

Planeación contractual y redes de servicios públicos domiciliarios

JOSÉ EUDORO NARVÁEZ VITERI¹

RESUMEN

El presente artículo destaca el preocupante incremento de la inversión pública en obras de infraestructura por deficiencias en la etapa de estudios y diseños, particularmente en redes de servicios públicos domiciliarios. Algunas ciudades carecen de planos técnicos reales y actualizados de las redes subterráneas, especialmente en las antiguas. De ahí que, sin información fidedigna, resulta difícil exigir a los contratistas consultores unos adecuados estudios y diseños de redes de servicios públicos en evidente contradicción con el principio de planeación contractual.

Palabras clave: planeación contractual, redes de servicios públicos domiciliarios, prefactibilidad, factibilidad, estudios y diseños

PLANNING CONTRACT AND NETWORKS OF HOME SERVICES

ABSTRACT

This article highlights the worrying increase in public investment in infrastructure works due to deficiencies at the stage of study and design, particularly in public utility services networks. Some cities lack real technical drawings and updated underground networks, especially in the former. Hence, no reliable information is difficult to require contractors, consultants about study designs appropriate public service networks in evident contradiction with the principle of contractual planning.

1 Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia; magíster en gobierno municipal de la misma universidad. Correo electrónico: joeudoro@cable.net.co.

Keywords: contractual planning, networks of public utility services, prefeasibility, feasibility, studies and designs

La necesidad de contar con estudios serios y completos antes de la ejecución de grandes proyectos de infraestructura contribuye a optimizar la inversión de los recursos públicos. No obstante, la existencia de problemas estructurales de información en las entidades estatales y el inquietante incremento de controversias administrativas y judiciales por la deficiencia o la falta de calidad de los estudios previos constituyen serias limitaciones para el cumplimiento del principio de planeación contractual.

El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al desarrollar el principio de economía, exige a las entidades estatales elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos con la debida antelación al procedimiento de selección. Guardando congruencia con la citada norma, el numeral 3.º del artículo 26 del estatuto de contratación reclama la responsabilidad de las entidades estatales y de sus servidores públicos cuando se hayan abierto licitaciones sin antes haber elaborado los correspondientes diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios.

Las anteriores disposiciones subrayan la importancia del principio de planeación contractual en donde la ordenada y progresiva secuencia lógica de las etapas de los proyectos en la fase de preinversión (diagnóstico, prefactibilidad, factibilidad, estudios y diseños) permite a las entidades estatales reducir la incertidumbre sobre la conveniencia de adelantar el proyecto y antes de abrir el correspondiente proceso de selección.

La actividad administrativa debe estar orientada, entre otros, por los principios de economía, eficiencia y eficacia, los cuales imponen a las autoridades la necesidad de adelantar las gestiones en una forma organizada y racional para el cumplimiento de los cometidos estatales, por ello, antes de ordenar la apertura de la licitación o concurso o de celebrar el contrato, según el procedimiento de selección que deba adoptarse, debe haber planificado todas las actividades que deben desarrollarse dentro de las diversas etapas del contrato, tanto la precontractual como la contractual. La falta de planeación tiene incidencias en la etapa de formación del contrato, pero ella se refleja con mayor importancia en su etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la administración generan graves consecuencias por falta de estudios y diseños definitivos, circunstancias que llevan a modificar las cantidades de obra, las condiciones técnicas inicialmente pactadas y, en el peor de los casos, conducen a la paralización de las obras o a su imposibilidad de realización. [...]²

2 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ), rad. 1991 - 07664 - 01 (14287).

Son numerosos los ejemplos en donde las inversiones públicas se incrementan sustancialmente por errores y omisiones en los estudios previos atacando la esencia misma del interés general³. Es evidente la incertidumbre cuando ya en la ejecución de los contratos, particularmente en el de obra pública, los contratistas notifican a las entidades públicas sobre los errores u omisiones en que incurrieron los diseñadores en los estudios previos y que obligan a incorporar soluciones sobre la marcha, lo que repercute sobre los plazos y las inversiones originalmente acordados.

