



Revista VIA IURIS

ISSN: 1909-5759

iuris@libertadores.edu.co

Fundación Universitaria Los Libertadores
Colombia

Amaya Rodríguez, Carlos Fernando

El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado

Revista VIA IURIS, núm. 20, enero-junio, 2016, pp. 105-119

Fundación Universitaria Los Libertadores

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273949068006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2015
Fecha de revisión: 17 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2015

El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado*

*Carlos Fernando Amaya Rodríguez***

Citar este artículo

Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, 20, pp. 105-119.

RESUMEN

La contratación estatal en Colombia ha sido configurada en el marco de principios que orienten dicha actividad, incluido el principio de planeación. Este principio es palpable por medio de la revisión de sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, así como por la doctrina, en donde se desarrolla la interpretación del citado principio en cuanto a su concepto y alcance, entre otros, sin embargo, dicho principio no ha sido tipificado en la debida forma en el marco normativo de la contratación pública. No obstante, después de una revisión sistemática de las normas aplicables y de las fuentes jurisprudenciales, así como doctrinales, se hace posible su identificación. En el presente artículo se advierte la existencia de un principio de planeación para la contratación estatal colombiana, resultado de un proceso sistemático de interpretación de las fuentes, así como las consecuencias de su no aplicación en el proceso contractual. Es por ello que el principio de planeación es considerado la piedra angular de la contratación estatal, en atención a su ropaje como engranaje central del proceso.

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación: *Principios de la contratación estatal colombiana*. Adscrito a la línea, Estado, derecho y sociedad del grupo de investigación Análisis Socio-Jurídico, UNICOC GISU. (Período 2014-2015). Bogotá (Colombia).

** Abogado de UNICOC. Especialista en contratación estatal de la Universidad de la Sabana y estudiante de los cursos de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como secretario académico (E) del Colegio Jurídico y de Ciencias Sociales de La Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC, así como titular de las cátedras de Derecho Administrativo Especial I y Contratación Estatal. Miembro del grupo de Investigaciones Socio Jurídicas de UNICOC- GISU, UNICOC. Bogotá (Colombia). Correo electrónico: cfamaya@unicoc.edu.co

Palabras clave

Contratación Estatal, principio de planeación, objeto contractual, ilicitud, interés general, función administrativa.

The planning principle in government contracts, a non-typified principle

Carlos Fernando Amaya Rodríguez

ABSTRACT

Contracting with the government in Colombia has been configured within the principles framework guiding such activity, including the planning principle. This can be seen when reviewing sentences from the Council of State and the Constitutional Court, as well as in doctrine, where the interpretation of the aforementioned principle is developed in terms of concept and scope, among others. Nevertheless, this principle has not been correctly typified according to the normative framework of public contracts. However, after a systematic revision of applicable norms and legal and doctrinal sources, it can be identified. In this article, the presence of a planning principle for establishing contracts with the Colombian government is suggested, a result from a systematic process of source interpretation, as well as the consequences of not applying it in the contractual process. This is the reason why the planning principle is considered the cornerstone of State contracts, due to its role as the central cog for the process.

Keywords

Government contracts, planning principle, contractual object, illegality, general public interest, administrative function.

O princípio do planejamento na contratação como o governo, um princípio não tipificado

Carlos Fernando Amaya Rodríguez

RESUMO

A contratação com o Governo na Colômbia tem sido configurada no âmbito de princípios para orientar essa atividade, incluindo o princípio de planejamento. Este princípio é palpável através da revisão dos acórdãos do Conselho do Estado e do Tribunal Constitucional e da doutrina, onde desenvolve-se a interpretação deste princípio em termos do seu conceito e âmbito, entre outros, no entanto, este princípio não tem sido tipificado na devida forma no quadro regulamentar dos contratos públicos. No entanto, após uma revisão sistemática das regras e fontes jurisprudenciais e doutrinárias a identificação é possível. Neste artigo, alerta-se da existência de um princípio de planejamento para a contratação com o governo colombiano, o resultado de um processo sistemático de interpretação das fontes, e as consequências de não aplicar o processo contratual. É por isso que o princípio do planejamento é considerado a pedra angular de contratos com o governo, tendo em conta as suas roupas como uma engrenagem central do processo.

Palavras-chave

Contratação como o governo, princípio de planejamento, objeto contratual, ilicitude, interesse geral, função administrativa.

Le principe de la planification dans l'attribution de contrat de partenariat étatique, un principe qui n'est pas classé

Carlos Fernando Amaya Rodríguez

RÉSUMÉ

Les marchés publics en Colombie ont été fixés dans le cadre de principes pour guider une telle activité, y compris le principe de la planification. Ce principe est palpable par l'examen des arrêts du Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle et de la doctrine, où l'interprétation de ce principe en termes de son concept et la portée se développe, entre autres, cependant, a dit principe n'a pas été criminalisé en bonne et due forme dans le cadre réglementaire des marchés publics. Néanmoins, après un examen systématique des règles et des sources jurisprudentielles et doctrinales, l'identification est possible. Dans cet article, l'existence d'un principe de planification de la passation des marchés publics ou étatiques de la Colombie, le résultat d'un processus systématique d'interprétation des sources, et les conséquences de ne pas appliquer le processus contractuel valable. Voilà pourquoi le principe de la planification est considéré comme la pierre angulaire de la passation des marchés publics, et compte tenu de leurs vêtements comme un processus d'engrenage central.

