

FICHA TÉCNICA PARA INFORME AL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL DEL MUNICIPIO DE PASTO

DEPENDENCIA QUE PRESENTA EL INFORME: Oficina de Asesoría Jurídica del Despacho del Alcalde de Pasto - Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Pasto.

FECHA DE PRESENTACIÓN DEL INFORME: 20 de noviembre del 2024.

TEMA: Lineamientos respecto a la obligación legal de contar con los estudios previos para justificar la ejecución de una obra o proyecto de infraestructura para garantizar el principio de transparencia de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

TIPO DE PROCESO: Justificación de la etapa pre-contractual frente a los contratos de infraestructura, en las diferentes dependencias de la administración municipal de Pasto.

OBJETO DEL INFORME: Actualizar con fundamento en la nueva normatividad legal vigente en lo relacionado con los diferentes componentes como análisis de mercado, precios, condiciones de favorabilidad para la entidad estatal y ofrecimiento de los mejores precios garantizando el principio de eficacia, eficiencia, economía y publicidad establecidos en el Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

De acuerdo con lo que ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiterados fallos, el no contar con unos estudios previos confiables, precisos e idóneos podría configurarse en un hecho al margen de la ley y desde la órbita del derecho penal podría encajar en una indebida celebración de contratos estatales. Existen varias directivas presidenciales, como la 01, la 02, de igual manera existen lineamientos precisos expedidos por la Procuraduría General de la Nación y el máximo Tribunal en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y del Consejo de Estado, como medida para la prevención del daño antijurídico en materia contractual, la planeación de los procesos contractuales de la Entidad, a fin de eliminar, en lo posible, o mitigar y controlar los riesgos que de la contratación puede originar para la Entidad, para contratistas y para terceros, puntualizando como requisito imprescindible la fase pre-contractual, es decir, antes de adjudicar un contrato, el de la justificación con los estudios previos.

JUSTIFICACION: Los estudios previos deben ser elaborados por un comité especializado idóneo, que conozcan todos los pormenores de la contratación estatal y que actúen en cumplimiento del principio de moralidad, que es uno de los principios o normas rectoras en el componente de la contratación estatal en Colombia, más cuando, los estudios previos servirán de base para la elaboración del pliego de condiciones, o del contrato a suscribir.

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Ley 80 de 1993 establece los principios generales y reglas fundamentales para la contratación pública, de esta manera ofrece los elementos de selección que permiten escoger el mejor ofrecimiento para cumplir los fines estatales en materia contractual. En este mismo sentido la jurisprudencia ha registrado que una apropiada selección del contratista ayuda al buen desarrollo de la función administrativa, la cual debe hacerse con criterios objetivos y en concordancia con los principios que rigen la contratación pública, artículos 23 y 24 del estatuto de contratación administrativa.

De esta manera todos los procesos contractuales deben estar condicionados a lo establecido por los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, es decir a los principios generales de la contratación, como lo son el de planeación, economía, publicidad y selección objetiva del contratista, que obligan a la administración a garantizar transparencia durante el proceso de selección del interesado, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido.

El proceso de selección debe someterse a los principios de economía, transparencia, responsabilidad, del deber de selección objetiva, pero debe cumplir con los elementos de la etapa precontractual del proceso de contratación. Esto se infiere de los numerales 7 y 12 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, que regulan el principio de economía -común a toda forma de contratación-, y en los numerales citados se dispone, en particular, que con *"la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato"*, se harán los estudios previos necesarios para el proceso. Los dos numerales mencionados aluden: **i)** al proceso de selección o **ii)** a la firma del contrato, según el caso; precisamente porque la ley entiende que no siempre los contratos están precedidos de una selección complicada, sino que, en ocasiones, la modalidad es sencilla al punto que no requiere de un procedimiento complejo de escogencia.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

En ese orden de ideas, el principio de planificación en materia contractual es uno de los pilares que se convierte en un elemento primordial, pues es a partir de este que se racionaliza el gasto público, por lo tanto, debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica y el impacto social. Es así como debe existir una sólida justificación del gasto con el objeto de optimizar el manejo de los recursos estatales. En tal virtud, con anterioridad a la apertura del proceso de selección del contratista, la entidad contratante debe elaborar los estudios previos necesarios que permitan establecer la conveniencia, las necesidades y los servicios o los bienes que pretenda contratar.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

Para garantizar el cumplimiento del principio de responsabilidad los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista (Nos. 1 y 8 art. 26); responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas (No. 2 ídem); verbigracia, cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos (No. 3 ídem).

PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

La selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que, sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de

los fines estatales perseguidos con la contratación pública. (...) **el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás**, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

El principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 garantiza otros principios, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, para lo cual se instrumenten procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas y controvertibles por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta.

CONCEPTO FUNDAMENTADO Y RECOMENDACIONES PARA LA PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN MATERIA DE ESTUDIOS PREVIOS PARA JUSTIFICAR LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA O PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA

El presente informe presenta una actualización de las recomendaciones y lineamientos que las dependencias de la Alcaldía Municipal de Pasto encargadas de suscribir estudios previos para justificar la ejecución de una obra o proyecto de infraestructura, y que deben aplicarse, con el fin de prevenir el daño antijurídico que generen para la entidad la obligación de generar procesos judiciales y la consecuente repetición en dichos supervisores.

Sobre el tema, independientemente de la modalidad de selección que proceda, **resultan OBLIGATORIOS los estudios previos, para todos los eventos contractuales, con la única salvedad de la contratación por URGENCIA MANIFIESTA**, de modo que son documentos esenciales para la contratación en atención a los fines de la administración pública, **ya que esto no puede obedecer al capricho o voluntad de quienes la celebran, sino que su realización debe motivarse de manera muy clara y precisa en los estudios previos.**

Ahora bien, el inciso segundo del numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 dispone que *“de conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta Ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad”*.

Para mayor claridad se enuncian las actividades a desarrollar en la Etapa Precontractual con su responsable, así:

1. Pretensiones y cuantía:

Se pretende a través de esta ficha metodológica asegurar el cumplimiento del manual interno de contratación de la Alcaldía Municipal de Pasto, en cuanto corresponde con las obras de contratación directa, mínima cuantía, subasta inversa, licitaciones públicas, selección abreviada, concurso de méritos, entre otras definidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 del 2007, aplicable en especial a la Secretaría de Infraestructura y Valorización y extensiva para otras dependencias que integran la parte o gestión administrativa en el Municipio de Pasto.

2. Hechos en los que se fundamentan estas consideraciones:

Teniendo en cuenta solicitudes de profesionales del derecho y personal de apoyo en la gestión contractual de varias oficinas de la Alcaldía Municipal de Pasto, se hace indispensable contar con este elemento o herramienta de carácter jurídico en lo relacionado con las fichas metodológicas en relación con las fichas mejor de seguimiento en materia de contratación pública para que estén en plena armonía con el principio de transparencia, que es un principio definido en la Constitución Política de 1991, las reglas que se establecen allí son la Ley 80 de 1993, Ley 1150 del 2007, Jurisprudencia del Consejo de Estado y Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, son 5 elementos, los constitutivos de los estudios previos.

1. Primero, justificación real de la necesidad para adjudicar un contrato.
2. Análisis de los estudios de mercado, estudios de suelo, estudios ambientales, sociales, geotécnicos, hidráulicos, hidrológicos, de prefactibilidad, de factibilidad.
3. Análisis del costo-beneficio e impacto social.
4. Proteger el patrimonio público de la Alcaldía Municipal de Pasto.
5. Evitar acciones judiciales que podrían originar millonarias indemnizaciones que deberían ser cubiertas por parte de la Administración Pública Municipal.

