

**ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN
ESTATAL, EN SUS DIMENSIONES TÉCNICA, JURÍDICA Y FINANCIERA**

**LUISA MARIA SUAREZ ZULUAGA
MARIA CLARA VELEZ AMAYA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2016**

**ALCANCES DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN
ESTATAL, EN SUS DIMENSIONES TÉCNICA, JURÍDICA Y FINANCIERA**

**LUISA MARIA SUAREZ ZULUAGA
MARIA CLARA VELEZ AMAYA**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

**Asesor
WILLINGTON GIL ALZATE
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2016**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

MEDELLÍN, 21 DE ABRIL DE 2016

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	pág.7
CAPÍTULO I: EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	
1.1 Fundamento del principio de planeación.....	pág. 9
CAPÍTULO II: CONTEXTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	pág. 15
2.1 Concepto y alcance del principio de planeación.....	pág.15
2.1.1 Alcance técnico.....	pág.21
2.1.2 Alcance jurídico.....	pág.29
2.1.2.1 Justificación del proceso.....	pág.29
2.1.2.2 Régimen de autorizaciones, permisos y licencias.....	pág.32
2.1.2.3 Cronograma.....	pág.37
2.1.2.4 Matriz de riesgos y garantías	pág.38
2.1.3 Alcance financiero.....	pág.50
CAPÍTULO III: ASPECTOS QUE CONDUCEN A LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	pág. 58
3.1 Falta de control objetivo interno y externo.....	pág.58
3.2 Desconocimiento o ignorancia del principio de planeación.....	pág.70
3.3 Corrupción.....	pág.73
CAPÍTULO IV: LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL DERIVA EN VICIOS DE NULIDAD?.....	pág.81

V. CONCLUSIONES.....pág.91

VI. BIBLIOGRAFÍA.....pág.93

RESUMEN

Esta tesis pretende dejar constancia de los alcances del principio de planeación en la contratación estatal sus dimensiones técnica, jurídica y financiera, exponer las posibles causas que conducen a la violación de este principio, además de enunciar la posible nulidad absoluta derivada de su inobservancia. El principio de planeación orienta el ejercicio de todas las actuaciones administrativas, y como resultado a la contratación estatal, que hoy en día, si bien no se encuentra expresamente consagrado en la norma, se deriva por criterios interpretativos de principios consagrados en la Constitución y en las leyes, interpretando integral, sistemática y extensivamente el ordenamiento jurídico.

Por el principio de planeación en términos generales dentro de la contratación estatal se entiende el proceso de diseño, selección de objetivos y estrategias a realizar, acordes a la satisfacción de una necesidad a través del contrato estatal. Esto implica no solo planear en una etapa inicial, si no en cada una de las etapas del proceso.

El principio de planeación en los últimos tiempos ha cobrado un carácter importante en la contratación estatal, en virtud a los últimos escándalos, que han repercutido en que se encuentre en la “lupa”, y se busque dar solución a los casos que se presentan de violación al principio de planeación, que terminan por afectar los interés colectivos de la sociedad. Por eso el objetivo es generar una conciencia cultural y normativa de la importancia de este principio y el alcance que tiene en la práctica.

PALABRAS CLAVES: Principio, planeación, alcances, dimensión técnica, dimensión jurídica, dimensión financiera, violación, nulidad absoluta, contrato estatal.

INTRODUCCIÓN

En el campo de la función administrativa ha habido una creciente importancia por los principios generales de la contratación estatal, su tratamiento, su cumplimiento y su violación. Hoy en día se evidencia una crisis desde el cumplimiento de estos principios que de alguna manera pasan desapercibidos en incontables procedimientos de contratación, y es muy común ver que dentro de los contratos estatales se ven comprometidos los principios en diferentes casos de corrupción.

La contratación estatal no persigue propósitos diferentes a cumplir con los fines propios del Estado, orientados a una continua y eficiente prestación de servicios y efectividad de los derechos e intereses de los administrados, es por esto, que el tramita, celebra y ejecuta los contratos estatales que deben cumplir con reglas y principios que velen por la seguridad del interés general y de la transparencia de estos procesos, que evidentemente se han visto vulnerados en innumerables contratos estatales que desconocen el cumplimiento de estos. Este es el caso del principio de planeación, que si bien no está expresamente consagrado, se deriva por criterios interpretativos como la subsunción y por la jurisprudencia, que propenden por la adecuada ejecución de los contratos estatales, y que hoy en día es desconocido en muchos procesos y ocasiona consecuencias irreversibles para la contratación.

El desarrollo del principio de planeación es fundamental en todo contrato estatal, y como menciona Jaime Orlando Santofimio Gamboa consejero de Estado¹ adicionalmente se ha convertido prácticamente en la columna vertebral donde se apoyan todos los elementos necesarios desde una perspectiva técnica, jurídica, económica y financiera, para planear los procedimientos adecuados para el logro

¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CAMBIO NORMATIVO Y LA AFECTACIÓN DE LAS ECUACIONES CONTRACTUALES. Revista Economía Colombiana 332. Contraloría General de la República. Pág 22

de los fines estatales, además de ser clave en direccionar a cabalidad el cumplimiento del contrato. Cabe mencionar que este principio no sólo tiene aplicación para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, si no que las entidades estatales con un régimen contractual excepcional, igualmente deberán aplicar los principios de la función administrativa, como es el caso del principio de planeación².

El presente trabajo busca dar una mirada general a la situación que se presenta con el principio de planeación en contratación estatal a la luz de tres dimensiones; técnica, jurídica y financiera, y de esta manera permite dejar en evidencia de los alcances que tiene este principio y como se lleva a cabo cada una de estas etapas, y así, generar una conciencia cultural y normativa del cabal cumplimiento de este principio, para generar transparencia dentro de estos procesos estatales que deben garantizar el interés común. Así mismo, señalaremos las diferentes causas que conducen a la violación del principio de planeación y las consecuencias que pueden generarse.

² Ley 1150 de 2007. Artículo 13°.

CAPÍTULO I

EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

1.1 FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 250° ordenó al Congreso Nacional expedir el Estatuto de Contratación particularmente a nivel Nacional. Allí no se establecieron bases sobre las cuales debiera expedirse la Ley correspondiente de contratación estatal. La Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007 que dio cumplimiento a ese mandato dispuso en su Artículo 1° *“Del objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”*³. Lo anterior nos indica claramente que se trata de un estatuto de principios y no reglamentario, a diferencia de lo que ocurría con el Decreto Ley 222 de 1983, que era prevalentemente de reglas. Si bien es cierto que en los artículos 24° y siguientes se señalan cuatro principios de la contratación estatal, no podemos limitarnos a entender que los principios aplicables a la contratación sean estricta o únicamente estos cuatro, transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, por el contrario existe una alta gama de principios dispersos en todo el ordenamiento jurídico.

En consideración a lo anterior, el artículo 23° del mismo estatuto dice *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores*

³ Ley 80 de 1993. Artículo. 1°.

públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”⁴.

Ahora es pertinente señalar que el artículo 209° de la Constitución Política de Colombia hace referencia a la función administrativa y señala los principios que deben orientarla, estos principios son; el principio de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que se encuentran mencionados expresamente.

De igual manera, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso en el Artículo 3° establece una lista de los principios que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, y claro está la contratación estatal que es una de las principales funciones administrativas⁵ y ahí se mencionan algunos de los principios anteriormente mencionados en el artículo 209° de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 23° de la Ley 80 de 1993 y adiciona, el principio del debido proceso, buena fe, participación, publicidad y coordinación. Sin embargo, los principios que orientan la contratación estatal como mencionamos, no solamente se encuentran tácitamente expresados, sino que también existe una gama de principios tácitos que se desprenden de la interpretación de ciertas disposiciones normativas tanto Constitucionales, legales e indudablemente jurisprudenciales, como es el caso del principio de planeación.

Cabe resaltar que este principio suele evidenciarse en otras disposiciones Constitucionales y que tiene una estrecha relación con otros principios como el principio de legalidad y debido proceso que son principios marco para el desarrollo de diferentes actividades, tales como planificación de los contratos estatales que

⁴ *Ibid*, Artículo. 23°.

⁵ “*Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas*”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154/97. M.P: HERNANDO HERRERA VERGARA.

son la herramienta más utilizada para la realización de planes, proyectos y metas de las entidades estatales en el cumplimiento de su función administrativa. De acuerdo con el Consejo de Estado,⁶ 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 2° 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 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. Todo lo anterior hoy contemplado en la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, es importante explicar este principio en relación con los siguientes principios contenidos en el Artículo 209° de la Constitución Política de Colombia:

i) Eficacia:

La planeación tiene como postulado lograr la eficacia en los contratos estatales, es decir, que cada uno de los contratos que se realicen, logren siempre su finalidad, por tanto, las autoridades están facultadas para remover de oficio obstáculos puramente formales evitando decisiones inhibitorias⁷. La eficacia se traduce en una debida planeación porque busca que se den los resultados deseados y se ejecuten las obras, servicios o bienes contratados.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia Bogotá D.C, 1 de febrero de 2012. M.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

⁷ SUÁREZ TAMAYO, David. “Temas en contratos Estatales”. Artículo “Fundamentos Constitucionales, Principios y Reglas de interpretación de la Contratación estatal en Colombia”. Biblioteca Jurídica Díké e Instituto Colombiano de Contratación Estatal y Servicios Públicos INCOES. 2010. Pág. 41

ii) Economía:

Este principio tiene una estrecha relación con el Artículo 25º de la Ley 80 de 1993 y con la Ley 1437 de 2011, artículo 3º, numeral 12, que vincula el concepto de economía a la austeridad, la eficiencia, la optimización del tiempo y la ejecución de recursos con altos niveles de calidad⁸ y además, expresa la Ley 80 de 1993 que el principio de economía, evidentemente refleja el principio en la planeación eficiente y eficaz de cada una de las etapas de proceso, y por tanto se cita el siguiente extracto:

“ El principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato ”...significado que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generan situaciones contrarias a la ley ”⁹.

Es claro que el principio de planeación es una extensión o manifestación del principio de economía, pero de igual manera, consagrado tácitamente a lo largo de la Ley 80 de 1993, porque está orientado a garantizar la adecuada escogencia de los contratistas, planteando claramente los aspectos que regulan la celebración, ejecución y liquidación de un acto contractual, lo cual es producto de un estudio organizado y no producto de la improvisación.

⁸ GÓMEZ LEE, Ivan Dario. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia, Aspectos Relevantes para Determinar la Responsabilidad y Conocer los Riesgos, Segunda edición. Pág. 221.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia Bogotá D.C, 3 de diciembre de 2007. M.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Fallo 31447

iii) Celeridad:

El principio de celeridad implica que las autoridades tendrán el “*impulso oficioso de procedimientos, suprimirán trámites innecesarios*”, es decir, en síntesis, que deberán tener la “iniciativa” para volver “económicas” o “eficientes” todas sus actuaciones¹⁰. Esto se traduce en que debe planear de manera adecuada cada una de las etapas, procedimientos y trámites que se realicen en el curso del contrato estatal, para que este se desarrollen en el tiempo adecuado, sin distorsiones que puedan afectar su celeridad, rapidez y posteriormente su terminación.

iv) Publicidad:

Este principio Implica que las autoridades deben “anunciar, difundir, informar y revelar sus decisiones y su motivación” para hacerlas saber tanto “a quien va dirigida como a todo posible interesado”, de manera que puedan ser “obligatorias, controvertibles y controlables”¹¹. Este principio si bien puede no entenderse en una relación directa con el principio de planeación, es evidente que también se relacionan, porque existen etapas del proceso que deben ser reveladas ante los ciudadanos, y eso de igual manera supone ser planeadas dentro de los términos correspondientes.