La descrita situación es especialmente crítica en lo que atañe a estudios y diseños de redes de servicios públicos domiciliarios. Algunas ciudades carecen de planos técnicos reales y actualizados de las redes subterráneas, especialmente en las antiguas. De ahí que, sin información fidedigna, resulta difícil exigir a los contratistas consultores unos adecuados estudios y diseños de redes de servicios públicos, en evidente contradicción con el principio de planeación contractual, situación que se agrava por el dilatado tiempo que está demandando la aprobación de dichos estudios en cada una de las entidades responsables del servicio público en particular. Ello ha conducido, en la práctica, a realizar suspensiones, prórrogas e incluso nuevas contrataciones para desarrollar otros estudios por inconsistencias en los diseños de las redes de servicios públicos. Es más: la falta de consistencia en la información sobre ubicación de las redes se refleja en el incremento de las averías causadas por contratistas en desarrollo de obras públicas reportadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Pruebas al canto. La administración de la ciudad de Bogotá expidió el Decreto 150, del 15 de abril de 2009, con el que finalmente pretende poner orden a la información asociada de redes subterráneas de servicios públicos domiciliarios, al reglamentar el Acuerdo 278 de 2007 expedido por el Concejo Distrital.

3 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 148: "La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad. "Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984, según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y en cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deben materializarse a favor de los intereses comunales".

La nueva norma distrital obliga a la Secretaría de Planeación a adoptar en su página de Internet un sistema de información que incorpore la cartografía digital de las redes de servicios públicos domiciliarios y que se encontrará a disposición de las empresas de carácter público o privado que adelanten obras de infraestructura en el espacio público⁴. La información sobre las redes será suministrada por las empresas de servicios públicos domiciliarios dentro de los dos meses siguientes a la vigencia del Decreto 150 en los formatos y estándares diseñados por la Secretaría de Planeación. Además, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran obligadas a desarrollar la actualización de la información cada dos meses. En consecuencia, es obligación de la Secretaría Distrital de Planeación la entrega de la información al contratista consultor con base en el inventario de redes suministrado por las empresas de servicios públicos domiciliarios.

De esta forma, los contratistas o constructores responsables de toda construcción, mantenimiento, renovación u obra de infraestructura que se adelanten en espacio público deberán no sólo tener en cuenta la información del sistema digitalizado sino que, una vez finalizada su intervención en cumplimiento de la licencia de excavación, remitirán a las empresas de servicios públicos domiciliarios la localización real de las redes a través de planos récord digitalizados.

Como puede observarse, la capital de la República apenas se encuentra desarrollando esfuerzos serios y congruentes para actualizar la información de sus redes subterráneas de servicios públicos domiciliarios. Entre tanto, los consultores y constructores continuarán afrontando los problemas derivados de la inconsistencia en la información.

Ante este escenario, algunas entidades estatales han creado la curiosa y controvertida figura de la "apropiación de los estudios y diseños" que permite al contratista de obra contar con un tiempo breve para examinar los estudios previos de tal manera que pueda plantear objeciones o constancias que limiten su responsabilidad. Lo grave de la figura reposa en que si el contratista de obra no plantea objeciones o constancias durante el plazo de gracia concedido se le trasladarán todos los riesgos contractuales derivados de eventuales deficiencias, carencias o errores de los estudios previos. Por ejemplo, en la red de transporte masivo Transmilenio, en Bogotá, el Instituto de Desarrollo Urbano ha utilizado las siguientes estipulaciones:

[...] se entenderá que los diseños son propios y por lo tanto la responsabilidad de los mismos será asumida en su totalidad por el concesionario o contratista.

Estudio y conocimiento de los estudios y diseños.

4 La Secretaría Distrital de Planeación cuenta con seis meses contados a partir de la vigencia del Decreto 150 de 2009 para poner en funcionamiento el sistema de información con la cartografía digital de las redes de servicios públicos domiciliarios.

Durante esta etapa, el contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar cabal y completamente los estudios y diseños que el IDU entregue para la ejecución de las obras objeto de este Contrato. En consecuencia, finalizada esta etapa, si el Contratista no se pronuncia en sentido contrario, se entiende que ha aceptado los estudios y diseños presentados por el IDU y asume toda la responsabilidad de los resultados de la implantación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras⁵.

No creo que la falta de planeación contractual⁶ pueda subsanarse de esta forma al incluir estipulaciones que trasladan al constructor toda la responsabilidad y los riesgos por la implementación de los estudios y diseños. Este tipo de cláusula desconoce el criterio que ha adoptado la legislación colombiana en cuanto al manejo de riesgo, que debe ser asumido por la parte que se encuentra en mejor capacidad de conocerlo y manejarlo, basada en su experiencia. Recordemos que conforme al artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 y "para los efectos previstos en el artículo 4.º de la Ley 1150 de 2007, se entiende como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del contrato [...]", obligando a las entidades estatales a señalar en el pliego de condiciones el sujeto contractual que debe soportarlo parcial o totalmente⁷.