NORMAS QUE RIGEN LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTUDIOS PREVIOS

Ley 80 del 1993, Ley 1150 del 2007, manual interno de contratación de la Alcaldía Municipal de Pasto, fallos, jurisprudenciales del Consejo de Estado y lineamientos definidos por la Procuraduría General de la Nación.

En ese contexto se requiere tener como punto de referencia autorizaciones, aprobaciones, estudios de mercado, diseños, análisis del sector, matriz de riesgos y el certificado de disponibilidad presupuestal que sirvan de soporte para la contratación. En algunos casos se recomienda también el registro de tesorería, que es el que individualiza la obligación, similar al registro presupuestal, que justifica que determinado compromiso financiero tenga un respaldo de liquidez financiera en cualquier entidad bancaria, todos estos elementos sirven de soporte para la contratación estatal.

En concordancia con lo anterior, el artículo 72 del Decreto 150 de 1976 preceptuaba que *"no podrá licitarse ni contratarse la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación"*. En el mismo sentido se mantuvo el precepto en el artículo 84 del Decreto - Ley 222 de 1983. Posteriormente el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, reglamentó el tema relacionado con los estudios previos al disponer que:

"En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y acorde al Decreto 1082 de 2015-, en su artículo 2.2.1.1.2.1.1 los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. *La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.*
2. *Objeto a contratar, con sus especificaciones, autorizaciones, permisos, licencias y documentos técnicos.*
3. *La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.*

4. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
5. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
6. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
7. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
8. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista y la forma de mitigarlo
9. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación."

De esta manera, antes de iniciar un procedimiento de selección, la entidad estatal podrá determinar con los estudios previos: **i)** la verdadera necesidad de la celebración del contrato; **ii)** las modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen 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, etcétera, cuya contratación, se haya determinado necesaria, **iv)** los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución del contrato, **v)** la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago producto 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 y **vii)** los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la celebración del contrato que se pretenda celebrar.

Cuando las entidades cumplen con los elementos mínimos establecidos en la norma y aquellos adicionales que identifiquen en la etapa de planeación de los procedimientos de contratación, permiten que los contratos resultantes cuenten con el sustento técnico, económico y jurídico que incidirá en una adecuada ejecución. En cuanto a la responsabilidad de la elaboración de los estudios y documentos previos, corresponde a Dependencia o Departamento Administrativo, que tenga la necesidad de que se celebre el contrato, de acuerdo con las instrucciones y procedimientos establecidos en el Manual de Contratación. De esta manera, de acuerdo con la estructura interna, la elaboración de los estudios previos corresponderá al funcionario responsable de la dependencia con la necesidad a satisfacer.

Al respecto el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ordena 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 Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente dispone de una **«GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS DEL SECTOR»**, instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir para diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la

competencia y manejo del riesgo. En este instrumento se recomienda un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc., lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

A través de la plataforma, **Colombia compra eficiente**, los estudios previos en materia de contratación pública, son aquellos que exigen con rigurosidad un estudio, y se deben evaluar los niveles de conveniencia e inconveniencia con todos los soportes reglamentarios para soportar el inicio al proceso de contratación al interior de la respectiva entidad gubernamental y también se consideran como la columna vertebral para la definición y elaboración del proyecto del pliego de condiciones cuando se trata de procesos de mayor cuantía manejados con la figura de la licitación pública.

En cuanto a las reglas de aplicación teórica o práctica, se deben tener en cuenta las siguientes.

