LA PLANEACIÓN EN LA LICITACIÓN PÚBLICA: LOS ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS[1]

Mitchelle Rincón Rodríguez[2]

RESUMEN. El Estatuto General de Contratación de la Administración pública establece la necesidad de que las entidades realicen varias actuaciones previas a la apertura del procedimiento de selección y a la celebración del contrato. Las disposiciones tienen la finalidad esencial de que se planee de forma eficiente y suficiente la futura contratación; además, de que lo que se vaya a adquirir tenga las características requeridas para satisfacer la necesidad identificada, y en las mejores condiciones de mercado posibles. Uno de las actuaciones principales que materializan esta exigencia es la elaboración, e incluso publicación de los estudios y documentos previos. De ahí que, en este texto se analizarán, entre otros elementos, su marco normativo, contenido esencial y su composición dogmática.

Introducción

La contratación estatal es la actuación administrativa mediante la cual se ejecuta la planificación del presupuesto y se satisfacen los fines del Estado. La preparación del negocio jurídico es muy anterior a la apertura del procedimiento de selección o la celebración del contrato, en el caso de la contratación directa. La planificación es, en esencia, la materialización de los principios de la función administrativa, mediante la elaboración de los estudios y diseños que se requieran.

Dromi explica que los contratos tienen una *fase preparatoria*, que se cumple preliminarmente a los presupuestos jurídicos requeridos para la manifestación de voluntad final de la Administración. Además, señala que esta es interna, que en ella no intervienen ni participan los oferentes o terceros interesados, y que comprenden: los estudios de factibilidad jurídica, contable, financiera, física, económica y política del negocio, entre otras cosas[3].

---

[1] Este ensayo, escrito para la sesión del 5 de marzo de 2022, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristián Andrés Diaz Diez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es el *Régimen de la Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

[2] Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

[3] DROMI, Roberto. Licitación pública. Buenos Aires: Astrea, 1977. pp. 191-192.

,

Es así que, los documentos previos son la etapa donde se realizan todos los exámenes preliminares que se requieren para identificar de forma completa que con esa contratación se satisface una necesidad que tiene la entidad. Además, que sus características son las requeridas, de forma completa y detallada, que cumple con todas las características exigidas por la ley y por la técnica. Finalmente, que de suscribirse podrá ejecutarse, sin tener ningún tipo de impedimentos legales o facticos. De acuerdo con Dávila Vinueza, equivocaciones en su configuración afectarán la ejecución del contrato, porque podría atrasar su cumplimiento o retrasar los trabajos, también generar mayores costos y suponer responsabilidad contractual[4].

En ese contexto, los documentos y estudios hechos son una manifestación de la diligencia contractual, que obliga a las entidades a tener conciencia plena de los negocios jurídicos que requieren celebrar. También son una actividad interdisciplinaria e integral, pues incluye aspectos muy variados, que exige identificar diferentes líneas de análisis, y aspectos financieros, económicos, jurídicos, financieros y administrativos.

Conforme a la normativa, los estudios y documentos previos también son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato, por lo cual se publican en la etapa precontractual, y según Colombia Compra Eficiente: «[…] tienen la finalidad de servir de motivación para los documentos expedidos unilateralmente por la entidad estatal tales como el acto administrativo de apertura, los pliegos de condiciones y el acto de adjudicación, entre otros»5. De ahí que, la importancia de estos documentos supone su análisis y estudio, por lo que en este texto se analizarán, entre otros elementos, su marco normativo, contenido esencial y su composición dogmática.

1. Marco normativo de los estudios y documentos previos

Como se explicó, la exigencia de realizar estudios y documentos previos está directamente relacionada con la necesidad de planear la actividad contractual; sin embargo, no desarrollan únicamente estos principios, sino que suponen la materialización de otros. De esta forma, el marco normativo de la figura tiene su primer nivel en la Ley 80 de 1993, y se encuadran directamente en la regulación de los principios de la contratación.

[4] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

[5] COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 9 de octubre de 2019. Radicado: 2201913000007547.