Ahora es indispensable aludir que no solo podemos inferir una relación de los principios mencionados, porque la planeación termina por iluminar cada uno de los principios del ordenamiento como es el caso de la transparencia, que pretende no solo que el desarrollo del proceso se realice de manera adecuada y pública, sino también garantizar y velar por la selección objetiva, de manera imparcial y pública, garantizando la igualdad de oportunidades y condiciones en la escogencia objetiva

¹⁰ SUÁREZ TAMAYO, David. “Temas en contratos Estatales”. Artículo “Fundamentos Constitucionales, Principios y Reglas de interpretación de la Contratación estatal en Colombia”. Biblioteca Jurídica Diké e Instituto Colombiano de Contratación Estatal y Servicios Públicos INCOES. 2010. Pág. 40

¹¹ *Ibid*, pág 43

del contratista. Por otra parte, el principio de responsabilidad, que se infiere de un trabajo responsable y cuidadoso en planificación de un proceso de selección, que obliga a la entidad a cumplir los fines estatales por medio de la contratación y realizar y vigilar la correcta ejecución del contrato.

Además como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado *“El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad”*¹².

Lo expuesto permite entender que el principio de planeación tiene aplicaciones indispensables en el ejercicio de toda la función administrativa y es un principio rector de la contratación estatal, en este orden, teniendo en cuenta que la actividad contractual del Estado hace parte del ejercicio de la función administrativa, es esencial la aplicación de los principios Constitucionales y legales en cada parte de su desarrollo. Si bien el principio de planeación no se encuentra expresamente consagrado, se relaciona con principios que tiene un rango

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C 1 de febrero de 2012. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicado número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)

bastante importante en todos los procesos de la administración pública, incluso de carácter vinculante dentro de todos contratos estatales, tanto en los sometidos al Estatuto General de Contratación, como a los que tienen un régimen excepcional, porque de igual manera se les hace obligatorio el cumplimiento de los principios de la función administrativa. *“En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta” que analizaremos en el capítulo IV.*¹³

CAPÍTULO II

CONTEXTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.1 CONCEPTO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

La planeación es ampliamente conocido en todas las disciplinas, no constituye un mero concepto dentro de la contratación estatal, y para todos los efectos constituye el mismo significado y se le da la misma concepción general como instrumento de fijación, tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos. Para ir acercándonos primero mencionaremos algunos significados que se le atribuyen en términos generales:

- Agustín Reyes Ponce establece que” *La planeación consiste en fijar el curso concreto de acción que ha de seguirse, estableciendo los principios que habrán de*

¹³ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). M.P.:JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

orientarlo, la secuencia de operaciones para realizarlo y la determinación de tiempo y números necesarios para su realización”¹⁴.

- Para Burt K. Scanlan *“Es el sistema que comienza con los objetivos, desarrolla políticas, planes, procedimientos y cuenta con un método de retroalimentación de información para adaptarse a cualquier cambios de circunstancias”¹⁵.*

Ahora bien, en el plano objeto de estudio, este principio no se encuentra tipificado en la norma como tal, sino que es una extensión de principios consagrados en la Constitución y en las leyes, y se le da una interpretación del ordenamiento jurídico, como lo hemos mencionado en el capítulo anterior, sin embargo tiene la misma importancia y fuerza vinculante que los demás.

El principio de planeación comprende varios factores que buscan la organización tendiente al logro de unos objetivos específicos del Estado, que si se realizan de manera correcta lograrán la eficiencia, eficacia y productividad. El Consejo de Estado¹⁶ señala la planeación como herramienta empleada con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o de alcanzar la satisfacción de los intereses generales, y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. La planeación sienta las bases determinantes para direccionar el curso de acción del proceso contractual, porque si esta no se desarrolla, daría lugar a realizar actos de manera improvisada, que sin el estudio adecuado, conllevaría a equivocaciones que repercuten en este caso específico en la sociedad, que es quien se beneficia en última instancia de la actuación estatal.

¹⁴ REYES PONCE, Agustín. Disponible en: (Internet)<http://adminteso1.blogspot.com/2010/05/3-planeación.html>

¹⁵ *Ibid*, BURT K, Scanlan.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. M.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Radicado número: 15001233100019880843101- 8031

Para Juan Carlos Expósito Vélez la planeación “ *básicamente puede definirse como una herramienta para la gestión contractual pública, que implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido por estudios encaminados a determinar una viabilidad técnica y económica; con ello se pretende dar aplicación a la racionalidad del gasto público en concordancia con las necesidades públicas en un momento determinado, razón por la cual, previamente a la ejecución de un contrato, la Administración debe efectuar los estudios de factibilidad, proyectos e investigaciones necesarios para determinar su conveniencia, necesidad, oportunidad y valor aproximado de acuerdo con la fluctuación y estado de mercado*”¹⁷.

La planeación entonces debe tener una etapa previa, sin embargo, esto no debe entenderse como si sólo debiera presentarse en ese momento, resaltando que este debe estar presente en todas las etapas del proceso y debe tener una finalidad, es decir, la planeación no puede constituir un requisito meramente formal en un proceso de contratación, si no que este debe tener inmerso un propósito que es el cumplimiento de un plan organizado, consciente, que está encaminado al logro de un fin.

Cabe resaltar en relación con el alcance de este principio que este suele confundirse con tener un plan para contratar, diseño de proyecto, estudios precios, presupuesto, planos, con planeación y planificación, de modo tal que el ordenamiento jurídico y los intervinientes en la contratación estatal han limitado el concepto de planeación a un tema de estudio previos que se desarrolla en una etapa precontractual, descuidando las demás etapas del proceso que también necesitan planeación como a ejecución, desarrollo y cumplimiento de los términos

¹⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración pública en Derecho Colombiano y Español. Análisis de la selección de contratistas. Pág 588

contractuales, desconocimiento que la planeación es un sistema de cumplimiento de los fines del Estado y el contrato una herramienta a su servicio.¹⁸

Respecto a este tema, donde se concibe la planeación dentro de todas y cada una de las etapas, es importante no descuidar este principio por que como lo señala Irina Ponte Díaz¹⁹ ” *en la actualidad gran parte de los problemas en la contratación estatal obedecen a que la planeación se concibe como una actividad estática, y se debe entender como un sistema dinámico, al servicio de la comunidad y del contrato, como herramienta al servicio de los fines del Estado*”. Además, puede darse la posibilidad de que la planeación pueda ser reestructurada en etapas posteriores, pero en acontecimientos que se habían previsto, es decir, cuando planeamos también se debe tener en cuenta hechos previsibles y soluciones concreta a estos posibles hechos. Sin embargo, puede también ocurrir que esos hechos no sean previsibles en un principio pero posteriormente sí, entonces se deben tomar medidas y realizar cambios de acuerdo a las necesidades del proceso. Es con esto que aclaramos que la planeación es dinámica y puede igualmente irse replanteando de acuerdo a las condiciones.

El desarrollo de un contrato estatal requiere una serie de requisitos que terminan por determinar el buen desarrollo y ejecución del contrato, pero si bien esos requisitos no se realizan de una manera objetiva, termina por repercutir en contratos mal diseñados, mal planteados y al final mal ejecutados. Dentro de esos requisitos están los estudios previos y estudios del sector que se concretan en: estudios de necesidad y conveniencia, la disponibilidad de recursos suficientes para determinado contrato, las especificaciones técnicas, jurídicas y financieras, licencias y permisos a los que haya lugar, consideración de los riesgos, tener un

¹⁸ APONTE DIAZ, Irina. “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en revista digital de Derecho Administrativo N° 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 1

¹⁹ *Ibid.*, Pág. 1.

cronograma de actividades, entre otros, que son componentes necesarios para la actividad contractual.

Como sostiene Jaime Orlando Santofimio Gamboa²⁰ *“la planeación, y en ese 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 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”*.

Adicionalmente, expresa que el principio de planeación *“compromete funcionalmente a las autoridades, en especial a las administrativas, en la estructuración, en consecuencia, en el diseño de las decisiones administrativas y contratos relativos al mismo, conforme a los propósitos del Estado social y democrático de derecho, con el fin de que realmente surjan dirigidos a la satisfacción de las necesidades sociales y que en su ejecución sean coherentes con estas fórmulas de nuestro ordenamiento jurídico”*²¹.

Cabe señalar, que la planeación busca que la selección de contratistas, la celebración de los contratos, la ejecución y liquidación no sea producto de la improvisación, sino el resultado de la organización y por tanto, es indispensable en todo proceso contractual y constituye una exigencia que debe ser cumplida a cabalidad y no puede ser desconocido por ningún servidor público o contratista, en ningún proceso o actividad administrativa o contractual del Estado.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos. Pág. 148-149

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARAS DE SU ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de madrid. Pág. 76

“ La planeación es un instrumento de gestión pública que permite controlar las actividades realizadas y optimizar los resultados esperados, logrando alcanzar economía y transparencia en la administración de los recursos del Estado”²². Esto es realmente importante porque la planeación permite que exista un control en las etapas del proceso y que se cumplan eficientemente, dando lugar así a que se inviertan adecuadamente los recursos.

Como resultado el alcance del principio de planeación implica²³ prever, anticiparse a una serie de hechos y acontecimientos futuros, que es importante fijar un curso concreto de acciones a seguir en cada una de las etapas del contrato estatal, en este caso, determinando objetivos, métodos, procedimientos y así esto termina generando los efectos que se planearon, logrando así la certeza del proceso, optimización de recursos, minimización de errores humanos y alcanzar el desarrollo del contrato. Pero es muy importante tener en cuenta como pilar del

²² CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL. Revista Economía Colombiana 332. Contraloría General de la República. Pág 86

²³ *“ que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”.* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Radicación número: 25000-23-26000-1991-07664-01(14287)

alcance, que la planeación implica mucho más que procedimientos legales y el cumplimiento del ordenamiento jurídico en materia de contratación pública, como lo menciona la Abogada Iriana Aponte este principio “ *tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas jurídicamente establecidas, toda vez que un contrato se requiere estar en atención a unos planes de desarrollo vigente, que existan los recursos para su plena ejecución y que no se inicien obras que no se puedan concluir, que se pague por ellas lo justo de acuerdo al mercado, que se cuenten con los estudios previos necesarios, y además, que se entregue al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde a su funcionalidad*”²⁴. Es entonces claro que este no se cumple solo en la medida que se fije un curso de acción o se determinen unas metas o unos objetivos, en cumplimiento a una normatividad, si no que en general, cada actuación, cada requisito debe tener inmerso este alcance contemplando todas las posibilidades y encaminado siempre al objetivo final, no agotándose en la etapa contractual, si no incluso cobijando una etapa pos contractual, en la medida debe también mantenerse unas condiciones óptimas, de calidad, funcionalidad y mantenimiento en el tiempo si se amerita.

2.1.1 ALCANCE TÉCNICO

La doctrina diferencia varias exigencias legales en virtud del principio de planeación desde el inicio del proceso de selección hasta la firma del contrato, en este orden de ideas, se ha planteado un alcance en la etapa inicial que evidencian y enmarcan el desarrollo del principio de planeación y es sin lugar a dudas donde parten las exigencias y estudios técnicos.

