

La planeación en los contratos de obra pública en Colombia ¿principio, deber o requisito? Obligatoriedad y consecuencias de su inaplicación*

Recibido: 06 de noviembre de 2018 • Aprobado: 02 de mayo de 2019
<https://doi.org/10.22395/ojum.v18n37a3>

Marissa Rúa Flechas**
Juan Carlos Arbeláez Restrepo***
Harol Castro Beltrán****

RESUMEN

La indagación acerca del principio de planeación en el contrato estatal de obra pública constituye el objetivo de este escrito. De él tratan la jurisprudencia y la doctrina administrativa y lo derivan de las normas legales y de los principios que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 consagran como requisitos de la contratación estatal. Para la indagación se utiliza el método cualitativo y el análisis descriptivo se apoya en la hermenéutica jurídica. Los fallos recientes del Consejo de Estado se caracterizan por la consideración del principio de planeación como esencial en la contratación estatal. De no estar presente, procede la nulidad absoluta del contrato, argumentación controvertida en salvamentos de voto y resolución de acciones de tutela, considerando que las causales de nulidad son taxativas y no provenientes de interpretaciones judiciales. Se concluye sobre la importancia de este principio-deber de la administración por su capacidad de control sobre la contratación y como freno a la corrupción. Se propone una modificación normativa y la divulgación previa de los componentes de la planeación con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas, sin desestimular la actividad privada.

Palabras clave: función pública; interés general; participación; validez del contrato; principio de planeación; nulidad del contrato.

* Artículo escrito como requisito en la Maestría en Contratación Estatal, Universidad de Medellín, cohortes II y IV.

** Abogada, especialista en Derecho Penal, candidata a magíster de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia. Profesora de cátedra de la Universidad de Medellín, Gerente General de la empresa Marketing Deportivo y asesora jurídica particular, Medellín, Colombia. Correo electrónico: marufle@hotmail.com

*** Abogado, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia; especialista en Derecho Administrativo Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia; especialista en Contratación Estatal Universidad de Medellín, Medellín, Colombia; candidato a magíster de la Universidad de Medellín, cohorte IV, abogado litigante en Derecho Administrativo, asesor de entidades públicas. Línea contratación estatal. Correo electrónico juank.arbelaez@hotmail.com

**** Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín, Colombia; especialista en Derecho Administrativo de la UPB, Medellín, Colombia; especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia y Contratación Estatal de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia; candidato a magíster en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín, cohorte IV. Línea contratación estatal, asesor contractual cobro coactivo en la ESE Hospital Francisco Valderrama, Francisco Luis Jiménez Martínez, de Carepa, San Sebastián, de Necoclí y María Auxiliadora, de Chigorodó y en el municipio de Apartadó. Correo electrónico hacabel@gmail.com

Planning of Public Works Contracts in Colombia: Principle, Duty or Requirement? Obligatoriness and Consequences of its Inapplication

ABSTRACT

This research inquires on the planning principle on state contracts for public works. Different laws such as the 80th from 1993 and 1150th of 2007 rule about this principle from which management doctrine and legal rules derive the requirements for state contracts. For the inquire a qualitative method is used and descriptive analysis is supported on law hermeneutics. The recent ruling from the Council of State considers the planning principle as essential for state contracts. If not present, the absolute nullity of the contract is stated, controverted in dissenting opinion and resolution of writs for protection of fundamental rights, considering that the causes for nullity are taxative and does not come from law interpretation. This paper concludes that this principle-duty is of the most importance for its capacity for controlling contracting and stopping corruption. A normative modification is proposed as well as a previous divulgation of the planning components for guaranteeing the compliance with the normative without discouraging private sector activity.

Keywords: public function; general interest; participation; contract validity; planning principle, contract nullity.

O planejamento nos contratos de obra pública na Colômbia: princípio, dever ou requisito? Obrigatoriedade e consequências de sua não aplicação

RESUMO

O questionamento sobre o princípio de planejamento no contrato estatal de obra pública constitui o objetivo deste artigo. Disso a jurisprudência e a doutrina administrativa tratam e derivam-no das normas legais e dos princípios que a Lei 80 de 1993 e a Lei 1.150 de 2007 consagram como requisitos da contratação estatal. Para o questionamento, utiliza-se o método qualitativo, e a análise descritiva está apoiada na hermenêutica jurídica. As sentenças recentes do Conselho de Estado são caracterizadas pela consideração do princípio de planejamento como essencial na contratação estatal. De não estar presente, procede à nulidade absoluta do contrato, argumentação controversa em salvamentos de voto e resolução de ações de tutela, tendo em vista que as causais de nulidade são taxativas e não provenientes de interpretações judiciais. Conclui-se sobre a importância desse princípio-dever da administração por sua capacidade de controle sobre a contratação e como freio para a corrupção. Propõe-se uma modificação regulatória e a divulgação prévia dos componentes do planejamento a fim de garantir o cumprimento das normas, sem desestimular a atividade privada.

Palavras-chave: função pública; interesse geral; participação; validade do contrato; princípio de planejamento; nulidade do contrato.

INTRODUCCIÓN

Las nuevas condiciones que introdujeron la globalización y la internacionalización de la economía, a partir de las décadas del ochenta y noventa del siglo XX, pusieron en discusión las funciones del Estado que se transformaron mediante modificaciones constitucionales y legales con el fin de hacer más eficiente la actividad económica privada y disminuir la intervención estatal por considerar que no posibilitaban el libre juego de la oferta y la demanda. A este tema se han referido autores como Sunkel (2007) y Stiglitz (2002). En el aspecto jurídico, como resultado de este enfoque, y como lo señala Kalmanovitz (1998) se han incluido en la Constitución Política colombiana los derechos fundamentales. Igualmente, se consagró la descentralización territorial y la participación de los agentes económicos privados en la prestación de servicios, con lo que se ha configurado la contractualización del derecho administrativo (Schmidt-Assmann, 2017). Otro de los cambios fundamentales es el de la adopción del modelo del Estado social de derecho y acorde con él, de los fines esenciales del Estado, tal como lo señala la Constitución de 1991:

Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2° Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Para alcanzar estos fines se ha consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política la función de la administración regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. La descentralización, la delegación y la desconcentración constituyen la posibilidad de que la satisfacción del interés general, en diversos ámbitos que antes atendía el Estado, se dé mediante la acción de los particulares, orientada según las normas de la contratación estatal. Se expide, entonces, la Ley 80 de 1993 que, según Matallana (2016), tiene como antecedente la Constitución Política y de este régimen se deriva "un nuevo concepto de administración y de gobierno" (p. 133).