Las reglas relativas al principio de economía establecen que, en razón de esto, . Además de esto, dispuso que previo a la apertura de un procedimiento de selección, o a la firma del contrato en el caso de la contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, según corresponda –numeral 12, artículo 25–. Además, que cuando el objeto de la contratación incluya la construcción de una obra, en la misma oportunidad –antes de iniciar el procedimiento o la firma del contrato–, la entidad contratará los estudios y diseños que le permitan determinar la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental –numeral 12 *ibidem*–. Esta condición aplicará, incluso, a los contratos que incluyan el diseño en el objeto –numeral 12 *ibidem*–.

Adicionalmente, como concreción del principio de responsabilidad, se dispuso que las entidades y los servidores públicos responderán por abrir licitaciones sin la elaboración previa de los pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones necesario –numeral 3, artículo 23–. Posteriormente, señaló que en el caso que la adjudicación se haga en audiencia pública, según lo definido en el artículo 273 de la Constitución, en ella participará el jefe de la entidad, o quien haya delegado, y además podrán intervenir los servidores públicos que elaboraran los estudios y evaluaciones, los proponentes y las personas que deseen asistir –numeral 10, artículo 30–.

También se encuentra fundamento normativo en la regulación de la Ley 1150 de 2007. En esta se estableció que con el propósito de suministrar al público en general la información para formular las observaciones a su contenido, las entidades publicaran los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, y con ellos se publicaran los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración –artículo 8–.

El marco normativo continúa desarrollándose en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015. Allí se definen a los estudios y documentos previos como parte de los *Documentos del Proceso* –artículo 2.2.1.1.1.3.1.–. En otra disposición –no aplicable a la mínima cuantía– se determinó que son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, el pliego de condiciones y el contrato. También que deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del procedimiento de contratación y contener, como regla general, unos elementos determinados –además de lo dispuesto para cada modalidad de selección–.

Para empezar, tiene que contener la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer. A continuación, el objeto que se contratará, sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias que se requirieran; y si incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. Como se explicó, la finalidad de estos documentos es identificar todas las características debería tener la contratación para satisfacer la necesidad que tenga la entidad, y además, garantizar que lo contratado se ejecute de forma efectiva, por

lo cual, es completamente comprensible que se requiera la identificación de todos los permisos y autorizaciones que requiera.

Estos últimos –los permisos y autorizaciones– no se limitan a un solo aspecto, sino que también tienen una dimensión interdisciplinaria, porque podrían identificarse permisos y licencias de carácter técnico, por ejemplo, aquellas que tiene que expedirse para la construcción de una obra, tanto los urbanísticos, estructurales y ambientales. Sin embargo, también pueden requerirse autorizaciones jurídicas, como podría ser el caso de las que requiere el alcalde o el gobernador del consejo o la asamblea, respectivamente, para la suscripción de ciertos negocios jurídicos.

También la modalidad de selección del contratista y su justificación, adicionando los fundamentos jurídicos. El valor estimado del contrato con su justificación, y sí son precios unitarios, se incluirá la forma como se calcularon y soportará los presupuestales en la estimación de aquellos. Ahora, si es una concesión no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración. En este caso, similar al plan anual de adquisiciones, el cual también lo establece en términos *estimativos*. No obstante, se considera que no tiene el mismo alcance, pues en estos la planeación y el objeto de contratación están menos identificados, ocasionando que sea imposible tener precisión completa, pero para los estudios previos el negocio estará mucho más identificado, con ocasión a los estudios de mercado que se hayan adelantado, pero sin pretender que sea el valor final del contrato. Este puede variar debido a observaciones que se presente, o incluso, a el mecanismo de oferta de los proponentes, sobre todo en aquellos que tienen configuración dinámica de la oferta.

Adicionalmente, se integrarán los criterios para seleccionar la oferta más favorable; asimismo, el análisis de riesgos y la forma de mitigarlos. Igualmente, las garantías que la entidad prevé exigir y, finalmente, la identificación de si el procedimiento está cubierto por un acuerdo comercial –artículo 2.2.1.1.2.1.1.–[6].

---

[6] La disposición determinó que: «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. *Estudios y documentos previos*. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

»1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

»2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

»3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

»4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma

Como se identificó, la disposición anterior no aplica a la mínima cuantía, sino que esta modalidad tiene regulación especial. En este procedimiento los estudios previos contendrán, como mínimo: *i)* la descripción de la necesidad que pretende satisfacer; *ii)* la descripción del objeto, identificándolo con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible, de lo contrario, con el tercer nivel; *iii)* las condiciones técnicas exigidas; *iv)* el valor estimado del contrato y su justificación; *v)* el plazo y *vi)* el certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación –artículo 2.2.1.2.1.5.1.–.