²⁴. APONTE DIAZ, Iriana. “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en revista digital de Derecho Administrativo N° 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 5

El alcance técnico tiene tres vertientes fundamentales en el desarrollo del principio de planeación estas son: estudios prefactibilidad o previos, el objeto a contratar con sus especificaciones y los alcances físicos. Según lo anterior, como lo menciona Rodrigo Escobar Gil ²⁵ *“desde un punto de vista técnico se requerirá realizar los estudios necesarios para establecer todas las especificaciones de las obras, de los servicios o de los bienes que demanda la entidad para el cumplimiento de sus fines constitucionales. De esta manera se asegura que la inversión que realizará el Estado sea racional y eficiente, y no se desvíe de su finalidad propia que es la atención óptima de las necesidades públicas”*.

El procedimiento precontractual inicia con el estudio en el cual se analiza la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones. Además de estar acompañado cuando sea necesario de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad²⁶. Esto con el fin de que determinen no sólo el objeto a contratar, si no las condiciones en las que se llevará a cabo y las opciones existentes para lograr la finalidad deseada, sin dejar a un lado que deben hacerse con antelación, tener una fundamentación y realizarse con el cumplimiento del principio de planeación.

De acuerdo con el artículo 25º de la Ley 80 de 1993 consagra en el numeral 7º y 12º lo siguiente:

7º.” La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso”.

²⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Pág. 68

²⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 30º.

12°. “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 o términos de referencia”²⁷.

Estos numerales son a lo sumo la expresión más clara de las exigencias técnicas que se deben tener en cuenta, y tiene como finalidad que se haga un estudio previo, que contenga los “estudios, diseños y proyectos requeridos” en cumplimiento al principio de planeación, donde se permita racionalizar el gasto público, planear cómo se gasta y con que se cuenta para ese gasto, y evitar decisiones que pongan en riesgo el proceso, en ellos, se debe evidenciar procedimientos y etapas claras y seguras que logren proteger el patrimonio público y lograr la finalidad deseada, es en este sentido, que estos estudios se convierten en la información justificada y razonable de todo el proceso.

Sin embargo, este alcance supone aún más, y es explicar las definiciones que trae la Ley 1682 de 2011²⁸ para el desarrollo del alcance técnico cuando sea necesario de acuerdo al proyecto objeto del contrato estatal, que deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura, es decir, en cumplimiento del principio de planeación. Este artículo trae algunas exigencias y define tres momentos importantes, en primer lugar la fase 1. prefactibilidad, fase 2. factibilidad y fase 3. estudios y diseños definitivos. A continuación explicaremos cada una de las fases:

²⁷ *Ibid*, Artículo 25°.

²⁸ Ley 1682 de 2011. Artículo 12°.

Fase 1. Prefactibilidad: esta fase es de prediseño del proyecto, donde se presentan las alternativas y evaluación económica inicial tomando como base proyectos en condiciones similares.²⁹

Fase 2. Factibilidad: en esta fase ya se realiza el diseño del proyecto y se realiza la evaluación económica final. La finalidad es establecer la factibilidad del proyecto para la ejecución. En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural, arqueológico que puedan impactar el proyecto. Una vez desarrollados estos estudios la entidad o el responsable del proyecto si fue ya adjudicado, continuará con la elaboración de los diseños definitivos. En el caso de infraestructura de transporte, así mismo, si fue adjudicado, adelantara el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación por la autoridad ambiental quien otorga licencia respectiva.

Fase 3. Estudios y diseños definitivos: en esta fase se elaboran diseños detallados, de modo tal que un constructor pueda materializar el proyecto definitivo y diseñar todos los componentes que permitan ver a nivel macro para iniciar la construcción.

Además, no puede desconocerse en este alcance el artículo 87º de la Ley 1474 de 2011, sobre maduración de proyectos, que trae igualmente exigencias técnicas que deben ser tenidas en cuenta para un buen desarrollo del proyecto partiendo de la planeación. En este mencionado artículo encontramos las exigencias de elaboración de estudios, diseños y proyectos requeridos, la viabilidad y el impacto

²⁹ En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

social, económico y ambiental. Además de determinar el procedimiento para cada proyecto de infraestructura de transporte³⁰.

Ahora bien, el legislador pone en cabeza de la entidad contratante la obligación de cumplir con los estudios previos y con las mencionadas características, como también la de escoger, definir y delimitar el objeto a contratar, para lo cual exige estudios, proyectos, diseños y demás análisis necesarios para el correcto

³⁰ 1. La entidad responsable expedirá una resolución mediante la cual determine de forma precisa las coordenadas del proyecto.

2. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC o la entidad competente según el caso, en los dos (2) meses siguientes a la publicación de la resolución, procederá a identificar los predios que se ven afectados por el proyecto y ordenará registrar la calidad de predios de utilidad pública o interés social en los respectivos registros catastrales y en los folios de matrícula inmobiliaria, quedando dichos predios fuera del comercio a partir del mencionado registro.

3. Efectuado el Registro, en un término de seis (6) meses el IGAC o la entidad competente, con cargo a recursos de la entidad responsable del proyecto, realizará el avalúo comercial del inmueble y lo notificará a esta y al propietario y demás interesados acreditados.

4. El avalúo deberá incluir el valor de las posesiones si las hubiera y de las otras indemnizaciones o compensaciones que fuera del caso realizar por afectar dicha declaratoria el patrimonio de los particulares.

5. El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones para determinar el valor del precio de adquisición o precio indemnizatorio que se reconocerá a los propietarios en los procesos de enajenación voluntaria y expropiación judicial y administrativa.

6. Los interesados acreditados podrán interponer los recursos de ley en los términos del Código Contencioso Administrativo contra el avalúo del IGAC o de la entidad competente.

7. En firme el avalúo, la entidad responsable del proyecto o el contratista si así se hubiere pactado, pagará dentro de los tres (3) meses siguientes, las indemnizaciones o compensaciones a que hubiere lugar.

8. Efectuado el pago por mutuo acuerdo, se procederá a realizar el registro del predio a nombre del responsable del proyecto ratificando la naturaleza de bien como de uso público e interés social.

9. De no ser posible el pago directo de la indemnización o compensación, se expedirá un acto administrativo de expropiación por parte de la entidad responsable y se realizará el pago por consignación a órdenes del Juez o Tribunal Contencioso Administrativo competente, acto con el cual quedará cancelada la obligación.

10. La resolución de expropiación será el título en el cual se procederá al registro del predio a nombre de la entidad responsable del proyecto y que, como bien de uso público e interés social, gozará de los beneficios del artículo 63 de la Constitución Política. Sin perjuicio del derecho de las personas objeto de indemnización o compensación a recurrir ante los Jueces Contencioso Administrativos el valor de las mismas.

11. La entidad responsable del proyecto deberá notificar a las personas objeto de la indemnización o compensación que el pago de la misma se realizó. Una vez efectuada la notificación, dichos sujetos deberán entregar el inmueble dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

12. En el evento en que las personas objeto de indemnización o compensación no entreguen el inmueble dentro del término señalado, la entidad responsable del proyecto y las autoridades locales competentes deberán efectuar el desalojo dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para entrega del inmueble.

13. El presente párrafo también será aplicable para proyectos de infraestructura de transporte que estén contratados o en ejecución al momento de expedición de la presente ley.

planteamiento de la necesidad de la administración”³¹. Esta obligación no es más que una exigencia que pretende una adecuada celebración de los contratos estatales, que la administración debe ejecutar de manera responsable para evitar un despilfarro del dinero público y lograr la eficaz prestación de los servicios públicos.

Según el Consejo de Estado “ *también se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración*”.

“al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez”³².

Cabe mencionar respecto a los estudios técnicos la importancia que tiene y las características que deben plasmarse en el desarrollo de este alcance³³. En primer

³¹ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Análisis de la Selección de Contratistas. Pág. 591

³² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Sentencia 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Bogotá D.C, enero 31 de 2011. C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

³³ En este punto hemos tomado como referencia la clasificación hecha por Rodrigo Escobar Gil. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Pág. 69 - 72

lugar, es imprescindible que los estudios técnicos realizados por la entidad sean completos y definitivos, lo que tiene gran relevancia jurídica porque las entidades públicas no podrán declarar desierta la licitación, ni terminar unilateralmente el contrato, aludiendo a motivos de conveniencia u oportunidad que debieron haber sido previstos en el momento de elaboración de los estudios.

De la misma forma el Consejo de Estado³⁴ se refirió al principio de Planeación en la Contratación Estatal: *“en virtud de la cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección”*, buscando que sea clara la contratación y permitir calcular los costos y alternativas que, a precios de mercado, demandaría la elaboración y ejecución de las obras a contratar y la disponibilidad de los dineros necesarios para responder por las obligaciones asumidas.

De acuerdo al mandato legal del artículo 25° numeral 7°, las entidades están en la obligación de impartir con antelación la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, para establecer claramente que es viable y pertinente realizar el procedimiento del contrato estatal. Así mismo, no podrá terminar unilateralmente el contrato consagrado en el artículo 17° de la Ley 80 de 1993, cuando las exigencias del servicio público lo requieran, o la situación de orden público lo impongan, por motivos que eran conocidos o que debieron ser previstos por los agentes estatales al momento de elaborar los estudios.

Los estudios elaborados por las entidades públicas, previos a la apertura del procedimiento licitatorio, deben ser idóneos y adecuados para la selección objetiva de los contratistas. De esta manera los estudios deben identificar técnicamente el objeto del contrato en forma completa, con el fin lograr la participación de quienes

³⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2006. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Radicado número: 25000-23-26-000-1991-07664-01(14287)

puedan proporcionar las prestaciones requeridas, evitando a los que no las tienen, y asegurando que las propuestas que se formulen sean idóneas para satisfacer la necesidad del Estado.

No delimitar claramente el objeto del contrato con las especificaciones técnicas necesarias trae diversas consecuencias durante la evaluación de las propuestas, imposibilitando la comparación objetiva de cada una de las propuestas.

Como mencionamos anteriormente, estos estudios se convierten en la base de todo proceso y su falta de seriedad y claridad derivan en innumerables consecuencias, más claramente “ *La falta de estudios serios y completos ocasionan graves inconvenientes durante la ejecución de los contratos, como en el caso de contratos de obras donde se presentará la necesidad de paralizar el proyecto, mientras se elaboran y deciden por las instancias competentes los planes y diseños definitivos; o será necesario proceder a una modificación de las cantidades de obra y especificaciones técnicas inicialmente acordadas; o finalmente conlleva la frustración del proyecto por la aparición de dificultades que debieron preverse al momento de evaluarse la conveniencia u oportunidad del contrato*”³⁵. Esto no es más que una demostración de que los estudios técnicos y previos en un contrato son una representación idónea del principio de planeación como herramienta necesaria para el normal funcionamiento de los contratos de las entidades estatales.

En concordancia “ *entendemos entonces que los denominados estudios previos, a la luz del principio de la planeación, no son otra cosa que la sustentación material de todas y cada una de las decisiones trascendentes que justifican, sustentan y razonan no sólo los términos de referencia, sino en lo fundamental el negocio mismo que la administración pretende celebrar en aras de satisfacer las necesidades de la comunidad. No se trata en consecuencia de una simple*

³⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Pág 71

*exigencia formal de simple trámite dentro de la secuencia de antecedente de la selección de contratistas, sino por el contrario, una de las más importantes exigencias de fondo de todo el proceso de selección, en la medida en que a través de ellos, se da cumplimiento al principio garantista de la motivación y razonabilidad material de todas y cada una de las decisiones que habrán de regir la actividad contractual en todos sus aspectos*³⁶.

2.1.2 ALCANCE JURÍDICO

El principio de planeación tiene un alcance jurídico que se traduce en diferentes pasos: justificación del proceso, régimen de autorizaciones, cronogramas, matriz de riesgos y garantías.