Mots-clés

Les contrats de partenariat des marchés publics, le principe de la planification, l'objet contractuel, l'illégitimité, l'intérêt général, la fonction administratif.

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de contratación pública o estatal, el común denominador del ciudadano de a pie versa sobre la relación entre la mencionada expresión de la función administrativa del Estado y la corrupción, llegando incluso a ser sinónimos una de la otra. Lamentablemente la anterior relación está bien sustentada por todos los escándalos que se han presentado en los últimos años, respecto a los procesos que se desarrollaron en el marco de la contratación estatal colombiana. Ahora bien, surgen como consecuencia de la anterior radiografía del sentimiento social, una serie de preguntas ¿qué motiva el error en los procesos de contratación pública en Colombia?, adicional a la corrupción, ¿qué otros problemas se presentan en la contratación estatal? El presente texto pretenderá dar respuesta a los anteriores interrogantes.

Una vía para dar respuesta a la gran mayoría de interrogantes que surgen y versan sobre el tema de la contratación pública en Colombia en lo relativo a los errores, sobrecostos y otros, es aplicar una juiciosa revisión sobre el principio de planeación, base de todos los procesos que se suscitan en el campo de la contratación del orden público destinados por mandato constitucional a propender por la satisfacción del interés general de los administrados. En el presente artículo se tiene por objetivo realizar una revisión del mencionado principio de planeación, desde el marco doctrinal y jurisprudencial, advirtiendo al mismo como un eje central y angular de todas lo relativo a las actividades que se desarrollan de los procesos contractuales del Estado.

Para tal fin, se realizará un análisis del concepto, la no tipificación en las normas que regulan y reglamentan la actividad contractual del Estado, y las consecuencias de la no aplicación del principio de planeación en la contratación estatal, tomando como referente los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana y el Honorable Consejo de Estado de Colombia en lo relativo a la materia objeto del presente texto, en especial las consecuencias jurídicas de su no aplicación.

METODOLOGÍA

Esta investigación se enmarca en una de las temáticas más dinámicas y cambiantes del derecho público, la contratación estatal, el objeto de estudio en general a desarrollar en la misma, de manera puntual la temáti-

ca a desarrollar con ocasión de la presente investigación es el principio de planeación.

El estudio que se adelantará será de tipo exploratorio de las fuentes secundarias sobre la contratación administrativa o estatal, con el fin de evidenciar en el marco de dicha revisión el concepto y alcance doctrinal y jurisprudencial del principio de planeación como engranaje fundamental para el ejercicio de la contratación pública en Colombia, y de igual manera, las consecuencias que el Consejo de Estado ha advertido con ocasión de su no aplicación en los procesos contractuales del Estado.

Para el efecto, la hipótesis del presente trabajo se advierte en el sentido de comprender al principio de planeación como piedra angular del proceso de contratación estatal en Colombia, en razón a la incidencia de este principio dentro de las diferentes etapas del proceso contractual del Estado y las consecuencias jurídicas que con ocasión de su inaplicación se predica del contrato y las partes.

Así las cosas, será el concepto del *principio de planeación* como categoría conceptual el orientador del proceso de la investigación cuyos resultados se presentan en la disertación, de igual forma, como eje para la recolección de las fuentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El concepto y las finalidades del principio de planeación en la contratación estatal

Todo proceso requiere de planeación con el fin de identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan una mayor eficacia y eficiencia de cualquier proceso en la esfera de la actividad contractual privada y pública. En el campo de la contratación estatal, el principio de planeación se presenta entonces como el faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública. El mencionado principio se construye de la mano de los principios de transparencia y eficiencia, pues garantizan que los interesados en el proceso, conozcan todos los aspectos relevantes sobre el ya mencionado proceso, dando así cuenta de una de las

máximas que se formulan en el ámbito de la contratación estatal, la cual consiste en que nada puede ser dejado a la improvisación, salvo esta, las situaciones que se construyen sobre la base de los conceptos de *fuerza mayor* y *el caso fortuito*.

La planeación se entiende como un insumo de vital importancia por todos los aspectos que envuelve y que se deben desarrollar a fin de poder cumplir, a cabalidad, los fines de la contratación estatal¹, la Corte Constitucional Colombiana lo ha expresado de la siguiente manera:

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos. (Corte Constitucional colombiana, C-300/2012, p. 45).

Entiéndase entonces que el principio de planeación responde claramente a la definición de principio como mandato optimizador del derecho (Bernal, 2015); que para este caso ha de entenderse como un deber en cabeza de la misma administración pública para optimizar el ejercicio de esta función administrativa, a través de la identificación con claridad de los diferentes factores que giran en torno a la contratación estatal, los cuales son enunciados en la referencia anteriormente expuesta de la Corte Constitucional. Una correcta planeación en su alcance permite identificar y determinar el objeto que se buscará satisfacer en el marco del ejercicio de esta actividad administrativa, en otras palabras, la principal motivación de todas las actuaciones que se ejecuten en torno al proceso contractual tanto en su etapa de preparación como de ejecución. Lo anterior debe satisfacer alguna de las preguntas planteadas, sobre la contratación pública; pues en una correcta aplicación de principio de planeación, se identificaría tantos aspectos vitales y relativos al proceso.