De lo dispuesto en el artículo se destaca, primero, que la lista de elementos incluidos es enunciativa, pues se estableció en términos de «mínimos», es decir, que la entidad podría incluir más información. Lo anterior en comparación con la regulación general, porque allí se enumeran unos requisitos, y se aclara que tendrán como adicionales los consagrados en cada modalidad de selección, es decir, que con esto se indicaría que lo incluido es reglada.

Adicionalmente, para la mínima cuantía se requiere contar con el certificado de disponibilidad presupuestal, diferenciándose con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, donde se estableció que no era obligatorio contar con la disponibilidad presupuestal para publicar el proyecto de pliegos, lo cual se hace de forma concomitante con los estudios y documentos previos. Sin embargo, no se considera que el Decreto reglamentario contrarie la ley, porque en esta se determinó que no era necesario contar con la disponibilidad, no que se proscribía que fuera así.

En la normativa relativa a la contratación directa, se definió que si la causal es la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declaré será el de justificación, y además releva a la entidad de la obligación de elaborar los estudios y documentos previos –artículo 2.2.1.2.1.4.2–. Por otro lado, estableció que los estudios y documentos previos elaborados no son públicos en: *i)* la contratación de empréstitos, *ii)* los contratos interadministrativos celebrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República y *iii)* los contratos de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección –artículo 2.2.1.2.1.4.3–. Otra regla adicional de la

---

como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

»5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

»6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.

»7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.

»8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

»El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía».

contratación directa es que la exigencia de garantías no es obligatoria, y la justificación de solicitarlas o no se incluirá en los estudios y documentos previos –artículo 2.2.1.2.1.4.5.–.

Dentro de los contratos de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, para la contratación de trabajos artísticos que solamente se pueden encomendar a determinadas personas naturales, tiene que justificarse en los estudios y documentos previos –artículo 2.2.1.2.1.4.9., inciso final–. Cuando se trata de enajenación de bienes del Estado, los estudios y documentos previos contendrán, además de los elementos de la regla general –artículo 2.2.1.2.1.1.–, el avalúo comercial del bien y el precio mínimo de venta, obtenido según las reglas del título donde está contenido –artículo 2.2.1.2.2.1.7.–.

2. Aspecto dogmático de los estudios y documentos previos: obligatoriedad de elaboración y publicación

Como se describió, el desarrollo directo del principio de economía exige que las entidades examinen la conveniencia del objeto a contratar, y que haya definido las autorizaciones o aprobaciones requeridas, con anterioridad al inicio del procedimiento de selección o a la suscripción del contrato, según sea el caso –artículo 25 de la Ley 80–. Así, es necesario que se hayan elaborado los estudios, diseños y proyectos requeridos.

De acuerdo con esto, y con la comprensión sistemática del marco normativo, se considera que la *regla general* es que la elaboración de los estudios y documentos previos es obligatoria para todas las modalidades de selección y objetos contractuales. Palacio Hincapié reconoce esta característica de los documentos, resaltando que lo son, cualquiera que sea la forma de seleccionar al contratista –licitación, concurso, selección abreviada o contratación directa–, y agrega que será más exigente su presencia atendiendo a la naturaleza del objeto o de la necesidad que se quiere satisfacer. Resalta que son menos complejos aquellos que tienen un objeto sencillo o elemental, y que su justificación o conveniencia se deduce de la misma contratación[7].

En esa medida, siempre que una entidad vaya a contratar un bien, obra o servicio tendrá que realizar los estudios y documentos previos. En la mayoría de los casos, aquellos que requieran la selección con pluralidad de oferentes, se tendrán que hacer con anterioridad a la apertura formal del procedimiento para elegirlo; mientras que, en aquellos que no la requiere –contratación directa– se elaborarán con anterioridad a la celebración del contrato.

[7] PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. p. 267.

Como lo anunciaba Palacio Hincapié, la complejidad del objeto contractual influye directamente en la de los estudios y documentos previos. En el caso de las contrataciones que tengan por objeto la construcción de una obra se requiere que la entidad tenga los estudios y deseños que viabilicen el proyecto y su impacto social, económico y ambiental –artículo 25, numeral 12–. La disposición es el reflejo de la necesidad que tiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y la misma gestión administrativa, de que lo que se contrate pueda, finalmente, ejecutarse. Por esta razón es imperativo que la entidad haya comprobado la posibilidad de que el proyecto se ejecute efectivamente, que no llegue a adjudicarse un contrato irrealizable.