En concordancia con la autorización constitucional, en la exposición de motivos de la Ley 80 se concibió un instrumento que permitiera adaptarse a las cambiantes circunstancias administrativas, eliminar el exceso de exigencias y requisitos que in-

crementaban los costos estatales y permitir mayor autonomía para cumplir con los fines del mandato entregado, garantizando, además, los derechos del administrado contratista (Matallana, 2016, p. 133).

En el artículo 3 de la Ley 80 se regulan sus fines y se dispone que los servidores públicos deben buscar "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados". Así lo dispone la Corte Constitucional al enfatizar sobre la satisfacción del interés colectivo que busca el ejercicio de la función pública "que puede llevarse a cabo mediante la contratación estatal" (Corte Constitucional, 1999a). De acuerdo con el régimen establecido, el contrato estatal evolucionó económica y jurídicamente, incluyó todo tipo de contratos civiles y comerciales que son estatales por el hecho de ser celebrados por una entidad de las que especifica el artículo 2 de la Ley 80. La contratación estatal está reglamentada por normas administrativas y por diversos principios que, para Matallana (2016) son: transparencia, economía, planeación, responsabilidad y selección objetiva (pp. 276, 449), mientras que para Rico (2007) se refieren a: transparencia, economía y responsabilidad y que la doctrina amplió a los de legalidad, continuidad, mutabilidad, economía y responsabilidad y la jurisprudencia incluyó los de mutabilidad, equilibrio contractual, autonomía de la voluntad, prevalencia del interés público, reciprocidad de las prestaciones y buena fe (2007, pp. 101-103).

Este artículo se dedica a indagar sobre la planeación dentro del contrato estatal de obra pública, entendiendo que toda gestión contractual del Estado debe estar precedida por los estudios, análisis, diseños y demás gestiones que permitan definir con certeza las condiciones del contrato a celebrar y del proceso de selección pertinente, con el fin de que la necesidad que motiva la contratación sea satisfecha en el menor plazo, con la mayor calidad y al mejor precio posible, es necesario entenderla cabalmente a la luz de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina. En armonía con lo dicho, se caracterizará y se tratará la normatividad vigente y lo establecido por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa y entender así su naturaleza jurídica, como principio o como deber. Se precisa conocer en qué consiste y cómo se entiende dicha planeación dentro de las etapas precontractual, contractual y poscontractual. Además, es necesario determinar las consecuencias que acarrea el desconocimiento de la planeación o su inaplicación.

Para la comprensión del problema de la planeación en el contrato de obra, se hizo una exhaustiva lectura de la jurisprudencia y la doctrina relacionadas con la contratación estatal, de tal manera que se pudiera disponer de elementos hermenéuticos para interpretar las características de la planeación en estricto sentido, unida, conceptualmente con el concepto de la planeación estatal. De esta manera se ha construido

mediante el análisis documental una hipótesis que se corrobora en la exposición y que tiene que ver con la planeación como principio que irradia completamente la contratación, como fuente de interpretación, como requisito previo a la celebración del contrato, pero también como deber que, al ser infringido, genera consecuencias para las partes contratantes, pero también para la comunidad que es destinataria de los resultados de los actos administrativos.

1. LINEAMIENTOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La Constitución Política establece que "compete al Congreso, expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, en especial, de la administración nacional" (artículo 150). En razón de esta autorización constitucional se expidió la Ley 80 (1993) modificada por la Ley 1150 (2007) con el fin de diseñar un régimen legal para el logro de los objetivos constitucionales del Estado social de derecho, puesto que, como lo ha establecido la Corte Constitucional (2009) el contrato estatal no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr los altos objetivos del Estado. Es la propia jurisprudencia constitucional la que caracteriza la actividad contractual del Estado social de derecho como una modalidad de gestión pública en la cual rigen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 y que realizan los servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad y a los que se refiere el artículo 123 de la Constitución Política. Estos ejercerán sus funciones en la forma que prevén la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. Son estos los parámetros para el cumplimiento de la función administrativa y, en general, constituyen el núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de derecho, como lo especificó la Corte Constitucional (2000).

Tal como se indica en la propia jurisprudencia, la contratación estatal es una forma de actuación pública que se ha consolidado con el Estado moderno, cuando asume la responsabilidad de prestar servicios y realizar funciones para la defensa de los derechos de los administrados, en un mundo donde la complejidad ha aumentado y se requiere el apoyo, la intervención y la experiencia de los particulares (Corte Constitucional, 2009). El interés general es el núcleo que guía y explica la manera como el legislador ha regulado este tipo de contratación y es la razón por la cual las actividades se someten a las reglas y principios que rigen los contratos de la administración pública. Para garantizar dicho interés, en la exposición de motivos del proyecto de ley que se conoce como Ley 1150 de 2007 se manifiesta que se hacen ajustes a la Ley 80 de 1993 con el fin de mejorar la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción (Corte Constitucional, 2009).

1.1 *Principios constitucionales obligatorios en la contratación estatal*

La contratación estatal obliga a los contratistas, no solo a cumplir lo pactado en el contrato, sino también a garantizar los fines del Estado y la función social que le fue asignada a este, de conformidad con la Constitución Política. Es importante anotar, en relación con este tema, que en la Sentencia C 713 (Corte Constitucional, 2009) se toca un punto fundamental en relación con el desarrollo económico: "la reforma, según se anotó, tuvo como propósito general entender la contratación pública como un instrumento dentro de la política de desarrollo del país" y se cita el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes, 3186, p. 30) que afirma que la contratación pública debe obedecer a la función gerencial del Estado y sigue la orientación racional en la intervención de la economía como principios constitucionales que orientan la contratación estatal.

La Sentencia C 300 (Corte Constitucional, 2012) define con claridad la intervención del Estado para racionalizar las actividades en el ámbito económico para lo cual deben anticiparse las consecuencias futuras de las acciones, de conformidad con el artículo 334 de la Constitución:

De esta forma la Constitución le exige al Estado cuando interviene en la economía que considere las consecuencias futuras de sus intervenciones, es decir, lo obliga a analizar la adecuación entre los medios y los fines perseguidos, de modo que, si los medios no son adecuados para cumplir el fin propuesto, la medida legislativa se torna inconstitucional.