2.1.2.1 Justificación del proceso

De conformidad con la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, previo a un proceso de contratación, en cumplimiento al principio de planeación, deberá existir un estudio de conveniencia y oportunidad, que refleje la necesidad y la forma de satisfacerla, las condiciones del contrato, el estudio económico y financiero, además de los riesgos que pueda originar la ejecución del contrato.

Cada entidad debe sustentar las razones y justificar la necesidad y conveniencia del objeto a contratar, esto es fundamental para el buen desarrollo del contrato, además de reflejar el cumplimiento de otros requisitos como lo son; el de legalidad y transparencia. Está claro que la justificación del proceso permite determinar que la contratación sea utilizada para el fin que fue diseñado como herramienta que

³⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARAS DE SU ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS. Tesis de doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Pág. 459.

permita alcanzar los fines estatales, y por eso, se debe explicar la necesidad, el objeto a contratar y las demás especificaciones, que no queden dudas que el proceso seleccionado es el ideal para cubrir esa necesidad insatisfecha, conteniendo los elementos y fundamentos jurídicos que soportan la selección de la modalidad de contratación, es decir, la obligación de la entidad de que explique, motive y justifique porque dicha necesidad pública debe ser satisfecha por medio de determinado contrato.

El Decreto Reglamentario 1082 de 2015 señala los requisitos que deben contener estos estudios previos, señalando en el Artículo 2.2.1.1.2.1.1³⁷ los documentos y estudios previos para elaborar el proyecto de pliego, el pliego de condiciones y el contrato.

En primer lugar, se exige una descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer, en este punto es importante preguntarse y dar respuesta a los siguientes interrogantes, ¿cuál es la necesidad? , ¿qué opciones existen para resolver dicha necesidad? y ¿cual es la opción más favorable desde un punto de

³⁷ *Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:*

- 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.*
- 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.*
- 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.*
- 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.*
- 5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.*
- 6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.*
- 7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.*
- 8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.*

vista técnico y económico?³⁸. En segundo lugar, la descripción del objeto a contratar, es decir, las especificaciones técnicas del bien o servicio, incluyendo el análisis de futuras actualizaciones, vida útil del bien por ejemplo, como también lo que se deriva del cumplimiento del objeto del contrato como el mantenimiento preventivo, soporte técnico, entre otros.

Continuando con los requisitos, los fundamentos jurídicos que son en esencia la importancia de este capítulo soportan la modalidad de selección, de modo tal que en este caso, debe definirse claramente el procedimiento de selección que debería aplicarse de acuerdo a la naturaleza, cuantía o condiciones especiales de la contratación, incluso en este punto, se debe identificar el contrato que se va a celebrar bien sea compraventa, suministro, prestación de servicios o cualquier otro, y determinar si el procedimiento elegido es el más idóneo para satisfacer dicha necesidad. Otro requisito sin lugar a duda, muy importante para el principio de planeación, es el análisis del valor estimado del contrato, porque es usual que se estime un valor y luego este se incremente considerablemente luego de adjudicado, que no debería pasar si se da cumplimiento al principio de planeación y se da un análisis pertinente y adecuado que soporte dicho valor, sin ser improvisado, y mucho menos al azar y este debe corresponder al bien, obra o servicio. Es por esto, que el análisis debe contener, por ejemplo el conocimiento de precios, que se puede lograr solicitando cotizaciones, consultando bases de datos y analizando los consumos y pagos históricos que tengan relación con éste.

De acuerdo a los criterios para seleccionar la oferta más favorable, se debe realizar siempre con una selección objetiva del contratista, que sea la más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines buscados con la contratación, y por último, el análisis de los riesgos que pueden presentarse y la

³⁸ Además se debe verificar que la necesidad se encuentre incluida en el plan de adquisiciones de la entidad y que exista una relación entre la contratación a realizar y el rubro presupuestal del cual se derivan los recursos.

forma de mitigarlo. Aquí se deben determinar las circunstancias que pueden presentar en la ejecución del contrato y que pueden afectar el equilibrio económico de este.

Ahora en términos de justificar y fundamentar jurídicamente *“Se trata de una exigencia vinculada con el deber ser sustentación jurídica de toda decisión material de la administración, para el caso, nada más y nada menos que la de soportar a la luz del derecho la modalidad de selección que debe adelantar la administración para la selección del contratista, sobre todo, en los casos en que este asunto puede conllevar algún tipo de problemática dada la falta de claridad normativa al respecto, o en los casos en que el legislador permite de alguna manera la selección de otras vías para la selección correspondiente. De todas maneras, independientemente de estas circunstancias, está claro que siempre se deberán dar las razones jurídicas que justifican el sendero de selección correspondiente”*³⁹. Es en razón a esto, que todas estas exigencias realizadas en concordancia con el principio objeto de este trabajo y dentro de la normatividad, termina por sentar las bases sólidas no sólo jurídicas, sino también técnicas y financieras, para lograr la finalidad deseada.

2.1.2.2 Régimen de autorizaciones, permisos y licencias

El Artículo 25° numeral 7° establece *“ La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso”*.

³⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARAS DE SU ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS. Tesis de doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Pág. 466

Respecto a las autorizaciones como se señala en el artículo anterior, se entiende que las entidades deben contar con algunos permisos necesarios para realizar un proceso contractual, en primer lugar, de acuerdo a la autorización al Ejecutivo Nacional, la Constitución Política de Colombia determina en el artículo 150° que corresponde al Congreso de la República mediante Ley, la autorización al *“Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales”*⁴⁰. Por otra parte, los Gobernadores y Alcaldes deben estar autorizados por Asamblea y Concejos respectivamente para la celebración de los contratos estatales⁴¹. Sin embargo, es de anotar que no es para todos los contratos como queda claro por el Consejo de Estado en el concepto 2215.⁴² *“Aclara esa Corporación Judicial de manera categórica que dicha atribución no puede comprender todos los contratos que deba suscribir el alcalde, sino únicamente y de manera excepcional “los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política”*.

En consideración, en virtud al artículo 18° de la Ley 1551 de 2012, se determina que el Concejo Municipal deberá decidir sobre la autorización al Alcalde para contratar en los siguientes casos; 1. Contratación de empréstitos 2. Contratos que comprometan vigencias futuras 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes 5. Concesiones 6. Las demás que determine la ley. Sin embargo, es pertinente señalar el Concepto del Consejo de Estado donde determina que la interpretación *“debe entenderse según los artículos 313-3 de la Constitución y 32 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con los artículos 315-3 de la Constitución Política, 11-3 de la Ley 80 de 1993, 91-D-5 de la Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, que los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad*

⁴⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 150°.

⁴¹ *Ibid*, Art. 300, numeral y Artículo 313° , numeral 3.

⁴² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2215 de octubre 9 de 2014. C.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

*contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo en dos casos: (i) cuando así lo haya previsto la ley; y (ii) cuando así lo haya dispuesto el concejo municipal expresamente mediante acuerdo. De este modo, en caso de silencio de la ley o en ausencia de acuerdo que someta un determinado contrato a autorización previa del concejo municipal, habrá de entenderse que el alcalde puede celebrarlo, sin necesidad de tal autorización, con base en sus facultades constitucionales y legales en materia contractual*⁴³. Este argumento se da considerando de que si fuera estrictamente necesario previa autorización del Concejo Municipal y esa autorización no se produce la contratación del municipio se paraliza y esto es Constitucional y legalmente incorrecto. Según lo anterior, si bien en un principio se pensaba que el alcalde no podía contratar mientras que el Concejo Municipal no lo autoriza para tales efectos, lo que usualmente se traducía en el convencimiento de que era necesario obtener por el Alcalde un acuerdo municipal anual que le otorgara dicha habilitación, actualmente es claro que esa interpretación no es la que corresponde al análisis sistemático de las disposiciones Constitucionales y legales que regulan la materia, y por tanto, la regla general es la facultad del Alcalde para contratar y la excepción es la necesidad de obtener autorización del Concejo Municipal.

Respecto a las entidades descentralizadas, en algunas sus representantes legales contratan previa autorización de la Junta o Consejo Directivo, a pesar de que el Estatuto de Contratación en el artículo 26º establece que *“la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección ser del jefe o representante de la entidad y no podrá trasladarlo a las juntas o consejos directivos”*⁴⁴.

⁴³ Concepto del Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio civil N° 2238 del 11 de marzo de 2015.

⁴⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 26º.

La Ley 80 de 1993 en el artículo 80° establece que *“Dentro de los (6) meses siguientes a la fecha de promulgación de la presente ley, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para adecuar los estatutos de las entidades estatales a lo dispuesto en esta Ley”*⁴⁵. En virtud a este plazo, las Juntas Directivas que no son responsables de la contratación deberían derogar las reglas de los estatutos de la respectiva entidad en las que usualmente se impone el otorgamiento de una autorización para contratar, sin embargo, muchas entidades aún conservan esta exigencia para efectos de contratación. Además, en algunos casos especiales, normas posteriores al Estatuto de Contratación⁴⁶ atribuyeron a la Juntas o Consejos Directivos la función de autorizar la celebración del contrato, y en estos eventos se requerirá la aprobación de los organismos directivos de la entidad para adelantar proceso de selección y suscribir los contratos.⁴⁷

Por otra parte, es pertinente mencionar las licencias ambientales y mineras que deben ser expedidas para la realización de ciertas proyectos, obras y actividades contempladas taxativamente en el Decreto 2041 de 2014 en los artículo 8° y 9° respectivamente. Ahora bien es importante saber que se entiende por licencia ambiental y cual es su alcance y por esta razón citamos el artículo 3° del mencionado Decreto: *“La licencia ambiental, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables/o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje; la cual sujeta al beneficiario de esta, al cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad*

⁴⁵ *Ibid*, Artículo 80°.

⁴⁶ Por ejemplo Ley 161 de 1994 Por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se determinan sus fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.

⁴⁷ PINO RICCI, Jorge. El Régimen Jurídico de los contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia. Pág. 176-178.

autorizada. La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables que sean necesarios por el tiempo de vida útil del proyecto, obra o actividad. El uso aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, deberán ser claramente identificados en el respectivo estudio de impacto ambiental”⁴⁸.

El artículo 2⁴⁹ establece cuales son las autoridades competentes para otorgar o negar una licencia ambiental y son las siguientes: 1. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. 2. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible. Las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible podrán delegar el ejercicio de esta competencia en las entidades territoriales, para lo cual deberán tener capacidad técnica, económica, administrativa y operativa para ejercer las funciones delegadas. 3. Los municipios, distritos y áreas metropolitanas cuya población urbana sea superior a un millón (1.000.000) de habitantes dentro de su perímetro urbano en los términos del artículo 66 de la Ley 99 de 1993. 4. Las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002.

Para obtener la licencia ambiental se deberá realizar estudios ambientales, de impactos y demás, para poder realizar el trámite correspondiente para obtención de la licencia con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 23 del Decreto mencionado.

Es importante tener en cuenta que la licencia ambiental se otorgará por la vida útil del proyecto, obra o actividad y cobijará las fases de construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, restauración final, abandono y/o

⁴⁸ Decreto 2041 de 2014. Artículo 3°.

⁴⁹ ⁴⁹ *Ibíd.*, Artículo 2°.

terminación⁵⁰. De igual manera es una condición previa para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones, contratos y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales.

Pero ahora si frente al tema que nos ocupa, mediante el proceso de licenciamiento ambiental se evalúan los posibles impactos que los proyectos, obras o actividades puedan generar, constituyéndose en uno de los principales instrumentos de planificación ambiental, que responde al papel del Estado en los procesos de desarrollo, con el fin de garantizar el mejoramiento de la calidad de vida y el adecuado manejo del ambiente.⁵¹ Este es un mecanismo de control que corresponde al ejercicio de la autoridad ambiental y que da cumplimiento sin lugar a dudas del renombrado principio de planeación.