El principio de planeación se relaciona ampliamente con otros principios que guían y orientan el proceso respecto a un contrato estatal; lo anterior se sustenta

en un delicado equilibrio entre la planeación de las fases del proceso, identificación de las necesidades y el mismo objeto, la cual se obtienen con la incuestionable aplicación de todos los principios que concurren para con la contratación pública. El profesor Ernesto Matallana (2009), en su obra, analiza la relación que se surte entre los diferentes principios de la contratación estatal en Colombia y el principio de planeación, de suerte que la ausencia de planeación genera que:

El principio de igualdad se vulnera porque la información que suministra la entidad no tiene certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes que, de encontrar una información cierta, tal vez se animarían a participar en la convocatoria; es decir, el presupuesto del contrato determina el perfil del contratista, y por lo tanto un presupuesto alto puede atraer a un nivel de contratistas de superior categoría que si se tratara de un presupuesto bajo, y de igual manera, presupuestos bajos probablemente atraigan posibles oferentes que no tengan tanta experiencia (Matallana, 2009, pp. 348-349).

Se observa, en primer lugar, que los principios de la contratación estatal colombiana están diseñados en el marco de un modelo sistémico en donde la conjunción de todos apunta a la correcta aplicación de la actividad contractual y los fines de esta. Ahora bien, en un segundo momento no se puede perder de vista que la ausencia de planeación afecta la eficacia, la eficiencia, la igualdad e incluso al objeto del proceso, generando una afectación al interés público que se persigue con ocasión del contrato. La interpretación de la planeación contractual y los demás principios como un conjunto sistemático en su aplicación y desarrollo, también ha sido trabajada por el Consejo de Estado, el cual ha sido enfático que la planeación aplicada correctamente, permite de manera casi automática la efectividad de todos los procesos contractuales:

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva. (Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 9).

Se puede concluir sobre este primer punto, que en la contratación estatal deben concurrir en una serie de principios que garanticen la finalidad para la cual se ha

1 Entiéndase como fines de la contratación estatal a la prestación de los servicios públicos, la provisión del interés general, la ejecución del presupuesto público entre otros.

diseñado la mencionada tipología de contratación y que la expresión de la función administrativa sea cumplida a cabalidad, tanto por la administración como por el particular que ejecutará el contrato. En el mismo sentido, se debe evidenciar que el principio de planeación es un deber de planificar y estructurar con suma rigurosidad las bases sobre las cuales se desarrollará el proceso de selección del contratista, los pliegos de condiciones y los marcos del contrato estatal, obligación que en principio es exigible a la administración como gestora y rectora del proceso.

De acuerdo con el deber de planeación, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad. (Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 7).

Por lo anterior, el principio de planeación permite establecer los aspectos de vital relevancia de los procesos de contratación, identificando las necesidades que motivan a la administración pública a contratar, la cual se expresa en el objeto contractual debidamente delimitado y en ello se establece el deber que tienen la administración en su aplicación:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico 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; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos (Relatoría del Consejo de Estado, 2012).

Con lo anterior, se quiere demostrar la importancia de la planeación con el fin de advertir viabilidad o inviabilidad de un proyecto contractual del Estado,

expresado en una correcta estructuración para el desarrollo de este y que cumpla con su finalidad social. Finalmente, se debe tener de presente que el principio de planeación es expresado en el ejercicio de una correcta estructuración y diseño de la ruta que se seguirá en el ejercicio de la función administrativa expresada en el proceso contractual del Estado; ejercicio que posee como alcance la construcción clara de un panorama integral que se tendrá para con el futuro contrato y contratista, generando así la posibilidad de identificar un objeto contractual que de manera eficiente, transparente, responsable y dentro del marco de los demás principios de la contratación atienda el interés general de la comunidad, pues como ya se ha expuesto la planeación es el deber de la administración de seguir la ruta trazada para la satisfacción de la necesidad social que ella misma ha advertido e identificado (Rodríguez, 2013), motivo por el cual el matiz de su alcance es el de un deber de la administración pública en lo que a su aplicación y desarrollo refiere. Así las cosas, la no aplicación de este principio puede afectar al mencionado proceso en varios ámbitos e instancias, en especial el interés general (sobre estas consecuencias que se derivan de la inaplicación del principio de planeación en la contratación estatal, se trabajará más adelante).

El principio de planeación estatal, en el contexto de la normatividad aplicable en Colombia

Después de desarrollado el concepto y alcance de la planeación al interior de la contratación estatal, es necesario realizar un abordaje de las normas que son aplicables al ya mencionado principio, pues es en virtud de ellas en las que se sustenta y hace exigible jurídicamente el citado principio al interior del proceso de contratación pública. Sea lo primero reconocer que este principio no fue consagrado en el Estatuto de Contratación Pública (ley 80 de 1993), de manera taxativa, en virtud de que la estrecha relación con otros principios (transparencia, responsabilidad y economía) siendo su esencia y existencia fruto de la aplicación integral y sistemática de los demás principios.

En el presente apartado del trabajo, se pretende hacer una revisión de las normas que son aplicables al principio de la planeación contractual del Estado. En primer lugar, se debe apreciar la relación entre los demás principios de la contratación pública y el de

planeación; ejemplo de ello es la relación entre él y el principio de economía que no puede satisfacerse a plenitud, si no se ejecuta una correcta planeación:

Pero además el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios del mercado podrá cumplir con otro imperativo deber como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable (Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 8).