Por su parte, el artículo 209 de la Carta dispone que la función administrativa debe orientarse por principios de economía y eficacia, de tal manera que se cumplan las exigencias del artículo 334. La administración debe tomar medidas para ahorrar costos en el cumplimiento de sus fines, los cuales deben cumplirse siguiendo los parámetros de costo-beneficio. En la sentencia atrás referenciada (Corte Constitucional, 2012) se retoma lo preceptuado en la Sentencia C 035 (Corte Constitucional, 1999b) en el sentido que los principios de eficacia, economía y celeridad son las orientaciones que debe guiar a la administración en el cumplimiento de sus deberes sociales. Y son estos principios los que acoge la normativa de los contratos estatales y se han identificado como los componentes fundamentales de la planeación estatal, a la cual se hace mención en el siguiente acápite.

1.2 *Del principio de planeación estatal: lineamientos constitucionales, doctrinales y jurisprudenciales*

Según afirma Castillo (2018), la planeación es inherente a la naturaleza del hombre, puesto que es un resultado de la facultad humana de pensar antes de actuar con el fin de obtener el mayor provecho. Los planes permiten fijar metas y determinar los pasos

a seguir. La autora, citando para ello el Diccionario Jurídico Español, define el vocablo plan –estatal– como un “conjunto de documentos elaborados por las administraciones públicas y que constituyen el marco para la toma de decisiones posteriores, fijando finalidades y objetivos, estableciendo prioridades para la actuación y haciendo compatibles las decisiones con la protección del medio ambiente” (p. 26).

Esta definición coincide, a juicio de Castillo, con la de Juan Carlos Expósito Vélez quien afirma que una buena planeación constituye la herramienta que permite defenderse, administrar, controlar y medir resultados (Castillo, 2018, p. 26). La planeación implica una secuencia de pasos, previamente establecidos para lograr el fin propuesto. Coincide, además, con la visión que sobre el tema de planeación ha desarrollado la Corte Constitucional, cuando al referirse a la planeación económica y social, afirma que se trata de un instrumento para direccionar la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población y al logro efectivo de los derechos y que constituye uno de los fundamentos del Estado social de derecho que adoptó la Constitución de 1991 (Corte Constitucional, 2003).

Al respecto, la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en las discusiones para la aprobación del texto de la Constitución política consideró que:

La planeación es el origen y al mismo tiempo la base para la toma de decisiones. Es igualmente, la herramienta principal para el logro de los fines que se trazan en cualquier organización. Por lo tanto, ésta es esencial en el manejo de esa gran organización llamada Estado, por lo que se requiere que su aplicación sea eficaz y eficiente, y la eficiencia de un proceso de planeación está directamente ligada a la consecución de sus objetivos, en un tiempo razonable y a un costo racional y posible.

Si bien el antecedente más inmediato de la planeación económica y social en el país se encuentra en la reforma constitucional de 1968 —que se enmarcó dentro de los postulados de un modelo de Estado interventor— en la carta política actual la planeación se ha hecho compatible con un modelo económico basado en la libertad de empresa y la igualdad económica, con énfasis especial en la autonomía de las regiones para la gestión de su propio desarrollo. Igualmente, es obligatoria para definir la prioridad del gasto social, está relacionada con los principios de participación ciudadana y con la concertación entre las entidades nacionales y territoriales para la formulación del plan de desarrollo y la preservación y el equilibrio ambiental y ecológico. Constituye una acción que refuerza el principio democrático y se articula con los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución de 1991 —artículos 339 a 344— se consagran directamente los postulados de la planeación que ha de seguir el Estado en relación con el Plan

Nacional de Desarrollo, la naturaleza jurídica de la ley por la cual se aprueba dicho plan, la autoridad encargada de organizar los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública, la naturaleza de las actuaciones del Consejo Nacional de Planeación, la conformación del Sistema Nacional de Planeación y los aspectos que deberá desarrollar la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo. Y es también en la Constitución, artículo 340, donde se consagran los planes de desarrollo territoriales que incluyen un componente estratégico y el plan de inversiones de mediano y corto plazo que deberán armonizar con la planeación nacional, norma superior que imprime unidad de acción y de propósitos, siempre para el eficaz cumplimiento de las funciones públicas. En cuanto a la concertación y armonización establecida para la planeación nacional y la territorial, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la existencia de una supremacía de la primera, lo cual se fundamenta en la unidad de acción y de propósitos que debe caracterizar el cumplimiento de las funciones públicas.

Al respecto se señala en el artículo 1 de la Constitución que "se evidencia que el diseño y la organización de la gestión administrativa local no es totalmente libre, toda vez que se imponen los lineamientos político administrativos propios de una República unitaria", con autonomía de las entidades territoriales dentro de los límites de la Constitución y la Ley (artículo 287), por lo cual se deja en manos de las autoridades nacionales la definición de la política económica general (artículos 303 y 315 de la Constitución; Corte Constitucional, 1997).

De manera específica, el artículo 339 de la Constitución Política de Colombia evidencia una planeación nacional integral, mediante la elaboración sistémica de un plan de desarrollo nacional que debe ejecutarse en concordancia con los planes de ejecución locales, y que además establece, por ejemplo para el caso de obras públicas, unos lineamientos o una matriz que integra las obras a realizar, el tiempo de ejecución, presupuestos plurianuales, proyectos centrales, objetivos a corto, mediano y largo plazo, financiación, metas, etc., propendiendo por una sinergia en la planeación que, estratégicamente, permita la consecución de los fines del estado. Expósito (2017) considera la planeación como la fijación de objetivos y metas, así como procedimientos para alcanzarlos. En el campo de la administración y citando a Chiavenato afirma que se trata de un modelo teórico para la acción futura que:

Debe comprender toda una articulación en cuanto a su objeto, destinatarios, marco espacio-temporal y finalidades. (...) Todo proceso de planificación debe seguir un sistema de fases y momentos; las primeras son el componente del proceso que comprende un todo, y los segundos los pasos específicos que conforman las fases para un correcto desarrollo del proceso de planificación (Expósito, 2017, p. 70).

Las fases son descritas por Expósito (2017) como: investigación y diagnóstico, la primera, formulación de estrategias, la segunda, táctica operacional de ejecución y gestión, la tercera y, una cuarta de seguimiento, control y evaluación (p. 72).

1.3 La planeación en la contratación pública: especificaciones en el contrato de obra pública

En la gestión pública, según Expósito (2017), la planeación se define como “una herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades estatales debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica” (p. 74). Acorde con esta definición, Expósito (2017) afirma que es obligatorio que se apliquen principios de racionalidad del gasto público, por lo cual se deben efectuar los estudios de factibilidad y las investigaciones pertinentes, orientadas a determinar la conveniencia, necesidad, oportunidad y valor de acuerdo con las cifras que se manejen en el mercado. Todo lo anterior deberá hacerse antes de la iniciación de cualquier procedimiento de diseño y selección de una contratación pública. A lo anterior puede agregarse que deberá hacerse en armonía con los lineamientos de la planeación estatal, bien sea en el nivel nacional o regional (p. 74).