También se determinó que cuando el contrato de obra supere la menor cuantía de la entidad, sin importar la modalidad de selección, al elaborar los estudios previos la entidad tendrá que incluir un pronunciamiento sobre la necesidad de vigilarlo mediante la interventoría –Ley 1474 de 2011, parágrafo 1, artículo 83–[8]. En este caso no se obliga a contar con la interventoría, pero si a realizar un pronunciamiento independiente sobre ella en los estudios; adicionando, de esta forma, un elemento más a los definidos en el Decreto 1082 de 2015.

Sin embargo, la *regla general* tiene una excepción determinada por la ley. En el caso de la contratación directa, cuando la causal es la contratación directa, entonces, no está obligada a *elaborar* los estudios y documentos previos. Se considera que la excepción es más que justificada. Si bien la exigencia de elaborar estos documentos se deriva de la materialización de ciertos principios como el de economía y planeación, las situaciones que justifican esta causal de contratación directa son excepcionales y requieren la actuación inmediata de la Administración, siendo la expresión de otros principios constitucionales. Específicamente, actuar frente a las razones que dan lugar a la causal buscan preservar el interés general, y la imprevisibilidad e inmediatez de las adquisiciones ocasiona que prevalezca la celeridad y eficiencia, frente a la planeación y economía.

La *regla general* solamente tiene esa excepción, en los demás casos es necesario que se elaboren los estudios y documentos previos. La omisión de su

---

[8] La norma establece que: «ARTÍCULO 83. Supervisión e interventoría contractual**.** Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

»[…]

»Parágrafo 1. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría».

elaboración no tiene una repercusión directa en el procedimiento de selección o en el contrato, porque con esto no incurría en ninguna de las causales de nulidad. Estas se identificaron en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, allí se definió que son *absolutamente nulos* en los casos previstos en el derecho común y cuando: *i)* se celebran con personas incursas en las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, *ii)* se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, *iii)* se celebren con abuso o desviación de poder, *iv)* se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y *v)* se celebren con desconocimiento de los criterios del artículo 21, sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras, o con violación de la reciprocidad.

Para llegar a la conclusión de que el contrato no estaría viciado de nulidad ante la omisión del estudio previo, es necesario examinar si contiene los elementos de validez del negocio jurídico. El Código Civil estableció que son nulos aquellos que se celebren por personas absolutamente incapaces, cuando tengan objeto o causa ilícita, o cuando omitan algún requisito o formalidad que la ley imponga –artículo 1741–. En este caso no se materializa ninguna de las causales, y por lo tanto, desde el análisis de las causales ordinarias el contrato seguiría siendo válido. Posteriormente, habría que determinar si está incurso en cualquiera de las otras causales dispuestas en el artículo 44 de la Ley 80. Se considera que tampoco se configura ninguna de estas, porque la inexistencia del estudio no se circunscribe a ninguna de la consagradas.

Aunque no existan repercusiones para el negocio, eso no supone que la omisión de la obligación legal no tenga consecuencias, sino que serán de carácter personal, es decir, recaerán sobre el servidor público. La Ley 734 de 2002, numeral 30, artículo 48, y la Ley 1952 de 2019, numeral 2, artículo 54, consagraron que constituye falta el intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

Otra obligación que se constituye respecto de los documentos y estudios previos es publicarlos. También se constituye como *la regla general*, porque la mayoría de los que se hagan en la planeación de los procedimientos de selección y contratos tendrán que publicarse, conforme a la Ley 1150 de 2007, inciso 3, artículo 8, y el artículo 2.2.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015. No obstante, esa regla también tiene una excepción, concretamente: *i)* la contratación de empréstitos, *ii)* los contratos interadministrativos celebrados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República y *iii)* los contratos de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección –artículo 2.2.1.2.1.4.3–.

Bibliografía

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

DROMI, Roberto. Licitación pública. Buenos Aires: Astrea, 1977. 586 p.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., 2020. 859 p.

Conceptos

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto del 9 de octubre de 2019. Radicado: 2201913000007547.