Según lo anterior y en concordancia al objeto de análisis de este trabajo, las autorizaciones, permisos, licencias y demás, que se requieran previo a un contrato estatal se convierten en un medio de control para el ejercicio de ciertas actividades que deben cumplir algunas exigencias, y ese control por tanto, implica vigilancia en torno a la debida planeación.

2.1.2.3 Cronograma

En términos generales el cronograma del proceso de selección constituyen los plazos, términos u oportunidades en los que se desarrolla la actuación administrativa, teniendo en cuenta las condiciones establecidas en la Ley, por ejemplo en términos de plazos⁵², donde teniendo en cuenta los parámetros legales

⁵⁰ *Ibíd.*, Artículo 6°.

⁵¹ FORO NACIONAL AMBIENTAL. “las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia”. Bogotá D. C., Colombia. Mayo de 2011

⁵² Plazo para publicación de borradores de pliegos y términos de referencia, para el caso de la licitación o concurso público, el envío de la información sobre el trámite a la cámara de comercio del lugar, la publicación de los avisos (artículo 30 ley 80 de 1993, modificado por el artículo 224 del decreto nacional 019 de 2012), la oportunidad para realizar la audiencia de aclaración de pliegos(

y reglamentarios, las entidades establecerán las fechas y oportunidades particulares para cada proceso de selección⁵³, permitiendo el ordenado desarrollo del proceso en cumplimiento a la planeación.

Existe una clara obligación legal de tener incluido el cronograma de actividades en diversos momentos dentro del proceso de contratación, por ejemplo, de acuerdo con el Decreto 1082 de 2015, el aviso de convocatoria artículo 2.2.1.1.2.1.2, el pliego de condiciones artículo 2.2.1.1.2.1.3 y en el acto Administrativo de apertura del proceso de selección artículo 2.2.1.1.2.1.5. Así mismo este debe ser publicado en el SECOP.

En conclusión, el cronograma es una herramienta fundamental en el logro de cualquier objetivo de las entidades estatales en la medida de que si es cumplido de forma responsable, determinará a cabalidad la ejecución del contrato. Este cronograma se convierte entonces en el soporte y base fundamental del contrato estatal y de los trámites que se realizarán encaminados a cumplir con el fin propuesto.

2.1.2.4 Matriz de riesgos⁵⁴ y garantías

En el principio de planeación las posibilidades de que existan variaciones en el contrato son muchas, por eso, se hace necesario determinar el riesgo futuro que puede generar consecuencias al interior del proceso, afectando el equilibrio económico del contrato⁵⁵.

artículo 30 ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220º del decreto nacional 019 de 2012), el plazo de traslado de las evaluaciones (artículo 30 de la ley 80 de 1993, numeral 8) entre otros.

⁵³ PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Pág 192

⁵⁴ Tomado de referencia de Colombia Compra Eficiente. Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación.

⁵⁵ *Entre las nociones de orden público que integran el régimen jurídico del contrato administrativo, se destaca la del equilibrio financiero del contrato como su gran principio rector, que responde al interés general de darle estabilidad a la contratación administrativa en beneficio directo de los*

En principio, es importante determinar el riesgo previsible en un contrato, y doctrinalmente el Profesor Economista Diz Cruz, explica que el riesgo previsible, es de gran impacto en el contrato, ya que ayuda a mitigar el daño por medio de herramientas de protección, que se establecen como, quien puede asumir el riesgo, las generalidades de daños que perjudican de alguna manera la economía del contrato, desde el ingreso y la utilidad, pues lo que se busca es minimizar el riesgo y que no se afecte el contrato en materia financiera, es así que determina:

“El Riesgo, es todo aquello que puede generar un evento no deseado y traer como consecuencias pérdidas y/o daños. Generalmente cuando ocurren pérdidas estas conllevan unas consecuencias financiera que afecta de alguna manera el ingreso, presupuesto, flujo de caja de un ente, persona o empresa que está sujeto o sumergido dentro de ambientes que pueden inducir eventos catastróficos en grados variables que de alguna manera afectan al individuo o empresa. Las variables aleatorias dentro del contexto de la Estadística Actuarial, explican de una manera razonable, en un periodo de observación, la frecuencia y magnitud del daño. En cualquier caso, la palabra mágica una vez más es riesgo, y en todo caso lo que busca es una minimización del impacto de la pérdida que siempre es traducible a términos económicos dado un nivel de utilidad y un determinado grado de aversión al riesgo por parte del asegurado. En términos muy elementales esta protección, implica un contrato entre las partes que de alguna manera establece claramente los términos y condiciones bajo las cuales se reconocen y se pagan las deudas.”⁵⁶

De esta manera, normativamente, la Ley 1150 de 2007 en el artículo 4°, establece que la entidad estatal debe en “Los pliegos de condiciones o sus

servicios públicos, regulando con nuevos criterios de equidad y buena fe, las relaciones de la administración con sus contratistas. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006). C.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

⁵⁶ DIZ CRUZ, Evaristo. Introducción a la teoría del riesgo. Bogotá: Eco Ediciones, 2006. Pág. 1

*equivalentes incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación*⁵⁷. Lo anterior con el fin de proteger el proceso de contratación de cualquier eventualidad que perjudique alguna de las etapas del proceso o el proceso en general.

Así mismo, el Decreto 1082 de 2015 establece en el artículo 2.2.1.1.1.6.3 *“Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente”*⁵⁸.

Para entender de manera más concreta, las entidades estatales en busca de reducir la exposición del proceso de contratación frente a los diferentes riesgos que se pueden presentar, debe estructurar un sistema de administración de riesgos teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos, que se distinguen en dos etapas: en la fase precontractual, (a) los eventos que impidan la adjudicación y firma del contrato como resultado del proceso de contratación; y en la fase contractual (a) los eventos que alteren la ejecución del contrato; (b) el equilibrio económico del contrato; por ejemplo el hecho del príncipe (c) la eficacia del proceso de Contratación, es decir, que la entidad estatal pueda satisfacer la necesidad que motivó el proceso de contratación; y (d) la reputación y legitimidad de la entidad estatal encargada de prestar el bien o servicio.

El Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, establece que *“Un manejo adecuado del Riesgo permite a las Entidades Estatales: (i) proporcionar un mayor nivel de certeza y conocimiento para la toma de decisiones relacionadas con el Proceso de Contratación; (ii) mejorar la planeación de contingencias del Proceso de Contratación; (iii)*

⁵⁷ Ley 1150 de 2007. Artículo 4°.

⁵⁸ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.6.3.

*incrementar el grado de confianza entre las partes del Proceso de Contratación; y (iv) reducir la posibilidad de litigios; entre otros*⁵⁹.

Según el contexto, los riesgos deben ser identificados y a su vez se debe desarrollar un conjunto de procesos encaminados a proteger el proceso de contratación de cualquiera de esos eventos, por eso las entidades estatales deben administrar los riesgos y Colombia Compra Eficiente propone un modelo con base en el Estándar AS/ NZS ISO 31000.

De lo anterior, los pasos que deben seguir las entidades estatales con base en la guía de Colombia Compra Eficiente son⁶⁰ :

1. Establecer el contexto en el cual se adelanta el Proceso de Contratación.
2. Identificar y clasificar los Riesgos del Proceso de Contratación.
3. Evaluar y calificar los Riesgos.
4. Asignar y tratar los Riesgos.
5. Monitorear y revisar la gestión de los Riesgos.

Colombia Compra Eficiente propone elaborar una matriz de riesgos que incluya la identificación, la probabilidad de ocurrencia estimada, el impacto, la parte que debe asumir el riesgo, los tratamientos que se puedan realizar y el monitoreo de estos.

En primer lugar, la entidad debe establecer el contexto del proceso de contratación que se desea realizar en el que conozca el ambiente social, económico y político que le permita identificar, sus propios riesgos, los riesgos comunes de los procesos, así como los riesgos del proceso en particular.

⁵⁹ Colombia compra eficiente. Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Pág 4.

⁶⁰ Estos pasos son tomados de referencia de Colombia Compra Eficiente. Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. Pág. 4

En segundo lugar, se debe identificar y clasificar los riesgos según la clase, fuente, etapa del proceso y su tipo, por ejemplo; general y específico para determinar la clase, interno o externo la fuente, la etapa en la que se identifica el riesgo si es en planeación, selección, contratación, ejecución y por último, desde el punto de vista del tipo, ya sea económico, social o político, operaciones, financieros, regulatorios, naturaleza, ambientales, tecnológicos. Posteriormente de realizada esta etapa, se evalúa y se clasifican los riesgos identificando el impacto de estos en el logro de los objetivos y su probabilidad de ocurrencia, esto se realiza combinando la probabilidad de ocurrencia y el impacto y asignando categoría de acuerdo a la probabilidad; esto se determina como “raro, improbable, posible, probable y casi cierto”, con una escala de 1 a 5, donde 1 es raro y 5 es casi cierto.

Posteriormente, se analiza el impacto del riesgo calificando cualitativamente el efecto del riesgo, y la calificación monetaria del riesgo, es decir, las consecuencias monetarias de un riesgo para un contrato. Continuando con las etapas, se pasa a la de asignación y tratamiento de los riesgos y esta implica la distribución de los riesgos entre las partes de la relación contractual, a través de una operación entre el ente estatal y el proponente;” *de allí su carácter de matriz: en el eje horizontal se ubican las partes de la relación contractual y en el vertical, los distintos riesgos, de tal manera que en el encuentro de uno y otro, se permita establecer quién corre con la contingencia, con la obligación consecuente de restitución económica*⁶¹. Por lo general en la asignación se adopta el parámetro internacional, es decir, transferirles a la parte que mejor los pueda vigilar, evaluar, controlar y administrar, o aquella que tenga mejor acceso a los instrumentos de protección, atenuación o diversificación. Es entonces el proceso de señalar cuál de los sujetos contractuales tendrá que soportar total o parcialmente el riesgo en caso de presentarse para luego discutir su distribución definitiva con los interesados en la audiencia de riesgo, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los proponentes de

⁶¹ FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer. Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte. Pág. 102

manifestar sus opiniones ante la Entidad desde la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Esta asignación, al incluir los riesgos previsibles dentro de la ecuación contractual, permite dar un tratamiento específico a los mismos, suprimiendo la posibilidad de alegar posibles alteraciones al equilibrio económico

Una vez realizada la evaluación y calificación de cada uno de los riesgos asignados al proceso de contratación, la entidad establece un orden de prioridades y las tareas a realizar para proteger de esos riesgos, esto está estrechamente relacionado con la etapa final de cierre que es el monitoreo del riesgo, debido a que se debe realizar constantemente una revisión de los riesgos, porque rápidamente cambian las circunstancias y se pueden ir presentado otras dificultades, por lo que el monitoreo de la matriz debe ser permanente.

Ahora bien, la matriz de riesgos, debe de determinar de qué manera el riesgo genera sobrecostos para el Estado o para el contratista, señalando quién lo asume y quien lo mitiga⁶², de lo contrario no sería posible medir el riesgos y la responsabilidad ante un desequilibrio económico, ya sea para el Estado o el contratista. En palabras de la Economista Safar Díaz:

“Es así como todas las normas relativas al equilibrio económico de los contratos no solamente soportan la aplicación del impacto acumulativo en los mismos, sino que representan el régimen de responsabilidad del mismo dentro del contrato estatal, al igual que ocurre con las causales de rompimiento de la ecuación financiera que ya son tradicionales en la práctica jurídica colombiana, porque como lo anota LUÍS

⁶² “para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de qué parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARAS DE SU ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Pág. 499

GUILLERMO DÁVILA VINUEZA “La consagración del principio de la ecuación financiera constituye principalísima respuesta a la innegable desigualdad que afecta al contrato estatal y que se puede plantear desde diferentes planos, no necesariamente limitado a la explicación tradicional de las causas que alteran esa ecuación y la manera de restablecerla, sino que también debe abarcar todas las modalidades que inciden en la economía del contrato y que de alguna manera implican la protección del Estado por unas condiciones de contratación que garanticen la consagración de los fines que persigue⁶³.”