En este punto, los autores consultados para este trabajo coinciden con Expósito en lo que se ha afirmado sobre la planeación, y con Aponte (2014) quien se refiere a la capacidad predictiva de los modelos de planeación y su carácter connatural a la administración, al ejercicio del poder y a la aplicación del derecho en relación con la contratación pública. (p. 183). De la misma manera lo expresa Santofimio Gamboa quien, según la autora, en un artículo sobre el impacto de la Ley 80 sobre los principios de la contratación (2009, p. 184) entiende la planeación como un asunto relacionado con la economía, las finanzas públicas, la participación ciudadana y el uso de los mecanismos de control de que dispone la ciudadanía. La norma, al establecer la interacción constante entre los fines propuestos y el desarrollo del ordenamiento jurídico para el logro del bien común, tiene un carácter que Aponte (2014, p. 183) denomina *performativo* porque lleva implícito en él su capacidad de ser acción constante. La ley busca que las conductas estatales interaccionen para el bien común mediante el cumplimiento de las políticas de Estado y su valor se extiende desde la acción hacia el control, entendiendo el ordenamiento jurídico en una perspectiva dinámica. El ordenamiento jurídico, según palabras de esta autora, no es estático ni absoluto, sino que es un sistema que permanentemente se transforma, pero dicha transformación debe hacerse, según Aponte, quien cita a Dávila, dentro de una visión planificada (2014, p. 184).

Ahora bien, en cuanto se refiere al tema de la planeación en el contrato estatal de obra pública es necesario definir dicha figura previamente. Se trata del acuerdo

de voluntades con el fin de realizar una obra y una de cuyas partes, al menos, es una entidad pública, según lo dispone la Ley 80 en el artículo 32. Debe versar sobre inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público y el pago puede pactarse según diferentes modalidades: precio global, precios unitarios, de acuerdo al monto de la inversión, por administración delegada, mediante reembolso de gastos, pago de honorarios y otorgamiento de concesiones. Hay que agregar, además, que desde la visión global de la contratación pública supeditada a la planeación como antecedente del pacto y la ejecución del contrato, se debe acatar integralmente el *Estatuto orgánico del presupuesto general de la nación*, en tanto los estudios comprenden la viabilidad técnica y económica y es necesario acatar los lineamientos de la racionalidad del gasto público. Los estudios deberán medir la factibilidad económica, además de la conveniencia, la necesidad, la oportunidad y el valor aproximado según la fluctuación y el estado del mercado.

En la contratación de una obra pública, en la que la administración busca lograr los fines esenciales del Estado mediante un equilibrio y cumplimiento deberán preverse los riesgos que condicionan su ejecución y sus resultados, puesto que las entidades públicas ejecutoras y los contratistas deben acatar todas las normas y los principios rectores que determinan una gestión eficiente y oportuna. Si se piensa en la planeación desde la perspectiva descrita, y se aplica al contrato de obra, hay que pensar que va mucho más allá de los procedimientos legales y el cumplimiento de los requisitos de la contratación. Sus fines se encaminan a lograr la ejecución de los planes de desarrollo en tanto tenga la prioridad que estos le dan, se cuente con los estudios previos y estén disponibles los recursos. El Consejo de Estado lo afirma, y agrega que, al proyectarse un contrato de obra, deberá tenerse en cuenta que debe ser sostenible y tener continuidad en el tiempo de tal manera que se cumplan los objetivos de la responsabilidad social y el buen gobierno (Consejo de Estado. Sección Tercera, 2006). Sobre este tema, en junio de 2008, el Consejo de Estado, afirmó que:

Así, las entidades públicas, aparte de cumplir con la ley, lo harán dentro de estándares de calidad, planeación estratégica, normas internacionales de contabilidad e información financiera, buen gobierno de las agencias públicas, para que se minimicen los problemas del clientelismo y corrupción que históricamente han afectado la contratación pública (Consejo de Estado. Sección Tercera, 2008a).

Anota Aponte (2014) que una de las dificultades para la comprensión del tema de la planeación está dado porque se le ha entendido ligado a la etapa precontractual, cuando en realidad también se aplica a la etapa contractual y postcontractual. La autora plantea que, aunque normativamente están definidos los pasos y fases en la primera etapa, a las restantes debe aplicárseles el principio de planeación en sentido amplio, si se quiere dar cumplimiento estricto al principio de planeación. Expósito

(2017), al referirse a la aplicación del principio de planeación se remonta a las normas constitucionales y legales del mismo: aunque habla de que desde el año 1936 se han incorporado normas sobre planeación en las reformas constitucionales, es en 1991 cuando hace parte de la corriente jurídica correspondiente y se integra a partir de los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política, normas que constituyen el fundamento de la figura de la planificación.

En el ámbito legal, la planeación está establecida en los numerales 6,7 y 11 a 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, así como en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80. La perentoriedad de la norma sobre planeación está dada claramente por la Ley, según lo afirma Dávila (2016) ya que en la Ley 80 de 1993 se confiere una "singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan, incidirán negativamente durante la ejecución del contrato". Debido al marcado desconocimiento por parte de la Administración se reiteró y desarrolló la planeación con mayor vigor desde la promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 1082 de 2015. Sobre el tema, Santofimio (2009) afirma:

La planeación y 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, hacen 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.

En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas (pp. 42-43).

El Consejo de Estado (2008a) afirma, en el mismo sentido antes expuesto, que es necesario "exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales". En el mismo sentido se han dado pronunciamientos por el Consejo de Estado sobre este mismo tema, como lo fueron la Sentencia del 24 de abril (2013a), también en la Sentencia del Consejo de Estado, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio (Consejo de Estado, 2017).

2. PLANEACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Al consultar la doctrina, se encuentra que para Expósito (2017), la planeación es un principio y contiene una serie de deberes. En una cita que contiene un pronunciamiento

del Consejo de Estado y un concepto de la Procuraduría General de la Nación, se destaca que antes del inicio del proceso de selección estatal, es indispensable la elaboración por parte de la entidad de todos los estudios que permitan dar cuenta de todos los aspectos que son decisivos para la contratación y relevantes a la hora de definir el resultado de una convocatoria. Estos aspectos incluyen la necesidad real que tiene la administración de celebrar el contrato, además de las modalidades contractuales existentes en el mercado y las razones que inclinan la decisión por una de ellas y las calidades de los bienes, obras y servicios que se hayan predefinido como partes fundamentales para satisfacer la necesidad existente. En este punto se incluyen los planos y requerimientos que se exigen, los costos y los valores –a precios de mercado real– que demanda la celebración del contrato.