Queda entonces bajo la anterior referencia del Consejo de Estado más clara la relación entre la planeación y otros principios. Igualmente se puede obtener otra conclusión y es que la normatividad aplicable al principio de planeación se desarrolla a partir de la normatividad que sustenta y reviste de carácter jurídico de los demás principios aplicables a los procesos de contratación pública en Colombia. No obstante, si bien la planeación se evidencia en la presencia y desarrollo sistémico de los demás principios y que su no tipificación en el *corpus* jurídico es una situación notoria, tal como lo advierte el consejero de estado Jaime Orlando Santofimino, que propone en su sentencia del 28 de marzo de 2012, una revisión sistemática y teleológica de la norma las bases jurídicas propias del principio, al afirmar que:

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 el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales (Relatoría del Consejo de Estado, p. 7).

Es así, que el *corpus* jurídico de la contratación estatal en el orden legal justifica la necesidad de una clara y expresa planeación de los procesos, afirma-

ción que ha sido reconocida por la jurisprudencia al afirmar la planeación:

[...] en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, forman parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado. (Relatoría del Consejo de Estado, 2012, p. 7).

Por lo que se hace evidente, que el principio de la planeación de la contratación estatal colombiana se ha desarrollado normativamente por medio de una simbiosis de las normas aplicables a los demás principios efectivamente tipificados que regentan los procesos de la contratación estatal en el país, lo anterior a razón de la necesidad de garantizar los fines para los que se ha creado la contratación pública.

De manera muy acertada lo ha expuesto el consejero de estado Jaime Orlando Santofimino en su sentencia del 28 de marzo de 2012, al afirmar que la planeación se hace necesaria y exigible en todo lo relacionado con el contrato estatal, pues como ya se ha dicho, de una correcta planeación (en la que se debe incluir la delimitación del objeto contractual) se medirá el éxito o no del proceso contractual del orden público.

Las consecuencias sobre la ignorancia de la planeación en la contratación estatal

Queremos analizar el principio de planeación como piedra angular de la contratación pública; por ende, es imperativo hacer una revisión de las consecuencias que implica ignorar la planeación en los procesos de contratación del orden estatal. *A priori* y basándose en todo el tema trabajado hasta el momento, se puede concluir que el contrato estatal como proceso administrativo de contratación no será exitoso; pues podrá en su trazo sucesivo (desarrollo de las obligaciones del contrato) carecer de problemas que no se identificaron en la fase de planeación, afectando su eficacia, eficiencia e incluso el interés general (el cual debe entenderse como uno de los pilares en los que se construye el Estado y los procedimientos de los cuales este

hace uso para el cumplimiento de sus fines). Sea lo primero analizar la relación que existe entre planeación y el objeto del contrato público; recordando que la delimitación y definición del objeto contractual es resultado del proceso de planeación, de suerte que, una inobservancia o un defectuoso proceso de aplicación de este principio puede afectar la definición, determinación y delimitación del objeto sobre el cual se va a estructurar y construir todo el proceso contractual.

Entonces, la planeación se ha diseñado como la base del proceso contractual, en donde se esbozan e identifican los aspectos vitales de este proceso. Así es como, la planeación es “[...] la primera etapa del proceso de contratación, mediante ella las entidades estatales viabilizan desde el punto de vista técnico y económico las obras, los bienes y servicios que se requieren para cumplir con los cometidos que les han encomendado.” (Yong, 2013, p. 86). Queda claro que la planeación debe ser entendida como un proceso de verificación de una serie de variables y aspectos que conllevan a la identificación, delimitación y determinación de lo que sería la piedra angular, el motor, en otras palabras el objeto del contrato, así como también los medios para cumplir el ya citado objetivo. Por lo tanto, cuando la planeación del proceso contractual es ignorada o no es aplicada de manera rigurosa se puede afectar en primer lugar al objeto y afecta todo el proceso contractual *per se*, pues el objeto contractual según las reglas del derecho privado (las cuales trasmutan a la familia de los contratos estatales) debe ser lícito, es decir, libre de errores, determinando o determinable, y posible física y jurídicamente.

Por lo consiguiente, cuando el objeto de un contrato estatal no ha sido debidamente definido este generará la plausible nulidad del contrato, “La legislación civil colombiana consagró como causales de nulidad absoluta los vicios de los actos jurídicos que juzgó de mayor gravedad, como lo son la nulidad producida por un objeto o causa o causa ilícita” (Yong, 2013, p. 240). La anterior situación demuestra algunas posiciones de la doctrina en las que se afirma que el derecho público se encuentra en un proceso de privatización.² De igual forma, el Consejo de Estado ha dado a entender que los errores en el proceso de planeación contractual viciaran al contrato completamente, a tal punto,

que se podrá por medio de sentencia del juez de lo contencioso administrativo declarar su nulidad. Es así que surge la necesidad para de hacer una revisión del concepto de *nulidades contractuales*, quedando claro que: “Se admite de manera unánime que el fundamento de la nulidad contractual descansa en la violación de la legalidad [...] que conlleva a que el fin de la nulidad sea el restablecimiento de la legalidad violentada, eliminando la situación jurídica creada por la celebración del contrato” (Yong, 2013, p. 238).

