspectivas de una Reforma Estudios de DErecho Administrativo A partir de la Obra de Eberhard Schmidt Assmann.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Juan Carlos Henao, A. R. (2018). *Corrupción en Colombia Toma IV Corrupción, estado e instrumentos Juridicos.* -bogotá: Universidad Externado de Colombia .

Lucas, C. P. (2012). *Contratación Publica.* Bogotá: Nueva júridica.

Mejía, A. M. (2014). *Nuevo sistema de compra y contratos de la administración pública.* Bogotá: Biblioteca juridica Dike.

Rosero, B. C. (2016). *Contratación Estatal. Manual teórico – práctico*. Bogotá: Ediciones de la U.

Safar, M. S. (2014). Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Serrano, S. Y. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva legislación.* Bogotá: Ibañez.

Tamayo, M. F. (2016). *Evaluación y rechazo de ofertas en la ley 80 de 1993.* Bogotá: Libreria juridica Sanchez R Ltda.

Trenzano, J. M. (2000). *Investigacion de mercados estrategica.* Barcelona: Gestión.

Referencias Jurisprudenciales

Corte Constitucional de Colombia. (03 de Julio de 2002). *Relatoria Corte Constitucional.* Obtenido de Relatoria Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-508-02.htm

Corte Constitucional de Colombia. (03 de Julio de 2002). *Relatoria Corte Constitucional.* Obtenido de Relatoria Corte Constitucional: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-508-02.htm

Enrique Gil Botero , 25000-23-26-000-1995-10866-01(26332) (Consejo de Estado Seccion 3 Subseccio C 12 de agosto de 2014).

Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 66001-23-31-000-1998-00685-01(26637) (Consejo de Estado Seccion Tercera Subseccion C trece de junio de 2013).

Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) (Consejo de Estado Seccion Tercera Subseccio C 24 de abril de 2013).

Miryam Guerrero de Escobar, 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603) (Consejo de Estado primero de diciembre de 2008).

Olga Melida Valle de la Hoz, 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) (Consejo de Estado Seccion Tercera Subsección C 31 de enero de 2011).