Como requisito esencial de la planeación hay que incluir también la disponibilidad de los recursos con que cuenta la entidad estatal contratante, así como su capacidad financiera para asumir las obligaciones que deben cancelarse en dinero. La entidad ha de tener en cuenta si existen proveedores, constructores o profesionales en el mercado nacional e internacional y que:

Estén en condiciones de atender las necesidades de la entidad contratante, así como los procedimientos, trámites y requisitos de deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar (Expósito, 2017, p. 77).

Expósito cita, además, el *Manual de buenas prácticas para la contratación pública* del Departamento Nacional de Planeación del año 2004 como un compendio de los requisitos que debe verificar la administración pública antes de celebrar contratos estatales en forma idónea (Expósito, 2017). En este manual se incorporan todas aquellas exigencias previas al proceso de selección, obligatorias para esta etapa y que contienen las manifestaciones expresadas del principio de planeación contractual. La primera es el ajuste de los contratos a las necesidades de cada entidad para el cumplimiento del servicio público que se tiene encomendado. Es así como la entidad deberá delimitar el objeto a contratar. Por esta razón se deben tener estudios, proyectos, diseños y los análisis para el correcto planteamiento de la necesidad. Se debe disponer de los recursos de conformidad con el criterio de que todo gasto en que incurra el Estado debe estar autorizado en la Ley de Presupuesto Nacional y en la de cada entidad. Igualmente, se debe contar con estudios sobre los alcances técnicos y jurídicos del contrato, así como todas las condiciones en que debe ser ejecutado. Deben existir estudios económicos del sector que, según Safar Díaz (citado por Expósito, 2017) corresponden a un estudio de mercado completo, tanto nacional como internacional, para poder efectuar el análisis de precios y escoger la mejor propuesta, estudio que, en armonía con la directiva 2014-24 de-UE del Parlamento Europeo y el Estatuto

General de Contratación de la Administración Pública en Colombia, consagra que el precio de los contratos debe adecuarse al mercado (pp. 92-93).

Deben, además, conocerse los riesgos que implica para las partes la ejecución del objeto contractual, la asignación desde el pliego de condiciones y la minuta de contrato correspondiente. Se deben obtener los bienes que se requieran, los permisos o licencias para la ejecución del contrato (licencias de construcción, licencias ambientales, permisos de las autoridades nacionales, municipales o departamentales). Es obligatorio el esquema de seguimiento y control del contrato, que es el que permite evidenciar el cumplimiento del objeto contractual (Expósito, 2017, p. 95). Aponte (2014) se refiere al principio de planeación con fundamento en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 cuando se ocupa del principio de economía y que contempla, en el numeral 12, los requisitos para contratar. Al respecto afirma:

Esta norma fue modificada por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, que, bajo la denominación de maduración de proyectos, impone como mandato imperativo para para las entidades estatales del Estado, cumplir previamente las exigencias internas necesarias para concretar la necesidad y la procedencia de la contratación, definiendo la existencia de recursos económicos para atender el contrato. Además, en el análisis previo se debe establecer cuáles serán los impactos económico, social y ambiental de la obra a realizar, hecho que es muy importante, porque toma la obra en un contexto de ejecución técnica y la vincula como proyecto, al cumplimiento de unas metas establecidas previamente en unos planes (Aponte, 2014).

Castillo (2018), siguiendo en su conceptualización a Expósito (2017), divide las exigencias del principio de planeación en aquellas fases que hacen parte de la etapa precontractual y que coinciden con las expuestas por el autor, y que este agrupa dentro de la planeación propiamente dicha, puesto que se trata de aquellas en las cuales las exigencias deben estar presentes al momento de la divulgación del proyecto y el inicio de la convocatoria y selección de proponentes.

Aponte (2014), por su parte, realiza su análisis a partir de la diferencia que establece entre los conceptos de planeación y planificación, considerando que el primero es transversal a los contratos desde el mismo momento en que se les piensa y diseña y durante toda su ejecución, mientras que la planificación se refiere a todos aquellos momentos, pasos y requisitos que se han nombrado en este trabajo. Al respecto, hay que anotar que Expósito, tanto en la obra citada (2017) como en la que se refiere a las formas y contenido del contrato estatal (Expósito, 2013) utiliza el término planificación e incluye en este último los requisitos mencionados para la etapa precontractual, los cuales hacen parte de la validez del contrato, según lo ha establecido la jurisprudencia.

Expósito (2013) afirma en forma clara que la concreción del principio de planeación, en lo que tiene que ver con la delimitación de la necesidad, el estudio de conveniencia

y oportunidad, el otorgamiento de licencias y permisos, el análisis del mercado, el cumplimiento de los requisitos presupuestales, la determinación de los riesgos previsibles y la maduración de proyectos, son formalidades de obligatorio cumplimiento para la configuración del contrato estatal. La omisión de esta planeación puede tener consecuencias funestas para el desarrollo del procedimiento de selección, así como para la ejecución del contrato y para configurar la responsabilidad de la administración en la acusación de perjuicios derivados de su negligencia, en relación con los potenciales contratistas al momento de la selección, o a terceros durante la ejecución del contrato mismo, sin contar con que dicha omisión puede constituir una fuente de despilfarro del patrimonio público y la imposibilidad de prestación de los servicios a los ciudadanos y la posibilidad de decretar la nulidad del contrato celebrado sin el lleno de los requisitos, pues se trata de la validez de aquel. Así lo ha dicho el Consejo de Estado (2008b; 2013a) según cita Expósito:

La falta de planeación infringe los artículos 209 y 341 constitucionales y particularmente una indebida planeación contractual sería violar una prohibición legal contenida en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. Esto configura entonces la nulidad absoluta del contrato contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993 (Expósito, 2013, p. 54).

Es importante destacar que Rico (2007) ubica los requisitos dentro de la planeación, como componentes del principio de economía (pp. 312-315), y al referirse a las nulidades del contrato estatal las enumera sin mencionar expresamente el desconocimiento o la omisión de los actos que integran la planeación, pudiendo encajarse, más bien, en el numeral segundo: "contra expresa prohibición constitucional o legal; es lo que tipifica precisamente el objeto ilícito" (p. 965).