Queda claro que la nulidad es la extinción de los efectos jurídicos que surgen de la relación contractual. Al aterrizar el tema al mundo del derecho público se debe advertir que la principal motivación de la *nulidad absoluta* es proteger el interés general, ya que “Un contrato estatal es absolutamente nulo, cuando carece de valor por haberse celebrado con vicios tan graves, que la Ley no permite sanearlo por razones de protección del interés general” (Yong, 2013, p. 239).

De igual forma, la nulidad por ausencia de planeación expresada en el reconocimiento de un objeto ilícito, es el cumplimiento del mandato del art. 13 de la Ley 80 de 1993 que dispone que en todo lo relativo a la ejecución del contrato se debe “[...] integrar la regulación del régimen contractual con las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio” (Palacio, 2014, p. 692), motivo por el cual se hace evidente que las causales de nulidad para los contratos civiles y comerciales se han de incorporar al marco regulatorio de los contratos administrativos. De manera que de conformidad con el art. 1502 del Código Civil serán causales de nulidad las que afecten cualquiera de los elementos esenciales y que, por tanto, se pueden resumir en:

- a) ausencia total de consentimiento, b) objeto o causa ilícita, c) la falta de solemnidades exigidas en consideración de la naturaleza del contrato, d) ausencia de objeto o de causa, y e) la incapacidad absoluta del sujeto contratante, referida al contratista, pues en la entidad se hablaría de falta de competencia (Palacio, 2014, pp. 692-693).

Que para efectos prácticos del presente escrito y la órbita del contrato estatal se manifiestan en la configuración de objetos ilícitos, y en el incumplimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades como expresión de la limitación de la capacidad o competencia contractual tanto del contratista, del proponente y de la entidad.

² A criterio de este autor, la privatización del Derecho Público, se motiva a razón de la eficacia de los procesos y relaciones contractuales del sector privado frente a las dilataciones del sector público.

Tendiendo claro el concepto de nulidad (el cual ha sido tomado de las reglas del derecho privado), es un poco más claro comprender la relación que surge entre la inaplicación del principio de planeación y la nulidad del contrato, entendida que la segunda es consecuencia de la no aplicación del primero. Lo anterior también sustentando en la tesis que establece que en la etapa de planeación nace o se determina el objeto contractual, entonces, si la ya mencionada etapa no es aplicada correctamente, generará que el objeto producido adolezca de errores, concluyendo finalmente en la declaratoria de nulidad del contrato. El honorable Consejo de Estado ha aceptado la anterior posición, en la que un objeto contractual valorado como ilícito generará automáticamente la nulidad del acto jurídico que encierra el pacto contractual, por la inobservancia e incumplimiento de la etapa de planeación del proceso contractual del orden público, a continuación un caso en el que esto se ve explícito:

La violación del deber de planeación determina en este asunto la nulidad absoluta del contrato No. 0366-1 que las partes celebraron el 14 de diciembre de 1994 ya que infringieron los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; 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 el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales (Relatoría del Consejo de Estado, 2013, p. 13).

Se puede concluir entonces, acerca del anterior apartado, que la principal y más gravosa consecuencia de la inobservancia de la planeación en los procesos de contratación del orden público es la posible generación de una nulidad en términos absolutos e insubsanables del contrato estatal.

De tal manera llegamos al tema respecto a la responsabilidad que surge con ocasión de la inaplicación del principio de planeación respecto de la entidad contratante, los proponentes y contratista. Si bien es claro que las partes del contrato, contratante y contratista, deben asumir responsabilidades mutuas dentro de la falta de planeación por el contratante y la falta de observancia del contratista

sobre este principio, no puede deslindarse el uno del otro descargando sobre alguno las obligaciones contractuales. La unidad de responsabilidad recae sobre las partes y estas deben regirse no por solo la Ley 80 de 1993 o demás normas, sino por el principio de la buena fe contractual, pero básicamente la planeación, y es así, que la violación del principio de planeación trae consigo consecuencias:

La obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase pre-contractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista, tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones de inicio de obra. El ocultamiento malicioso de información perjudica a quien la oculta. Por lo anterior, la suscripción imprudente de un contrato, como cuando se firma un contrato que no está listo para ponerse en ejecución, podría generar responsabilidad compartida por los incumplimientos derivados de esa falta de previsión, según el caso y el tipo de obligación frente a cada parte. El tercer problema también ha quedado resuelto. Es decir, sí trae consecuencias jurídicas la suscripción de contratos sin atender el principio de planeamiento (Relatoría del Consejo de Estado, 2014, p. 35).