El Consejo de Estado así mismo, se ha pronunciado sobre el tema en una sentencia del año 2006⁶⁴, donde establece los límites en la distribución a riesgos al contratista, especificando;

“Sobre la naturaleza de orden público de las normas que regulan el derecho de las partes al equilibrio económico del contrato y los límites que tiene el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuando se trata de desplazar riesgos, con grave afectación de dicho equilibrio, obligando al contratista a asumir aquellos eventos que integran las teorías de la imprevisión o del hecho del príncipe, ha habido reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, cuya doctrina recoge el laudo arbitral del 19 de marzo de 1996, que en la parte pertinente dice:”

g). Es punto de partida, en la aplicación de este principio, el del equilibrio financiero del contrato, que se proyecta sobre situaciones previstas y no previstas que puedan presentarse en la ejecución de los convenios contractuales de la administración, la intangibilidad de la remuneración pactada, que la doctrina jurídica califica como propia ‘de la naturaleza del contrato de obra pública y, por lo

⁶³ SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía. Impacto Cumulativo y equilibrio económico en el contrato Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2006. Pág. 101.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006). C.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

tanto, debe ser considerada de orden público'. (Barra - Contrato de Obra Pública T.III.; pág. 1209 [citado por Raúl Enrique Granillo, Ibídem])

Es claro entonces afirmar que lo que busca prevenir la matriz de riesgos es recaer sobre hechos previsible o imprevisible que afectan el contrato, y se debe de velar por lograr la finalidad del proceso de contratación en sus óptimas condiciones, además, como se nombró anteriormente, la noción más relevante de los contratos estatales es salvaguardar el equilibrio económico del contrato, que como resultados prestará importancia para determinar responsabilidades para los contratantes en el contrato estatal.

Para complementar, el Consejo de Estado, señala una postura sobre el derecho de las partes a mantener el equilibrio económico del contrato, en providencia de mayo 9 de 1996, expediente 10.151 el Consejo de Estado afirmó:

“(...) la Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado, asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente es la comunidad, viene a serlo por gestión de la propia administración, pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento, en últimas corresponde disponerlo al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes (...).”

Teniendo en cuenta lo anterior, los riesgos también pueden ser atribuidos por una parte al contratista y en virtud del equilibrio económico del contrato y de la forma de recuperación de costos, se podrá mantener el carácter conmutativo del contrato. Lo anterior, teniendo en cuenta que: *“El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones”*⁶⁵.

*“Así las cosas, la ecuación económica del contrato se romperá cuando las condiciones de igualdad pactadas desde los inicios de la relación contractual desaparezcan por hechos o circunstancias no imputables al contratista, a los cuales no puede resistir y no pudo razonablemente prever al momento de celebrar el contrato. Es decir cuando se presenten circunstancias propias de la teoría de la imprevisión o provenientes del denominado hecho del príncipe”*⁶⁶.

Para concluir, la administración de los riesgos constituye sin lugar a dudas un paso fundamental en el cumplimiento del principio de planeación que busca proteger a como dé lugar la realización real y efectiva del fin que se pretende cumplir por medio de un proceso de contratación, y lo más importante velar por mantener el equilibrio económico del contrato⁶⁷ donde la comunidad que es quien se pretende cuidar a mayor medida por la administración pública, no se afecte por situaciones inherentes al contrato y que sean los mecanismos de solución de

⁶⁵ DOCUMENTOS CONPES 3714. DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2011. Pag 8

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006), Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792). C.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO.

⁶⁷ *“el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente, en realidad, es el interés general que se persigue satisfacer con la celebración y cabal ejecución del contrato estatal”*. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN AC. P: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016) Radicación numero :250002326000200301742

conflictos quien salvaguarde los diferentes riesgos previsible o imprevisible en que se puede ver afectado un contrato público, así mismos, será potestad de cada entidad definir las garantías mediante las cuales se mitigan dichos riesgos.

Según esto, la entidad estatal luego de conocer e identificar los Riesgos del Proceso de Contratación debe definir las garantías mediante las cuales mitiga el Riesgo de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones del contrato, es decir, las garantías se convierten entonces en una herramienta que ayuda a cubrir los riesgos comunes en los procesos de contratación. Los contratistas para garantizar el cumplimiento de la obligación frente a la entidad estatal puede otorgar alguna de las siguientes garantías: contrato de seguro, fiducia mercantil de garantía y garantía bancaria o cartas de crédito stand by. Ciertos riesgos identificados por las entidades estatales pueden cubrirse por cualquiera de los instrumentos mencionados.

Es importante resaltar que en las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la entidad estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías. En las demás modalidades de selección son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y cumplimiento. Por otra parte, existen unas garantías obligatorias en algunos tipos de contratos, como por ejemplo la garantía de responsabilidad civil extracontractual en contratos de obra, sin embargo, muchas garantías no se imponen en los contratos por lo general de manera mecánica, sino que estos deben obedecer a un análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y a los riesgos de cumplimiento y responsabilidad que se puedan generar, por eso es determinante que sean evaluadas dichas circunstancias en los estudios previos o con anticipación.⁶⁸

⁶⁸ Tomado de referencia de Colombia Compra Eficiente. Guía para el Manejo de Garantías en Procesos de Contratación.

Ahora bien, respecto a las fases del proceso de contratación, los riesgos que se deben cubrir mediante garantías según Colombia compra Eficiente son:

1. Selección: El oferente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos: 1) No ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses. 2) Retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación. 3) No suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario. 4) La no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.

2. Contratación y ejecución: En esta fase la garantía debe cubrir los Riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Además, esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos según las condiciones del objeto del contrato, los cuales pueden tener diferentes cuantías y plazos de cobertura: 1) Buen manejo y correcta inversión del anticipo. 2) Devolución del pago anticipado. 3) Cumplimiento del contrato. 4) Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. En el caso del amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar la indemnización de estos perjuicios en la medida que se afecte el patrimonio de la Entidad Estatal asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados de éste no han reclamado su pago a la Entidad Estatal. Durante la etapa de ejecución del contrato también pueden presentarse daños a terceros con ocasión de esa ejecución que pueden ser causados por el contratista o sus subcontratistas o dependientes. Ese riesgo debe ser cubierto con una póliza de responsabilidad civil extracontractual.

3. Obligaciones posteriores a la ejecución: En esta fase se cubren los Riesgos que se presenten con posterioridad a la ejecución del contrato y sus amparos son: 1) Estabilidad y calidad de la obra. 2) Calidad del servicio y correcto funcionamiento

de los bienes. El amparo de calidad del servicio tiene por objeto cubrir la mala calidad o la insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de servicios y mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato. Si la falta de calidad se presenta durante la ejecución del contrato, el amparo que debe afectarse no es éste sino el de cumplimiento.

De acuerdo con el artículo 128º del Decreto 1510 de 2013 las garantías que respaldan el cumplimiento de un contrato pueden hacerse efectivas cuando se presenta un incumplimiento en las obligaciones pactadas, que da lugar a la declaratoria de incumplimiento, la caducidad del contrato y la efectividad de la cláusula penal cuando proceda; así como a la imposición de multas. Si existe incumplimiento, la Entidad Estatal debe expedir un acto administrativo que lo declare.

En los procedimientos administrativos sancionatorios la Entidad Estatal debe vincular al contratista y al asegurador del contrato. Ahora bien, Cuando la garantía es un patrimonio autónomo, una garantía bancaria o una carta de crédito stand by no es necesario que la Entidad Estatal vincule a la fiduciaria o al emisor al procedimiento sancionatorio o conminatorio. Cuando se trata de oferentes plurales como consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura, la garantía debe cubrir a todos sus integrantes. Igualmente, la notificación del incumplimiento debe vincular a todos sus miembros.

Para finalizar, las garantías son instrumentos y mecanismos idóneos de cobertura de algunos riesgos comunes, con el fin de proteger a cabalidad el buen funcionamiento y resultado deseado por la Entidad a través del contrato estatal. Es entonces claro entender en esta etapa, identificar, clasificar, evaluar y asignar riesgos y a su vez constituir las garantías adecuadas para mitigar dichos riesgos, es ni más ni menos que un cumplimiento efectivo al principio de planeación, que

se traduce en un buen planteamiento y análisis previo de riesgos en busca de proteger el contrato estatal.

2.1.3 ALCANCE FINANCIERO

El principio de planeación, es pilar para logro y buen manejo de la contratación estatal, entre sus objetivos, está el cumplimiento del alcance financiero, herramienta para la conformación, ejecución del presupuesto y la responsabilidad y transparencia fiscal. Este alcance tiene tres pilares fundamentales: las apropiaciones presupuestales previas, las vigencias futuras y las reservas presupuestales.

El sistema presupuestal está regulado por el Decreto-Ley 111 de 1996 que a su vez compila las normas de las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que conforman el estatuto orgánico del presupuesto, encargado de determinar el plan financiero, que es el instrumento de planificación y gestión financiera del sector público, que tiene como base las operaciones efectivas de las entidades cuyo efecto cambiario, monetario y fiscal sea de tal magnitud que amerite incluirlas en el plan. Tomará en consideración también, las previsiones de ingresos, gastos, déficit y su financiación compatibles con el programa anual de caja y las políticas cambiaria y monetaria, tipificado en el artículo 7°. Asimismo, la ley anual sobre el presupuesto general de la Nación es el instrumento para el cumplimiento de los planes y programas de desarrollo económico y social, todo esto en concordancia con los principios presupuestales que son los que hacen cumplir en debida forma la planeación, sus principios rectores son; la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la coherencia macroeconómica y la homeostasis presupuestal. Cada uno de estos

corresponde de los artículos 12º-21º de la Decreto-Ley 111 de 1996⁶⁹, y son importantes, ya que se relacionan entre sí coherente y claramente para lograr el objetivo del principio de planeación en la contratación estatal, pues la Ley exige que la planificación de la cada entidad contratante debe ir acorde con el Plan Nacional de desarrollo, el Plan Nacional de inversiones, el Plan Financiero y el Plan Operativo Anual de inversiones de modo tal que es indisoluble de la conexión que existe entre la planeación en materia financiera respecto de los gastos del Estado y la planificación de los contratos estatales. Así mismo, debe respetarse los principios de anualidad del año fiscal, y tener en cuenta la universalidad de todos los gastos que se van ejecutar, es decir, el presupuesto no puede salirse de los parámetros establecidos en el año fiscal. De igual modo, la unidad de caja cumple con la función de recaudo de rentas y recursos para distribuir

⁶⁹ Artículo 3. Planificación . El presupuesto deberá guardar concordancia con los contenidos del Plan Nacional de Desarrollo, del Plan de Inversiones, del Plan Financiero y del Plan Operativo Anual de Inversiones.

Artículo 4. Anualidad. El año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.

Artículo 5. Universalidad. El presupuesto contendrá la totalidad de los gastos públicos que se espere realizar durante la vigencia fiscal respectiva. En consecuencia ninguna autoridad podrá efectuar gastos públicos, erogaciones con cargo al Tesoro o transferir crédito alguno, que no figuren en el presupuesto.