3. CONSECUENCIAS DEL DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

A este tema se refieren igualmente la jurisprudencia y la doctrina. Entre los doctrinantes se encuentra a Expósito (2017) y Santofimio (2017). Para el primero, quien parte de las consideraciones del Consejo de Estado que ha fallado en distintas ocasiones sobre la nulidad del contrato celebrado sin que concurren las condiciones que configuran el principio de planeación por la existencia de objeto ilícito, la mirada sobre el asunto tiene distintos componentes. La configuración del objeto ilícito se da en tres supuestos, a partir de las decisiones tomadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 51.489 (2015): i) situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no podrá ejecutarse, ii) situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, iii) situaciones que desde el momento de la

celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

El examen que el autor realiza sobre la presencia de los hechos que se mencionan en la sentencia, que se refieren a situaciones constitutivas de violación del principio de planeación, parte de la consideración de los requisitos para la validez del contrato. Para ello ha tenido en cuenta que el Consejo de Estado se ha referido a que no existe validez, precisamente por la existencia de un objeto ilícito, a la luz del artículo 1502 del Código Civil que exige: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Luego del análisis sobre las normas del Código Civil que fijan los requisitos mencionados, afirma que la violación del principio de planeación, teniendo en cuenta las distintas variables que se presentan en cada caso, no se ubica en la ilicitud del objeto dentro de las hipótesis señaladas unas líneas atrás y que corresponden a la jurisprudencia referida, sino que podrá afectar la causa, "entendida como la razón legal que justifica la contratación estatal". Sin embargo, considera que será caso por caso como podrá determinarse cuál es la violación que se da, de manera que el contrato celebrado no se adecúe a las normas de validez (Expósito, 2017).

A este mismo tema de la causa se refiere Expósito (2013) con más detalle en el texto sobre la forma y el contenido del contrato estatal: la causa como razón legal que justifica la contratación y está ligada íntimamente al principio de planeación, ya que debe entenderse como una causa normativa de requisitos que deben agotarse antes de su celebración. Al respecto, explica:

De aquí el mandato expreso contenido en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el artículo 8° de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 2.1.1 y 2.2.3 del Decreto 734 de 2012 que señalan la obligación de que las entidades estatales elaboren y publiquen, además de los proyectos de pliegos de condiciones, los estudios y documentos previos que justifican la contratación, los cuales están conformados por los documentos definitivos que sustentan el proyecto de pliego de condiciones. Dichos estudios previos se constituyen en los requisitos legales que reflejarán la causa del contrato estatal, pues además de demostrar el cumplimiento del deber legal de una continua y eficiente prestación de un servicio público (...) deberán establecer la conveniencia y la necesidad de la contratación y todos los elementos preparatorios de la misma, dando a conocer de esta manera el motivo que induce a una entidad estatal determinada a celebrar un contrato (Expósito, 2013, pp. 123-124).

Para Castillo (2018) existen diversas formas que la jurisprudencia ha introducido y que se refieren a la vinculación de los particulares al cumplimiento de los fines del Estado. Como colaboradores están obligados a detectar las deficiencias que existen en el mismo y, en consecuencia, abstenerse de participar en contratos donde se observa la imposibilidad de la ejecución. La declaratoria de la nulidad por falta de planeación

obliga a los participantes y a los posibles contratistas a investigar acerca de los elementos que deben hacer parte del contrato, con el fin de no incurrir en contrataciones que luego pueden ser revocadas durante la etapa de adjudicación y generar perjuicios precisamente por haberse sometido a ella, o, lo más grave, sufrir los efectos de la nulidad, una vez está en ejecución el contrato o se solicitan rubros no reconocidos en la liquidación o la restitución del dinero entregado como parte del contrato.

Sobre el tema se ha pronunciado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en varios sentidos: teniendo como referencia el estudio de Sandoval (2015) en el cual se encuentran pronunciamientos jurisprudenciales que declaran la nulidad del contrato estatal por violación del deber de planeación como en el caso de las sentencias de la Sección Tercera, Subsección C, del 24 de abril y 13 de junio de 2013 (radicados 27315, 24809 y 26637) a favor de la declaratoria de nulidad. Pero hay también salvamentos de voto del consejero Enrique Gil Botero en contra de la declaratoria de nulidad y en sentencias de la secciones Cuarta y Quinta, en contra de la declaratoria de nulidad, citadas también por Sandoval

En general, los tres casos hablan de la suscripción de contratos de obra entre una entidad del Estado y un particular que no pudieron ser ejecutados, por cuanto la entidad contratante no adquirió previamente los terrenos necesarios para llevar a cabo las obras. Ante esto, los contratistas demandaron a las entidades contratantes con el propósito de solicitar que se declarara el incumplimiento de los contratos, con el respectivo reconocimiento de los perjuicios causados. En sede de apelación, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió los tres casos a partir de la formulación de una estructura argumentativa similar (Sandoval, 2015). Se consideraron los principios de transparencia y economía, cuya materialización depende de que se satisfagan los deberes de planeación y selección objetiva. El tribunal afirma que los contratos del Estado deben ser correctamente planificados, no improvisados, puesto que el desconocimiento del deber de planeación contraría la esencia del interés general. Con todo, se advierte que el deber de planeación no se encuentra expresamente señalado en la legislación. Sin embargo, del estudio de diversos preceptos jurídicos se extrae la idea que las actividades administrativas de orden contractual deben seguir un procedimiento claro, específico y organizado. La argumentación continúa al señalar que el deber de planeación, especificado en el parámetro de oportunidad, permite garantizar el principio de economía en tanto que, a través de ellos, se conoce el costo de los bienes y servicios a contratar, el plazo de ejecución y demás aspectos que se requieren a fin de realizar la contratación (Sandoval, 2015).

En concordancia con lo anterior, el fallador explica que la contravención del deber de planeación, que conlleve la imposibilidad de cumplimiento del objeto contractual, implica la materialización de un contrato con objeto ilícito "porque se están contravi-

niendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar” (Consejo de Estado, 2013a). Afirma al respecto, Sandoval:

Con todo, cabe aclarar que no toda transgresión del deber de planeación genera la nulidad del contrato por objeto ilícito, en tanto que esta se configura por cuenta de aquellas fallas que permiten dilucidar, desde su celebración, (i) que el contrato definitivamente no podrá ejecutarse, (ii) que su ejecución depende de situaciones indefinidas e inciertas o (iii) que no se podrá cumplir con el objeto en los plazos establecidos cuando esto conduzca a que la entidad deba incurrir en mayores gastos. Las sentencias en comento continúan su parte considerativa con el abordaje de la nulidad absoluta del contrato estatal, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de tal suerte que el desconocimiento del principio de planeación deriva en la nulidad del contrato por ilicitud del objeto pues esto debe suceder con los negocios que quebrantan el derecho público. Dicha nulidad, señala el juzgador, puede ser declarada por el juez de oficio (Sandoval, 2015).