Ante la violación a la observancia del principio de la planeación, se ve a todas luces, que debe existir una responsabilidad compartida respecto al contratista, ya que tanto la entidad como el contratista deben prever todas aquellas *aleas* que afecten la correcta ejecución del negocio jurídico estatal, el cual debe estar orientado desde el desarrollo de los estudios previos. No se puede concebir que alguna de las partes alegue la imposibilidad de cumplir con la obligación contractual referente a costos, tiempos y programación del proyecto, en razón de riesgos que dan lugar al quebrantamiento del *pacta sunt servanda* que expresa el contrato y que es resultado de la preparación previa del mismo. Perjudicando con lo anterior a la atención de la necesidad de interés general que persigue el Estado con la obra o servicio frente a factores técnicos y financieros y obviamente de la utilidad del contratista. Por esto, es de suma importancia el principio de la planeación, de igual forma, la inobservancia del principio de planeación afectaría considerablemente al contratista. Es así que la actuación contractual debe ir justificada en lo jurídico en términos de responsabilidad, por ello:

El Consejo de Estado examinó cuáles serían las consecuencias de la inobservancia al principio de planeación imputable a las partes del contrato. En síntesis, consideró el Alto Tribunal que la obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase precontractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista, tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones de inicio de obra. El ocultamiento malicioso de información perjudica a quien la oculta. Por esta razón, indicó la Corporación, la suscripción imprudente de un contrato, esto es, cuando se firma un contrato que no está listo para ponerse en ejecución, podría generar responsabilidad compartida por los incumplimientos derivados de esa falta de previsión, según el caso y el tipo de obligación frente a cada parte. En virtud de lo anterior, entonces, concluyó la Sala, que el principio de planeación obliga a los interesados a actuar con diligencia y cuidado desde la misma fase precontractual. Los potenciales contratistas también deben saber, conocer y enterarse de las proyecciones que hace la administración para formular propuestas serias, que respondan a las reales condiciones técnicas y financieras del bien o servicio que necesita la entidad (Holgin, 2014, s.p.).

Entonces, la necesidad de responder y actuar dentro de la responsabilidad contractual y además, entender la responsabilidad que recae sobre las partes, determinante a efectos de la imputación de responsabilidad por errores en el contrato a falta de planeación. No todo es desarrollar el proyecto o el objeto del contrato, es más que una simple adjudicación, trata de las responsabilidades mutuas contractuales y sus consecuencias al incumplir alguno de los principios de la contratación pública y menos sensato sería incumplir la planeación, pues mal haría el contratista y antes proponente imputar el 100 % de responsabilidad al Estado. Este deber de vigilancia por los principios de la contratación administrativa, no solo es expuesto por las normas que constituyen el Estatuto General de la Contratación Administrativa en Colombia.

Adicional a ello existen otros *corpus* jurídicos que obligan a cumplir el objeto contratado y además presentan consecuencias disciplinarias que asumirían las partes por la inobservancia de los principios. Así, existe la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que en su Artículo 5, ilicitud sustancial, la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justifi-

ficación alguna. Y si a interpretación se refiere, nos podemos remitir al Artículo 22 de la misma ley, para así precisar que el no observar el principio de planeación encuentra consecuencias jurídicas, pues dispone que la finalidad de la planeación contractual del Estado es garantizar el correcto ejercicio de la función pública, para salvaguardar la moralidad, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función. De la misma forma ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y también podrá ser objeto de investigación disciplinaria. Por esto, es notoria la influencia de las obligaciones en el comportamiento contractual de las partes, porque es claro que un particular contratista del Estado cumple funciones de servidor público y debe asumir esa responsabilidad en lo administrativo, por lo tanto, se rigen bajo la lupa no solo de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación, sino de la Ley 734 de 2002 y el Decreto 1082 de 2015. La ilicitud sustancial debe entenderse entonces como “Un principio rector y su consagración legal es la base para endilgar la responsabilidad del funcionario público” (Ramírez, 2013, p. 7). Así, cuando el actor de la ilicitud sustancial, es decir, alguna de las partes del contrato, pretende desviar o trastornar el proceso a falta de complementar con el principio de planeación, se entiende que hay una falta antijurídica.

Y si bien el Código Disciplinario único es una norma sancionatoria, este permite “[...] estar integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones” (Ramírez, 2013, p. 8). Por lo tanto, quien atente contra la observancia del principio de la planeación debe asumir la responsabilidad no solo sobre el clausulado del contrato adjudicado si no también la norma disciplinaria como lo es la Ley 734 de 2002. Es así que no solo la simple voluntad de configurar el contrato y su ejecución se rigen por la relación contractual y el clausulado que la conforma, sino que debe llevar implícito el principio de la buena fe, que está promulgado en todas las leyes que rijan el ámbito jurídico colombiano, es por eso, que cada vez que se incurre en una falta dentro de la contratación estatal, no solo los estatutos regidores son los que investigan la falta, sino el conjunto de leyes que engranadas puedes verificar que tan grave o leve fue el delito o la infracción.

La normatividad contractual permite entender las obligaciones que se desprenden de otras administraciones jurídicas y dice que “[...] los contratos que

celebren las entidades estatales, se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas por la Ley [...]” (Pinzón, 2014, p. 79), por lo que la norma pública administrativa, asume parte del derecho comercial y privado y así puede hacer responder a esos que se someten a la Ley 734 de 2002, haciéndose partícipes de la contratación pública. Pero dentro de la Ley 734 de 2012 hay más elementos jurídicos que ayudaran a evitar la falta que se pretenda con la inobservancia de la planeación, el artículo 24 del código disciplinario único amplía más el espectro de las consecuencias en el incumplimiento de los principios de la contratación, de manera que se determina que no solo dentro del territorio nacional se aplicará la norma reguladora y sancionadora. Y es posible remitirse al Artículo 34 de la Ley 734 de 2002 para argumentar la facultad de la norma para sancionar a quien incurra en la intención de evadir su responsabilidad contractual con la inobservancia del principio de la planeación, y recordar que también agravaría a los civiles que cumplan funciones públicas como el contratista. Hay autores que manifiestan preocupación por la dureza de la norma respecto a la inobservancia de los principios de la contratación estatal en términos de la tipificación y calificación de la pena. Dentro de los conceptos que se leen con detenimiento cuando se investiga si esta culpa de inobservancia es leve o gravísima:

Nos causa enorme preocupación la tipificación hecha por el legislador en el actual Código Disciplinario, cuando considera como falta gravísima el desconocimiento por parte de un funcionario público, en asuntos precontractuales y contractuales, de los principios de la función pública o de los principios contenidos en el Estatuto de Contratación (Matallana, 2009, p. 547).