Artículo 6. Unidad de caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto.

Artículo 7. Programación integral. Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas vigentes.

El programa presupuestal incluye las obras complementarias que garanticen su cabal ejecución.

Artículo 8. Especialización. Las apropiaciones deben referirse en cada empresa a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas.

Artículo 9. Coherencia macroeconómica. El presupuesto debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República.

Artículo 10. Homeóstasis presupuestal. El crecimiento real del presupuesto de rentas incluida la totalidad de los créditos adicionales de cualquier naturaleza, deberá guardar congruencia con el crecimiento de la economía, de tal manera que no genere desequilibrio macroeconómico.

adecuadamente los pagos y es necesario, realizarse una programación integral, donde se ejecuten tanto los gastos como los pagos del proyecto.

El deber y cumplimiento de los principios anteriormente nombrados, dan mención de la necesidad que desde el presupuesto de ingresos se comprenda la disponibilidad inicial, y así las entidades puedan incluir la totalidad de los cupos de endeudamiento autorizado por el Gobierno, además, este presupuesto debe de contener los gastos que comprende las aprobaciones, como gastos de funcionamiento, operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión, que son los que se causen durante la vigencia fiscal respectiva. A su vez la causación de los gastos son proyectos presentados que deben contar con la apropiación presupuestal correspondiente. Es así como el principio de planeación busca la coherencia macroeconómica, pues el presupuesto debe estar ajustado con el presupuesto fijado por el Gobierno y coherente con la Junta Directiva del banco de República. La violación de estos principios traería consecuencias negativas para la contratación.

Con respecto a las apropiaciones presupuestales, estas son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales aprueban para ser comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de Diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y en consecuencia no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse ni contracreditar⁷⁰. Igualmente, todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los certificados de disponibilidad⁷¹, el cual es un documento de gestión financiera y

⁷⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito público. República de Colombia. Ejecución presupuestal. Disponible:<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuestogeneraldelanacion/FAQPresupuesto/EjecucionPresupuestal/ejepresup.htm>

⁷¹ “certificado de disponibilidad es el documento expedido por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos”. El afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal”. CONSEJO

presupuestal que ayuda y genera confiabilidad sobre la existencia de una apropiación disponible y libre de afectación, con el fin de que se pueda realizar un compromiso y así poder recibir el valor que por Ley le ha otorgado. Es de suma importancia que cualquier acto administrativo que conlleve apropiaciones presupuestales deberán contar con certificado de disponibilidad presupuestal previo y cualquier compromiso que se adquiriera con violación de esta obligación generará responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal.

En relación con el tema anterior sobre las contingencias o que podríamos denominar riesgos, la Ley 448 de 1998, tipifica el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales, señalando la necesidad de estas, en el desarrollo del presupuesto, esto con el fin de que las entidades cuenten con un fondo que cubra las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes que genera la misma naturaleza del contrato, estas son también un posible recurso para los posibles riesgos que afecten el equilibrio económico del contrato. Los recursos de este fondo de contingencias son tipificados en el artículo 5º, especificando de donde surgen los recursos y quienes son los responsables de los aportes, de modo tal que hacen parte de la planeación del presupuesto.

Cabe mencionar acerca de las las reservas presupuestales que son los compromisos legalmente adquiridos pero cuyo objeto no fue cumplido dentro del año fiscal que termina, las cuales serán pagadas dentro de la vigencia fiscal siguiente con cargo al presupuesto de la vigencia anterior.

Por su parte el Ministerio de Hacienda establece que las vigencias futuras son autorizaciones para que las entidades puedan asumir compromisos que afecten presupuestos de estas. Su objetivo es garantizar que los compromisos que se

vayan a adquirir cuentén con las asignaciones presupuestales correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los mismos.

Dada la importancia, el Ministerio de Hacienda y el Crédito Público, interviene por varias vías en la gestión presupuestal y a través de las vigencias futuras se busca garantizar los compromisos, los cuales se dan por medio de autorizaciones para las entidades para que afecten el presupuesto de vigencias fiscales futuras⁷². Y en términos Departamentales son las Asambleas⁷³ las encargadas de las autorizaciones para los Gobernadores, y a nivel Municipal, los Concejos para las respectivas aprobaciones al Alcalde en cuanto a las afectaciones del presupuesto y la autorización para el uso de las vigencias futuras, salvo las excepciones legales.

La excepción al principio de anualidad, son las vigencias futuras debido a que no es posible adquirir compromisos que excedan en su ejecución la vigencia respectiva, sin embargo, el legislador incorporó un mecanismo que con previa autorización permite adquirir compromisos cuando su ejecución se inicie con el presupuesto de vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en otras vigencias posteriores, las cuales se ven afectadas, como es el caso de las vigencias futuras.

Dentro de este alcance que es sin lugar a dudas una dimensión muy importante en el desarrollo de un contrato en concordancia con el principio de planeación, es necesario que siempre se realice una adecuada planeación presupuestal y

⁷² JIMENEZ RODRIGUEZ, Fernando. Director General de Presupuesto Público Nacional. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, circular No. 2. Enero 31 de 2012.

⁷³ *Cartilla Vigencias Futuras Excepcionales, Tema para las entidades territoriales*. Elaboración: Procuraduría delegada para la economía y la hacienda pública, Procuraduría delegada para la función pública, Procuraduría para la descentralización y las entidades territoriales. Bogotá D.C. Septiembre de 2010.

contractual, pues se evita el uso desmedido e inadecuado que pueda generar problemas, como por ejemplo la utilización recurrente de la figura de las vigencias futuras que mencionamos anteriormente, con inobservancia de los requisitos y condiciones que regulan la materia, que ha implicado la imposición de sanciones a los funcionarios encargados del manejo de los recursos públicos como lo son Alcaldes, Concejales, Gobernadores y Diputados, ya que los funcionarios abusan de esta excepción que la Ley propone.

Este alcance pretende una adecuada planeación de los gastos en que incurre el Estado, de manera que sean controlados y previamente autorizados por la Ley de Presupuesto Nacional. La Ley señala la importancia de presupuestar oportunamente cada gasto que se presenta en el contrato, es así que el numeral 6° del artículo 25° de la Ley 80 de 1993, dice que *“se da solo inicio al procedimiento de selección, cuando existan las disponibilidades presupuestales”*, es decir, tener la certeza sobre la existencia de una apropiación disponible y libre de afectación para la asunción de un compromiso, como es el caso de un contrato estatal. Como vemos, es necesario establecer el presupuesto disponible para dar inicio a la etapa precontractual, y tener la respectiva disponibilidad presupuestal, que le da forma al contrato y seriedad, como también es de suma importancia el incluir lo que puede ser previsto también para la entidad, como las vigencias futuras y reservas presupuestales que se puedan presentar.

Por su parte, los procedimientos de selección y la celebración del contrato, deben de estar acorde a una disponibilidad presupuestal, en la cual debe de existir un rubro para poder ejecutar y dividir el dinero provisionalmente que inicie la selección, de la misma manera, al integrar el certificado de disponibilidad presupuestal, permite a la administración cumplir con sus fines institucionales conforme a los planes y programas incorporados en el presupuesto, evitando el desfinanciamiento que puede afectar el patrimonio público, estableciendo, que no

podrán existir gastos por fuera de lo que consagra la Ley de presupuestos, lo cual constituye un requisito legal. Por consiguiente citamos el siguiente enunciado:

*“En lo que atañe al desarrollo del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación debe analizarse lo dicho en principio sobre la relación de la planeación en la contratación estatal con la perspectiva genérica, por la cual todo gasto en el que incurra el Estado debe estar previamente autorizado por la Ley de Presupuesto Nacional y de cada entidad respectiva. Esto demuestra sin duda, que el principal rector que rige la contratación estatal es de tipo presupuestal”.*⁷⁴

Es relevante establecer que en la etapa precontractual se evalúa el alcance financiero, y los presupuestos se valoren, para que financieramente sea rentable para el contrato. Como se ha venido mencionando, el principio de planeación financieramente busca cumplir eficazmente con el contrato, teniendo en cuenta, la ponderación en razón, de calidad y precio dadas por las diferentes entidades y estimar la calidad y precio relacionado con el costo beneficio para el Estado, pues el principio de planeación, pretende cuidar los recursos del Estado, por medio de la conveniencia para el proyecto y con base a los recursos financieros del Estado que sean los adecuados para cumplir con las necesidades y finalidades sociales.

No obstante, el alcance financiero, también busca a cabalidad cuidar el erario público y ser eficientes en el proceso precontractual administrativo, ya que, *“desde un punto de vista económico, será necesario realizar un presupuesto oficial del valor de las obras, los servicios o los bienes que se pretenden contratar”.*⁷⁵ Con antelación a la realización del contrato, buscando que el Estado no incurran en mayores gastos y sobrecostos.

⁷⁴ EXPOSITO VELEZ, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Análisis de la Selección de Contratistas. Pág. 593

⁷⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Pág. 68

El registro presupuestal reviste un carácter relevante para la producción de efectos del negocio jurídico en cuanto que es un elemento trascendental para la ejecución y posterior del contrato, que sin este carecería de un elemento vital y este estaría llamado a fracasar⁷⁶. Siendo esta una tesis doctrinal, el Consejo de Estado se ha pronunciado diferente respecto al tema y ha entendiendo que el registro presupuestal corresponde es al valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y al estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. Por lo que el contrato debe ser adjudicado para que se pueda expedir el registro presupuestal, ya que se debe conocer el monto exacto por el cual se constituirá la reserva. De esta manera se puede afirmar que el registro presupuestal garantiza que los recursos destinados a un gasto concreto no se desviarán a otro objetivo, así siendo útil y conveniente. Por tanto, el registro presupuestal es entonces un requisito para la ejecución y no para el perfeccionamiento como en principio se mencionó, pues “la sanción que se obtiene por no expedir el registro presupuestal no afecta al acto o al contrato sino a la persona que incumple con dicha obligación. Por eso el inciso final del artículo 71 del Decreto 111 de 1996 establece que *“cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones”*. Es así que se evidencia que la omisión de expedir el registro presupuestal no se sanciona con la nulidad, sino que el funcionario público competente responderá desde el ámbito disciplinario, penal, fiscal y patrimonial⁷⁷.

Finalmente, después de hacer un análisis del alcance financiero y la relación e importancia que tiene para la contratación y las consecuencias que trae el no disponer adecuadamente de los presupuestos que por Ley se asignan, es claro

⁷⁶ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración pública en Derecho Colombiano y Español. Análisis de la selección de contratistas. Pág 596.

⁷⁷ OBSERVATORIO COLOMBIANO DE CONTRATACION PUBLICA. “El registro presupuestal no es un requisito de perfeccionamiento sino de ejecución del contrato estatal”. Consejo de Estado, seccion Tercera. Noviembre 28, 2014.

que el principio de planeación contiene otros principios que son los que señalan cómo debe ejecutarse estrictamente el principio de planeación, pues lo que se pretende es cuidar el presupuesto, conocer el objetivo de la contratación, que todo se tenga en cuenta dentro del año fiscal, que se respeten los términos y se cumpla a cabalidad el cronograma de trabajo que se realiza conforme a la planificación, con el fin de garantizar el compromiso y siendo un requisito de Ley para que nazca el contrato a la vida jurídica, y evita anomalías en el transcurso del contrato, los cuales pueden afectar los recursos públicos y el interés general. Ahora, teniendo claro de lo que se ocupa, podemos decir que el alcance financiero pretende entre sus objetivos presupuestar adecuadamente toda la ejecución del contrato desde el proceso de selección hasta la firma del contrato, todo con el fin, de evitar sobrecostos a la administración, obtener calidad y eficiencia al momento de desarrollar un contrato.