Asimismo, se establece en el fallo del máximo tribunal, en el cual se hace referencia al principio de planeación:

De esta manera todos los procesos contractuales deben estar condicionados a lo establecido por los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, es decir a los principios generales de la contratación, como lo son el de planeación, economía, publicidad y selección objetiva del contratista, que obligan a la administración a garantizar transparencia durante el proceso de selección del interesado, lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido (Consejo de Estado, 2014).

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

Al respecto el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ordena que ‘con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones’. Y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de pre factibilidad o factibilidad (Consejo de Estado, 2014a).

Sobre el principio de planeación, el Consejo de Estado ha hecho énfasis en su importancia como elemento que garantiza la legalidad de la contratación estatal en todas sus etapas, pero en especial en lo que se refiere a la de celebración del contrato. Es cierto que no fue definido como principio por la Ley 80 de 1993, pero se deriva del articulado de la Ley 80 que exige que la administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado, como cita Sandoval (2015, p. 14), al referirse a un fallo del Consejo de Estado del año 2008, con ponencia del magistrado Guerrero.

Sin embargo, sobre este tema se registran salvamentos de voto del consejero Enrique Gil Botero, en distintas sentencias (Consejo de Estado, 2013a; 2013b, 2014) en contra de la declaratoria de nulidad. En estos salvamentos de voto a las sentencias se propone como argumento en derecho que la falta al deber de planeación, que constituye o hace parte de una etapa previa a la celebración del contrato, es un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones del contrato y no un requisito de validez del mismo. Además de lo anterior, el magistrado Gil Botero considera que asignar a la planeación el carácter de requisito para la validez del contrato genera consecuencias negativas para el contratista a quien, por esta vía, se le asigna la responsabilidad por el desacato de la administración de su deber de planeación. Este argumento lo comparte Amaya (2016) para quien, si se sigue lo dispuesto por el Consejo de Estado en cuanto a la nulidad del contrato por no dar cumplimiento al principio-deber de planeación, se producen consecuencias gravosas para los contratistas quienes entrarían a responder por actos en los que no tienen facultad para actuar.

La posición de Amaya (2016) se apoya, además, en lo dispuesto por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que, al fallar una acción de tutela, precisamente contra una sentencia proferida por la Sección Tercera con ponencia del consejero Santofimio Gamboa, dijo que las nulidades solo pueden establecerse por las causales expresamente señaladas en la ley. Además, que no se trata de que se configure un objeto ilícito, pues para afirmar lo anterior hay que analizar las prestaciones pactadas que son las que constituyen dicho objeto.

Las sentencias a que hace referencia Amaya (2016) fueron proferidas por la Sección Cuarta el 21 de agosto de 2014 y la Sección Quinta del 27 de noviembre de 2014, en contra de la declaratoria de nulidad. Se explicó arriba que la parte demandante interpuso una acción de tutela en contra de la sentencia del 13 de junio de 2013 (Consejo de Estado, 2013b). El estudio de la acción de amparo en primera instancia correspondió a la Sección Cuarta del Consejo de Estado (radicado n.º 11001031500020130191900) y, dicha segunda instancia fue resuelta por la Sección Quinta de este mismo Tribunal (radicado n.º 11001-03-15). Así pues, en la decisión de segunda instancia se expresa

que la contravención del deber de planeación no implica, necesariamente, que el negocio esté viciado por objeto ilícito. Con lo dicho no se desconoce la importancia y obligatoriedad del principio de planeación tanto para entidades estatales como para contratistas. Sin embargo, para la situación en estudio, no hay lugar a tal declaratoria, por cuanto la ilegalidad del negocio no fue deducida de sus prestaciones, lo cual es exigido para que se configure la causal de objeto ilícito. Por esta vía, el juez de segunda instancia coincide con el *a quo* en el reproche a la sentencia objeto de tutela (Sandoval, 2015), y ordena a la Sección Tercera proferir un nuevo fallo.

La controversia sobre el tema ha sido amplia. Sandoval lo evidencia al citar sentencias del Consejo de Estado (2014), donde contrargumentó la posición asumida por la Sección Cuarta y se extendió en argumentos en contra de la tesis esgrimida en el sentido de que:

La interpretación sistemática de las disposiciones que hacen referencia al objeto ilícito como causal de nulidad permite concluir que la transgresión de una norma imperativa o una prohibición legal se configura como un vicio que afecta la validez del negocio, salvo que el ordenamiento prevea una sanción distinta” (Sandoval, 2015).

De esta manera ha transcurrido el quehacer del Consejo de Estado en relación con el tema aquí tratado y que tiene defensores y contradictores. Defensores, en tanto el cumplimiento estricto de la planeación significa que se da cumplimiento a los principios de legalidad y de economía y se evite de esta manera la corrupción asociada a la contratación y el enriquecimiento de contratistas inescrupulosos que ante la parálisis de las obras por fallas en la planeación demandan al Estado y obtienen sumas importantes a partir de contratos jurídicamente anulables. Sin embargo, también hay detractores, ya que hacer responsables a los contratistas de la planeación del contrato y decretar la nulidad de los contratos significaría desplazar parte de la responsabilidad de la administración y sus funcionarios a aquellos, circunstancia que impediría la participación privada en la ejecución de contratos de obra pública. La contratación de obras públicas se convertiría en un gran riesgo para las empresas, ya que podría suceder lo que ordenó el Consejo de Estado (2013a), fallo en el cual se condenó al actor –contratista– Jairo Ospina Cano, a restituir al Área Metropolitana de Bucaramanga la suma de \$11'367.829,75 que recibió a título de anticipo, actualizada a la fecha del fallo a \$25.612.786, 87. Además, se ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que se investigaran las conductas de quienes celebraron los contratos violando el deber de planeación. Fallos como este desalientan la inversión privada nacional o extranjera, como lo afirma Amaya (2016).

Las últimas notas, y que darían lugar a un análisis detenido, se refieren al interrogante que se genera en relación con la aplicabilidad o no del principio de planeación,

considerado en cuanto al contrato de obra propiamente dicho, en los casos en que se contrata bajo la modalidad de *urgencia manifiesta*, según lo estableció el Consejo de Estado al afirmar en el proceso decidido por la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia n.º 11001-03-26-000-2007-00055-00:

En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados (Consejo de Estado, 2011).

CONCLUSIONES

La indagación realizada evidencia unanimidad en los tratadistas del derecho sobre la importancia que tiene la planeación en la contratación estatal y, en el caso presente, en el contrato de obra pública.

Aunque se hace referencia al principio de planeación como principio y como deber, la mayoría de los tratadistas lo consideran como un deber de la administración, aunque no está expresamente consagrado y lo derivan de una importante y amplia elaboración hermenéutica sobre la configuración de los contratos estatales.