Entonces, no solo por evadir los principios de la contratación estatal se debe responder, sino también por el desconocimiento de la norma, y es natural que se asuma por los dos lados esa responsabilidad, pero desde cada ángulo, el de inobservancia y el del desconocimiento, en lo que refiere al castigo como consecuencia de incumplir el deber de planear. Ya se ha expuesto que la inobservancia del principio de planeación genera consecuencias desde la órbita jurídica al contrato estatal en razón de la nulidad absoluta e insubsanable que sobre este último puede devenir y las responsabilidades tanto para la Entidad contratante como para el contratista en razón de la inaplicación, desconocimiento e inobservancia del mismo.

Cabe entonces también indicar la importancia técnica pues a pesar del principio de la economía, es decir, la relación costo beneficio dentro del proyecto, lo fundamental es el diseño de la ruta para el eficaz desarrollo del contrato desde lo técnico. Puede existir la capacidad financiera y todo el elemento jurídico que respalde el proyecto, pero la información técnica de cómo, por qué y cuando se va a desarrollar, tiene mucha influencia en el tiempo, el costo y la organización, y esto parte desde los estudios previos. Los deberes constitucionales para la contratación estatal expresada en principios³ permiten desarrollar proyectos para mejorar la calidad de vida de una comunidad, los cuales deben ser regidos por normas que no permitan la desviación de los fondos y que no se tornen obras eternas en términos de necesidad social y costos públicos.

Para el buen funcionamiento de los proyectos, se viene manifestando la necesidad de adecuar de manera justa unos estudios previos que funcionan en articulación con los principios de la contratación. De todos los principios que deben ser de obligatorio cumplimiento y observancia, se ha expresado claramente y se manifiesta la necesidad de revisar con detenimiento el de la planeación en aras de una mejor estructuración del proyecto y permitiendo este principio la viabilidad técnica, financiera y jurídica de las partes actantes dentro del contrato adjudicado. Pero como toda regulación contractual debe estar respaldada por la norma, el principio de la planeación se ajusta jurídicamente desde la Ley 80 de 1993, el Decreto 1510 de 2013, (derogado por el Decreto Único Reglamentario 1082 de 26 de mayo de 2015), y se asume dentro de la Ley 734 de 2011 en caso de una falta disciplinaria, y demás decretos que pretendan hacer valer la importancia de la planeación. Por esto, la planeación debe tener tal relevancia dentro de la contratación pública, ya que su inobservancia conduce a la violación indiscutible de la norma y se configurara en una ilicitud sustancial (Art. 5.º Ley 734 de 2002), es decir, una falta antijurídica, y como tal, la falta debe ser sancionada.

Por lo tanto, no solo el desinterés por realizar los estudios previos o estructurar un buen plan para el desarrollo de un proyecto es punible o ilegal, sino que también la inobservancia de la planeación es condenable en términos jurídicos y contractuales que deben ser constitutivos de penalización. Finalmente, se

3 Es imperante recordar que los principios son creados como mandatos optimizadores del Derecho.

debe reconocer que a pesar de la no tipificación en sentido estricto del concepto que se cierne sobre el principio de planeación en la normatividad de la contratación pública colombiana, existen diferentes instrumentos de la etapa de preparación de la voluntad contractual cuya finalidad es garantizar la planeación de la actividad contractual del Estado colombiano.

Ejemplo de lo anterior es la obligatoriedad de la construcción del plan anual de adquisiciones por parte de todas las entidades públicas del Estado, conforme a lo dispuesto por la ley 1474 de 2011 y el decreto 1082 de 2015. El mencionado plan anual tiene por finalidad la identificación, registro, divulgación y programación de las diferentes obras y servicios que requerirá la Entidad durante una vigencia fiscal, buscando la mayor eficiencia de la gestión contractual por medio de la Ley de oferta y demanda. En lo anterior puede entenderse al plan anual como un planificador general de la actividad contractual del Estado, en donde se identificaron necesidades a satisfacer por parte de las entidades, la obra o servicio que desempeñará dicha necesidad, el valor estimado del gasto, entre muchos otros aspectos preparativos y de verdadera planeación de la contratación pública. Puede afirmarse entonces, que este plan es el primer ejercicio de planificación en todo el proceso contractual del Estado.

CONCLUSIÓN

El principio de planeación se constituye como una expresión clara de la epistemología de principio en el marco de la disciplina jurídica, en el sentido que de su definición y alcance se advierte que su correcta aplicación se permite optimizar y asegurar un alto nivel de eficacia y eficiencia de los procesos contractuales del Estado.