- 5 Estipulación contenida en el punto 4.1.4 de la minuta que hace parte del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública n.º IDU - LP - DG-022-2007 sobre "Ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliecer Gaitán) y de la carrera 10ª (Avenida Fernando Mazuera) al sistema Transmilenio y su posterior mantenimiento en la ciudad de Bogotá, D. C."
- 6 Sobre el principio de planeación, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ manifiesta en su obra *La Configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*:
"La planeación básicamente puede definirse como una herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica, con ello se pretende dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual, previamente a la ejecución de un contrato, la administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado del mercado.
"La planeación se configura como un presupuesto inherente al tema contractual de la administración pública, no solo en Colombia sino a nivel mundial, es un concepto propio de un Estado social de Derecho, como criterio organizador de la legalidad y del interés general. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado, especialmente en la contratación pública, donde se constituye en un principio de control y organización tanto en lo económico como en lo logístico, asociado con la concepción genérica referida a la forma de distribuir el gasto público".
- 7 La actual administración de Bogotá debe su triunfo electoral, entre otras razones, a su propuesta de línea de Metro. ¿Como evitar sobre costos si no se tiene un conocimiento

Lo anterior no limita la posibilidad para la administración de adecuar o ajustar los diseños cuando medien razones del servicio y en cumplimiento de los fines de la contratación estatal y la continua prestación de los servicios públicos según las previsiones del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993. En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado:

La contratación, entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar [...].⁸

En este contexto, la administración se encuentra obligada a corregir los estudios y diseños previos no sólo al detectar errores o inconsistencias sino cuando medien razones de conveniencia o del servicio. De ahí que se sugiera la realización de estudios completos y, dependiendo de la complejidad del proyecto, agotar cada una de las etapas de la fase de preinversión. Recordemos que la factibilidad trata de reducir al máximo la incertidumbre del proyecto al analizar exhaustivamente la alternativa que se haya recomendado en la prefactibilidad. Naturalmente, en proyectos de baja complejidad con única alternativa bien podría pasarse de la etapa de prefactibilidad a la de estudios y diseños.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la asignación de responsabilidades para el diseñador por los errores o inconsistencias en los productos de la consultoría entregados a la administración, o para su interventor, al no detectar dichas falencias o al dar por recibidos, sin la calidad requerida, los estudios y diseños previos⁹.

En esta perspectiva, merece mencionarse la novedosa figura que incorpora el inciso segundo del artículo 73 del Decreto 2474 de 2008 dentro del proceso de selección de consultores. Se trata de la posibilidad para el consultor seleccionado de continuar ejecutando fases subsecuentes de la consultoría, sujetas al acaecimiento de una condición previamente determinada, si ellas corresponden a tareas que se desprenden de los trabajos iniciales o son necesarias para el desarrollo del mismo proyecto. Con este mecanismo jurídico se faculta al

fidedigno del mapa de redes subterráneas?

8 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1439 del 18 de julio de 2002 (CP: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI), rad. 1439.

9 Recordemos que uno de los principales deberes que les corresponde a las entidades públicas para el efectivo cumplimiento de los fines estatales se encuentra en exigir a sus contratistas la ejecución idónea y oportuna del objeto de los contratos. Así lo establece el numeral 1 del artículo 4.º de la Ley 80 de 1993, y es una obligación congruente con la política de orientar la gestión pública hacia el logro de resultados fortaleciendo el seguimiento como práctica permanente de administración. Además, los contratistas deben colaborar con las entidades para que el objeto contratado se cumpla y sea de la mejor calidad.

consultor contratado exclusivamente para desarrollar la etapa de prefactibilidad y, una vez suceda la condición previamente establecida, para continuar con la fase de factibilidad e incluso con la de estudios y diseños definitivos. Dicha condición deberá estar establecida en el respectivo pliego.

La importancia de la nueva figura reposa en que ya no existirá el traslado de responsabilidad que se ha generado cuando se detectan problemas en el desarrollo de las diferentes etapas de la preinversión. Evitando diluir la responsabilidad, bien podría suceder que, en aplicación de las fases subsecuentes, sea el mismo consultor quien desarrolle las etapas de diagnóstico, prefactibilidad, factibilidad y los diseños definitivos cumpliendo la condición previamente determinada. Es común registrar que, ante problemas, errores o inconsistencias en los estudios y diseños definitivos, se asignen responsabilidades inversas hacia el consultor de la factibilidad, y éste, a su vez, al de la prefactibilidad.

El compromiso de la administración para superar los problemas estructurales de información en las entidades estatales y un mayor esfuerzo en la consistencia técnica de las consultorías en las fases de preinversión contribuirán decididamente a combatir la deficiencia de los estudios previos revitalizando el principio de planeación contractual al propiciar una adecuada inversión de los recursos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006 (CP: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ), rad. 1991 - 07664 - 01 (14287).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1439 del 18 de julio de 2002 (CP: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI), rad. 1439.