No queda la menor duda de que la planeación es fundamental en todo el régimen de la contratación, por cuanto habiéndose abandonado la reglamentación detallada del Decreto Ley 222 de 1983, y habiéndose transformado la función pública consagrada en la Constitución, y permitiendo la participación de los particulares en la satisfacción del interés general, el control estatal no puede ser abandonado, sino reemplazado por normas que establezcan los criterios necesarios para que la contratación privada, y en este caso el contrato de obra pública, pueda cumplir verdaderamente con los objetivos propuestos en la Constitución Política.

Puede pensarse que no propiciar un examen verdaderamente riguroso de los requisitos precontractuales de la contratación generaría perjuicios de gran envergadura no solo al propio Estado, sino a los particulares. Por esta razón, hay que entender la posición del consejero Gil Botero y de las acciones de tutela, en el sentido de que incorporar nuevas causales de nulidad al margen de la ley llevaría a los contratistas a asumir obligaciones que no son propias de su actividad, así como llevarlos a la ruina con obras y colocarlos en la situación de ejercer el control de actos previos a la contratación, cuando apenas se están postulando para realizarla.

Aunque esta sea una de las consecuencias de la amplia participación privada en la contratación estatal, el Estado no puede permitir que los particulares puedan llegar a la ruina debido a la imprevisión de sus propios organismos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la indagación sobre el tema de este trabajo permite pensar en la necesidad de incorporar una norma al conjunto de las que gobiernan la contratación que incluya dentro de los requisitos de la convocatoria la exigencia de que este sector informe a los posibles contratistas sobre los componentes de planeación que deben tenerse en cuenta.

También puede considerarse la participación de las universidades para que realicen, previamente a la propuesta de convocatoria a contratistas para una obra pública, una auditoría que dé cuenta del componente de planeación del contrato y lo den a conocer públicamente.

Es necesario, de acuerdo con la indagación anterior, encontrar medidas eficaces que obliguen al acatamiento del principio-deber de planeación en los contratos de obra pública, en defensa del interés general, sin detrimento de la actividad privada.

REFERENCIAS

- Amaya, L. (2016). La violación al principio de la planeación en la contratación estatal: el cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura. *Nova et Vetera*, 2(16). Recuperado de <https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Vol-2-Ed-16/Omnia/La-violacion-al-principio-de-la-planeacion-en-la-c/>
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 11, 177-20. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4024>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Informes de las sesiones realizadas por la comisión segunda. Recuperado de http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Comisi%C3%B3n_segunda_de_la_Asamblea_Nacional_Constituyente
- Castillo, E. (2018). *La trascendencia de los estudios previos, como materialización del principio de planeación en los contratos estatales de obra* (Tesis de maestría). Universidad del Rosario, Bogotá.
- Congreso de la República. (1993). Ley 80 de octubre 28 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración pública. Diario Oficial 41.094 de octubre 28 de 1993.
- Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de julio 16 por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Diario Oficial 46.691 de julio 16 de 2007.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Colombia. (2006). Sentencia n.º 25000-23-26-000-1991-07664-01 (I4287) de agosto 31. C. P. Fajardo Gómez, M.
- Consejo de Estado. (2008a). Sentencia n.º 15001233100019880843101-8031 de junio 5. C. P. Fajardo Gómez, M.

- Consejo de Estado. Sección Tercera. Colombia. (2008b). Sentencia n.º 85001-23-31-000-1997-00423-01 (15603) de diciembre 1. C. P. Guerrero de Escobar, M.
- Consejo de Estado. (2011). Sentencia n.º 11001-03-26-000-2007-00055-00 (34425) de febrero 7. C. P. Santofimio Gamboa, J.O.
- Consejo de Estado (2013). Sentencia 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) de abril 24. C.P. Santofimio Gamboa, J.O.
- Consejo de Estado. (2013a). Sentencia n.º 68001-23-15-000-1998-01743-01 (24809) de abril 24. C. P. Santofimio Gamboa, J.O.
- Consejo de Estado. (2013b). Sentencia n.º 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26637) de junio 13. C. P. Santofimio Gamboa, J.O.
- Consejo de Estado. (2014a). Sentencia n.º 2012-00762 de octubre 20. C. P. Vergara Quintero, L.
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia n.º 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809) de octubre 20. C. P. Santofimio Gamboa, J.
- Consejo de Estado (2015). Sentencia n.º 73001- 23-31-000-2012- 00012-01 (51.489) de diciembre 10. C.P. Santofimio Gamboa, J.O.
- Consejo de Estado. (2017). Sentencia n.º 15001-2333-000-2013-00526-01 (55.855) de octubre 23. C. P. Santofimio Gamboa, J.O.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes. (2002). Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3186.pdf>
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C 448 de septiembre 18. M. P. Martínez Caballero, A.
- Corte Constitucional. (1999b). Sentencia C 035 de enero 27. M. P. Barrera Carbonell, A.
- Corte Constitucional. (1999a). Sentencia C 400 de junio 2. M. P. Naranjo Mesa, V.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C 088 de febrero 2. M. P. Morón Díaz, F.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C 524 de julio 1. M. P. Córdoba Triviño, J.
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia C 713 de octubre 7. M. P. Calle Correa, M.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C 300 de abril 25. M. P. Pretelt Chaljub, J.
- Dávila, L. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis.
- Expósito, J. (2017). La planeación y la validez del contrato estatal. En A. Montaña y J. Rincón (Eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (pp. 63-112). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Expósito, J. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kalmanovitz, S. (1998). Neoliberalismo e intervencionismo: sus fuentes y razones. *Revista de Estudios Sociales*, (1), 33-38. doi: <https://doi.org/10.7440/res1.1998.04>
- Matallana, E. (2016). *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993 (Incluye Decreto 1082 de 2015)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rico, L. (2007). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Sandoval, V. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista de Derecho Público*, (35), 1-25. doi: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.08>
- Santofimio, J. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En J. Santofimio y J. Benavides (Comps.), *Contratación estatal: estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007* (pp. 42-85). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2017). Potestad sancionatoria de la administración en materia de contratación estatal. En A. Montaña y J. Rincón (Eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (pp. 467-550). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schmidt-Assmann, E. (2017). Contractualización del derecho administrativo. En A. Montaña y J. Rincón (Eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas* (pp. 717-742). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Stiglitz, J. (2002). *El malestar en la globalización*. Madrid: Taurus.
- Sunkel, O. (2007). En busca del desarrollo perdido. Recuperado de http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/vidal_guillen/27Sunkel.pdf