- a. Conocimiento de los componentes de los estudios previos por parte del equipo técnico vinculado en cada una de las dependencias de la Administración Municipal.
- b. Debe existir un proceso de continuidad para evitar situaciones de parcialidad, desconocimiento o que se generen daños con indemnización de perjuicios que afectan el componente presupuestal.
- c. Carácter indefinido, estas disposiciones son ilimitadas e indefinidas en el tiempo, solamente se extinguen en el momento en que se da inicio a un proceso de subasta inversa, concurso de méritos o licitación pública, definidos o reglamentados en la ley 1150 del año 2007
- d. Esfuerzo interinstitucional, todas y cada una de las áreas como ocurre en la actualidad, delegan en la oficina de contratación o en el DAC para la suscripción o perfeccionamiento de los contratos, siempre se debe tener en cuenta el principio de publicidad.
- e. Cláusulas excepcionales de acuerdo con los artículos 14 y 18 la ley 80 de 1993 y también con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, que tiene que ver el primero con la norma de contratación pública y el segundo el Estatuto Anticorrupción, se presentan para evitar inconvenientes o divergencias entre las diferentes partes en la interpretación de las estipulaciones de carácter contractual para evitar diferentes riesgos. Uno de ellos, la paralización del servicio público sobre costos innecesarios o que las obras queden inconclusas.
En cuanto tiene que ver con las garantías, la entidad se adhiere al acuerdo marco de precios, que es el número CCE 538 – 1 – AMP - 2017 de Colombia, compra eficiente, que tiene que ver con el nivel de precios unitarios, precios definitivos dentro del componente de la fase pre-contractual.
- f. La interventoría o supervisión, debe existir un funcionario responsable de viabilizar o dar el visto bueno a los estudios previos antes del proceso licitatorio, cuando haya necesidad también se deberá contar con la respectiva interventoría para el seguimiento del contrato que se va a adjudicar.
- g. El plazo de ejecución del contrato debe estar establecido claramente en los estudios previos.
- h. El lugar de entrega, en donde el beneficiario del contrato o el proveedor se compromete a entregar en determinada fecha y lugar lo relacionado con el contrato y su respectiva ejecución.
- i. Constancia del cumplimiento del deber de analizar el sector o los sectores involucrados, el sector comercial, industrial, de servicios, mano de obra, por parte de las entidades estatales a través de la plataforma virtual, se deberá garantizar en todas sus dimensiones el principio de publicidad.

- j. Luego aparecerá el funcionario que elaboró y su cargo, funcionario que revisa los estudios previos y funcionario que autorizó lo relacionado con la ordenación del gasto.

Sobre los estudios previos, en sentencia del 3 de diciembre de 20071, la Sección Tercera de esta Corporación, consideró:

*"(...)En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25). Reglas éstas que resultan concordantes y se puntualizan en el proceso de la licitación pública en cuanto la apertura del proceso debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad (No. 1 del art. 30); y haber elaborado los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar condiciones objetivas, claras y completas (No. 2 del art. 30). Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato (...) Significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. **De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas**" (Subrayado y resaltado fuera del texto original).*

De esta manera queda claro, 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, economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros.

Los riesgos que puedan presentarse en la contratación estatal, atienden la siguiente clasificación:

- Eventos que alteren el equilibrio económico del contrato, falta de planeación, mayor permanencia en obra, nulidad del contrato.
- Eventos que permitan fijar favorabilidad, solo en procesos de licitación o selección abreviada, mediante la relación costo - beneficio.
- Eventos que se puedan presentar en forma colateral a la ejecución de contratos.
- Eventos que amenacen el éxito del proceso de selección o contratación.

Ahora bien, el artículo 48 numeral 30 de la Ley 734 de 2002 refiere:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, **o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución** o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, **o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. (...)**

34. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar cómo recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento."

Por su parte, el principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. En íntima relación con el principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual "la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa". Así las cosas, "tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas". Dichas reglas son el fundamento de la selección del contratista, pues fijan las pautas que serán aplicadas al momento de la evaluación de ofertas.

Al respecto, Sentencia del primero (01) de diciembre de 2008, explicó que: "Las disposiciones enunciadas son de forzoso cumplimiento no solo cuando la selección del contratista se adelanta mediante el procedimiento de licitación o concurso públicos, sino también cuando la selección se efectúa mediante el procedimiento de contratación directa. Y no podía ser de otra manera puesto que **la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación,** orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.