En armonía con lo anterior el principio de planeación se constituye como un deber en cuanto a su aplicación por parte de las entidades del estado, esto soportado por la finalidad de estructuración, diseño y configuración que resultan de los ejercicios de planeación de las actividades contractuales. Es así que en la aplicación del principio de planeación se identificarán los factores trascendentales para el proceso que se ciñe a la celebración de un contrato estatal, es decir, su objeto (necesidad social o de interés general a satisfacer), la estimación del valor y plazo para el desarrollo del anterior, los riesgos posibles en las diferentes etapas del proceso, entre otros. La planeación es el principio que permite visualizar un proyecto desde los diferentes aspectos del mismo, es decir,

permite proyectar la intención desde lo económico, financiero, administrativo, jurídico y social. Por lo tanto, y como se ha querido presentar.

El principio de planeación, a pesar de ser entendido como un mandato optimizador de la actividad contractual y como un deber a cargo de la administración en su preparación, es el resultado de una construcción jurídica que ha surgido fruto de las interpretaciones sistémicas y teleológicas realizadas con base en otros principios de la contratación estatal, por parte de las altas cortes colombianas (en especial el Consejo de Estado y la Corte Constitucional), así como de las reflexiones académicas expresadas en la doctrina, en donde se ha reconocido la importancia y alcance del deber de estructurar e identificar las aristas relativas al proceso de contratación. Tanto es así que se predica que de una correcta planeación se consolida e identifica la necesidad social a proveer con ocasión del contrato, que trasmuta en la definición, delimitación y determinación del objeto que lo motivará, sin embargo, su tipificación formal como principio rector de la contratación por voluntad del constituyente o el legislador no ha sido efectuada.

Es así, como se realizan los estudios previos en donde se unen todos los conceptos analizados como precios del mercado, mano de obra, necesidades técnicas y financieras y otros elementos indispensables para organizar sistemáticamente el proyecto. De estos estudios previos, se estructura el principio de planeación, engranando así los demás principios de los que tratan las normas para la contratación estatal, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios respectivos. Por lo que se debe comprender que el principio de planeación es resultado de una integración puntal y sistemática de los demás mandatos optimizadores tipificados en el *corpus jurídico* de la contratación estatal.

No puede pasar inadvertido que en el marco del reconocimiento del principio de planeación como un deber de la Administración en el marco de sus procesos contractuales, las consecuencias que se derivan del incumplimiento del citado deber.

La primera consecuencia que se advierte de la inobservancia del principio de planeación y del correspondiente deber de aplicarlo es la configuración de una causal de nulidad del contrato, tal como lo advierten las sentencias del Consejo de Estado que se han analizado en el marco del presente texto. Asimismo, es considerable que la no planeación adecuada de un proceso contractual generará

mayores desgastes a la Administración y por ende la ineficacia e ineficiencia, incumpliendo el deber ser fijado por voluntad constitucional y legislativa para la contratación estatal en Colombia. Puede también afirmarse, que la no aplicación del principio de planeación en los procesos de contratación del Estado resultará en la inaplicación general de los demás mandatos optimizadores diseñados para esta expresión de la función administrativa; pues como se ha expresado en apartados anteriores el principio de planeación resulta de la aplicación sistemática de todos los principios tipificados para la contratación estatal.

Finalmente, la responsabilidad que se suscita de la inaplicación del principio de planeación, es en pri-

mer lugar predicable de la Administración a quien la jurisprudencia ha asignado la carga del deber de su aplicación en el proceso contractual del Estado, dando lugar a sanciones de tipo disciplinarias contempladas en el CDU (Código Disciplinario Único) por la configuración de la ilicitud sustancial en sus actuaciones, en el mismo sentido la generación de responsabilidad contractual por la declaratoria de nulidad del contrato estatal.

Es por todo lo anterior que no resulta descabellado presentar al principio de planeación, como el enclave o piedra angular del proceso de *contratación pública* partiendo desde el mismo plan anual de adquisiciones que deben elaborar todas las entidades públicas del estado colombiano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-300-12 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 25 de abril de 2012)
- Holguín, L. (s.f.). FORVM: Consecuencias Jurídicas de la suscripción del contrato sin atender el principio de planeación. Recuperado el 23 de mayo de 2015 de <http://forvm.com.co>
- Ley 80, 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. Diario Oficial abreviado "D.O" No. 41.094.
- Matallana, E. (2009). *Manual de la Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pinzón, A. (2014). *Diccionario de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.
- Palacio, J. (2014). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Ramírez, Y. (2013). *Breve estudio de ilicitud sustancial en el derecho disciplinario*. (Universidad del Rosario, Ed.) Recuperado el 25 de mayo de 2015 de Repositorio de Tesis Universidad del Rosario de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8800/35535761-2014%20.pdf?sequence>
- Relatoría del Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 32912. (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 28 de enero de 2015).
- Relatoría del Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 22471. (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 28 de marzo de 2012).
- Relatoría del Consejo de Estado. Sección tercera. Expediente 27720 y 28221. (CP Jaime Santofimino Gamboa; 24 de abril de 2013).
- Relatoría del Consejo de Estado. Sección cuarta. Expediente N°11001031500020130191900. (CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; 21 de agosto de 2014).
- Rodríguez, M. (2013). *Los Contratos Estatales*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Yong, S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Bogotá: Ibañez.