Como conclusiones podemos mencionar las siguientes:

1. Los estudios previos son el soporte prioritario en la fase pre-contractual y busca establecer la oportunidad y también la conveniencia técnica jurídica financiera

de acuerdo a las necesidades de contratar identificadas por la respectiva entidad.

2. Se recomienda integrar o conformar un equipo multidisciplinario que se encargue de estructurar los documentos pre-contractuales, de la cual forman parte o formarán parte la Secretaría de Hacienda, Departamento de Contratación, delegado del Señor Alcalde, grupos de redes de veeduría ciudadana, entre otros, para garantizar el principio de eficacia de carácter normativo.
3. Todos los estudios previos deben constar por escrito y deben corresponder a la necesidad real, la necesidad objetiva en los términos que ha definido el Consejo de Estado, para viabilizar la ejecución de un determinado contrato o obra o proyecto civil.
4. No necesariamente el factor precio es el determinante a la hora de adjudicar los contratos, pues el componente de precios obedece a una relación directa con el certificado presupuestal de disponibilidad presupuestal más no, con los costos reales de la obra proyecto, no necesariamente la oferta propuesta más económica más barata es la que va a obtener el resultado satisfactorio.
5. Se debe estructurar en aras de prevenir el delito de celebración indebida de contratos o interés ilícito en la celebración de contratos o alguna de las modalidades de peculado, planes de acciones de capacitación, a los miembros del comité multidisciplinario encargado de estructurar los soportes o documentos precontractuales.

¿Cómo se va a implementar esto? Mediante comunicación de parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Pasto a todas las Secretarías e Institutos descentralizados.

En conclusión, 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. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez".

La observación y aplicación acuciosa de las recomendaciones descritas anteriormente permitirán prevenir el daño antijurídico y facilitar la defensa de los intereses del Municipio de Pasto respecto a demandas que interpongan en contra del ente territorial. Por lo cual se debe emitir los lineamientos a que haya lugar para el adecuado y oportuno seguimiento de los procesos precontractuales, la verificación de sus procesos contractuales y procedimientos, la permanente capacitación efectuada por los Secretarios, Subsecretarios y Directores de Departamentos Administrativos con los diferentes funcionarios adscritos a la misma, para el debido ejercicio de sus funciones en lo relacionado con la estructuración de estudios previos, en la fase pre-contractual.

Finalmente, se precisa que la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Pasto, deberá realizar el respectivo seguimiento semestral a las actuaciones que adelanten las diversas Secretarías y Departamentos Administrativos en cumplimiento de los lineamientos respecto a la obligación legal de contar con los estudios previos para justificar la ejecución de una obra o proyecto de infraestructura para garantizar los principios de la contratación estatal.

SEGUIMIENTO

Se hará el seguimiento al cumplimiento de las anteriores directrices de la siguiente forma:

Quién: Secretaría técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Pasto

Periodicidad: 6 meses siguientes a la comunicación del presente informe para su implementación. Semestral para su cumplimiento.

A quienes: Al Departamento Administrativo de Contratación Pública, a la Secretaria de Infraestructura y Valorización, Secretaria de Gestión Ambiental, Secretaria de Planeación, en atención a sus competencias funcionales y legales.

Como: Mediante oficio de reporte de información al Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Pasto

Verificación: Elaboración de los directrices por parte de los Secretarios, Subsecretarios, o Directores de Departamentos Administrativos, la verificación del continuo seguimiento de los procesos pre-contractuales y la realización de capacitaciones realizadas por cada dependencia con el personal técnico, jurídico, administrativo y financiero, para el debido ejercicio de sus funciones en lo relacionado con la estructuración de estudios previos, en la fase pre-contractual.


WILDER CALDERÓN MORILLO
Jefe Oficina de Asesoría Jurídica


JUAN PABLO ORTEGA MORA
Asesor Externo del Despacho


YURI SUÁREZ UNIGARRO
Secretario Técnico Comité de Conciliación y
Defensa Judicial del Municipio de Pasto.

Revisó: Daniela Viviana Yela 
Abogada Oficina de Asesoría Jurídica