CAPÍTULO III

ASPECTOS QUE CONDUCEN A LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

3.1 FALTA DE CONTROL OBJETIVO INTERNO Y EXTERNO⁷⁸

La actividad contractual, además de estar sometida a normas y principios que aseguran una actividad a la luz de la transparencia y la legalidad, está igualmente sometida a controles que intentan proteger el adecuado procedimiento en los contratos estatales, así mismo, como el gasto público de la Nación.

⁷⁸ Esta clasificación obedece a una distinción entre el control que no existe relación alguna de dependencia o subordinación jerárquica entre la entidad titular del control y la entidad controlada, en este caso el control externo, y el control donde existe una relación de dependencia entre el órgano encargado del control y la entidad cuya gestión va a ser controlada, como las oficinas de control interno de cada entidad pública. LOPEZ HERNANDEZ, A.M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, D. (2005): "El control de la gestión económico financiera de las administraciones públicas". Pág 6-8

Existen distintas autoridades que intervienen en la actividad contractual y ejercen un control específico en miras al adecuado funcionamiento de los contratos estatales. Estos controles están diversificados en diferentes enfoques, cada uno persigue una finalidad en particular.

En este momento cabe mencionar las autoridades que intervienen en la actividad contractual del Estado, que se encuentran contenidas en la Ley 80 de 1993 en el capítulo “*del control de la gestión contractual*”, por ejemplo el control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República y Contralorías territoriales, es la encargada de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, que se extiende a particulares que manejen fondos o bienes públicos⁷⁹. Este control es un control posterior y selectivo⁸⁰, porque el control previo está a cargo de las autoridades de control interno de cada entidad. Este control reviste gran importancia en los contratos estatales que por lo general se evidencia enormes detrimentos patrimoniales, y es por medio de este, que se puede sancionar dichas conductas y tratar de resarcir el daño causado.

En este punto es pertinente traer a colación que el control fiscal, luego de que en sentencia del 11 de marzo de 2015, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, que declaró inexecutable el numeral 7º del artículo 5º del Decreto 267 de 2000, que permitía a la Contraloría aplicar la llamada función de advertencia, advirtiendo graves riesgos que comprometan el patrimonio público, y ejerciendo el control posterior sobre los hechos, quedó reducido meramente a sancionar en una etapa posterior, porque para la Corte Constitucional la función de advertencia se

⁷⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo. 267º

⁸⁰ El control se ejecuta de forma posterior y selectivo y está focalizado a la vigilancia de la gestión fiscal que comprende los controles: financiero, de legalidad, de gestión, la revisión de cuentas, evaluación del control interno, de resultados y a la verificación de la acción programática y misional de las Entidades sujetas a su vigilancia. CESPEDES VILLA, Fredy. Guía metodológica para realizar la auditoría a la contratación pública. Bogotá D.C, Diciembre de 2012. Pag 88. Disponible en: http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Gu%C3%ADas%20Metodol%C3%B3gicas/2013-140-G003-Contratacion_Publica.pdf

asemeja a la modalidad de un control previo y que el control de la contraloría debe ser posterior para evitar coadministrar. Es decir, la finalidad del control fiscal es resarcir el patrimonio público cuando este se haya afectado y se halla valorado en la etapa posterior, porque antes de la Constitución Política de 1991 intervino en los procesos de contratación a punto de condicionar o vetar la capacidad contractual de las entidades del Estado y dicha intervención impedía la celebración de contratos en diversas ocasiones.

El control de advertencia tenía una función importante porque permitía evitar y/o precaver detrimentos patrimoniales, es extraño pensar en un órgano meramente sancionador, cuando es posible que se puedan prevenir conductas que pongan en riesgo el patrimonio de la nación. Además, los controles son relevantes bajo la premisa que permita la detección de posibles fallas dentro de los procedimientos que se estén realizando o que se planea realizar, así como desviaciones o irregularidades que puedan llevar a retrasos e inconformidades, efectuando correctivos y mejoras inmediatas y oportunas para el adecuado alcance de los objetivos. Es entonces obvio que este control de advertencia desde el punto de vista del principio de planeación, jugaba un papel importante porque advertía riesgos que podrían ser útiles a la hora de planificar con mayor detenimiento los pasos a seguir, es decir, perseguían un mismo fin.

Por otra parte, también están la Procuraduría y las Personerías Municipales como autoridades que intervienen en las actividades contractuales, y está relacionado con la investigación de las conductas de los funcionarios que constituyan faltas disciplinarias, en el desempeño de sus funciones⁸¹. Es muy común que dentro de

⁸¹ El Código Disciplinario Único establece en el artículo 23° que “ Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28° del presente ordenamiento”.

las diferentes etapas contractuales se observe incumplimiento que derivan en responsabilidad disciplinaria y en muchos de esos casos son producto de la corrupción que tanto golpea los contratos estatales, es por esto que cabe mencionar el siguiente texto que contiene diferentes prácticas en materia disciplinaria:

“La corrupción administrativa en esta materia ha aumentado, lo cual se evidencia con las frecuentes y masivas denuncias contra los organismos del Estado, por la celebración de contratos millonarios que no tienen una justificación legal y persiguen cometidos diferentes a los previstos en la Constitución y la Ley.

En este campo es frecuente que los representantes de las entidades públicas celebren contratos con personas inhabilitadas, para pagar favores políticos o de cualquier otra índole. También es frecuente que se omitan los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para garantizar la calidad de las obras, y se adjudiquen los contratos por razones de favoritismo. Igualmente, se ha hecho evidente que los servidores públicos recurren a la actividad contractual para obtener provecho ilícito en detrimento del patrimonio público.

La corrupción en materia contractual también se genera con la declaratoria de caducidad o con la terminación de los contratos sin que se reúnan las causales que la ley ha previsto para ello, con el fin de asignar dichos contratos a las personas con quienes se han adquirido compromisos que no pueden cumplirse debido a que los recursos presupuestales ya han sido comprometidos por administraciones anteriores. Dichas declaratorias de caducidad generan demandas contra el Estado, que prosperan en la mayoría de los casos, con lo cual se afecta el patrimonio público, además de la ejecución del contrato.

De la misma manera, se ha utilizado la figura de la urgencia manifiesta sin que se den los requisitos exigidos en la ley, con el fin de evadir los procedimientos de

contratación para atender situaciones que no son realmente urgentes o para justificar sobrecostos. Con frecuencia, los interventores no exigen el cumplimiento de las especificaciones técnicas durante la ejecución del contrato, o permiten que se entreguen obras inconclusas, de mala calidad o diferentes de las pactadas, con el fin de obtener prebendas del contratista o la ampliación de sus contratos por parte de la entidad, aumentando así sus ingresos indebidamente y afectando la calidad de las obras y la correcta prestación de los servicios contratados por la entidad estatal”⁸².

El escrito mencionado anteriormente denota claramente las prácticas que se utilizan frecuentemente en la celebración de contratos, prácticas que cometen los servidores públicos y perjudican el buen desarrollo de los contratos. De lo anterior, la Procuraduría está en la obligación de poner todos sus esfuerzos en pro a que no se sigan realizando dichas conductas y a castigar a quienes incumplen las obligaciones legales, por que es claro que nuestro país ha sido golpeado por innumerables hechos de corrupción y demás prácticas generalizadas que desfiguran la finalidad del Estado, que pretende el interés general y nunca el particular, y es ahí donde los servidores públicos deben orientar todas sus actos sin desviar el ejercicio contractual de la finalidad del Estado.

Aquí es necesario traer a colación el artículo 48º de la Ley 734 de 2002 “*por el cual se expide el Código Disciplinario Único*”, numeral 31º, que consagra como falta gravísima “*participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la Ley*”. En este orden de ideas, el desconocimiento de principios de planeación constituye una falta gravísima en ejercicio de la función, y en consideración la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones ha expresado

⁸² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos. Ley 734 de 2002 Gaceta del Congreso 291 de julio 27 del 2002.

que desconocer principios de la contratación estatal, tipifica un delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.⁸³⁸⁴ Determinando que este tipo se configura “*del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, porque el objeto de protección del tipo penal en cuestión es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal*” Aquí no cabe duda que respecto al principio de planeación y su desconocimiento puede entonces tipificar este delito según la Corte Suprema de Justicia y generaría entonces una responsabilidad penal.

Ahora bien, la Corte así mismo ha dicho “*En este sentido debe dejarse claro que el bien jurídico que se protege con el tipo penal de celebrar contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, lo constituye la legalidad de la contratación de la Administración Pública que en la inversión de los recursos debe respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, tal como lo precisa el artículo 209 de la Constitución Política*”.⁸⁵

Por otra parte, la Fiscalía General de la Nación que el artículo 64 ° de la Ley 80 de 1993 señala “*que de oficio o por denuncia, investigará las conductas constitutivas de hechos punibles en la actividad contractual y acusará a los presuntos infractores ante los jueces competentes*”. La Fiscalía entonces es la encargada de imputar la responsabilidad penal en que se incurran los servidores públicos, en conductas que atentan contra la administración pública y están tipificados como

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). M.P: AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Bogotá, D.C., veintiocho de noviembre de dos mil siete. M.P: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

⁸⁵ *Ibid.*

peculado, cohecho, abuso de autoridad y prevaricato. Sin duda alguna la responsabilidad penal puede derivar en responsabilidad disciplinaria y viceversa⁸⁶.

Así mismo, existe un control ciudadano expresado en el artículo 66° de la Ley 80 de 1993, “ *todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano*” ⁸⁷. Es decir, este artículo le otorga la facultad al ciudadano de vigilar la gestión contractual, y en caso de tener conocimiento de hechos o omisiones de los servidores públicos o particulares, que constituyan delitos, denunciar ante las autoridades competentes.

Hasta aquí vimos las diferentes autoridades que intervienen en los contratos estatales, es decir, en su gestión y desarrollo, pero de carácter externo, es decir, autoridades que se encuentran por fuera de las entidades propiamente dichas que son quienes realizan los contratos estatales, y que no tiene ninguna relación de dependencia con la entidad controlada, pero que sin estos controles tendríamos una la actividad corrompida, sin el lleno de los requisitos legales y que no cumpliría efectivamente con los objetivos propuestos. Pero ahora bien, es pertinente mencionar que en varios casos estos organismos no han sido efectivos en el logro de sus objetivos y eso nos llama a replantear cómo debe realizarse esa función que permita acabar con tantos problemas dentro de los contratos estatales, generando mejores prácticas, más transparentes, más claras y más responsables con el Estado y con nuestra sociedad. Es por esto que en relación al principio de planeación, que es un principio que reviste renombrada importancia, como una herramienta valiosa para que los procedimientos se realicen de una manera correcta y que sino se aplica y si no tenemos los controles respectivos

⁸⁶ “*una misma conducta puede originar al mismo tiempo responsabilidad fiscal y disciplinaria, pero no por ello las sanciones pueden ser las mismas, pues la Constitución no sólo diseñó un marco de conductas propias para cada órgano de control sino que preceptuó el deber legal de determinar las formas propias de cada juicio*”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-484/00. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁸⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 66°.

para que este se cumpla, seguiremos en la misma dirección y con los mismos escándalos de los últimos años.

Es de resaltar que los controles existen y en muchos casos han sido el freno de conductas que han atentado contra los fines del Estado y contra la administración pública, pero es evidente que nos falta y sin un control objetivo y permanente el principio de planeación seguirá siendo violentado.

Ahora traemos a colación el control interno en la contratación, el artículo 65°, inciso 3°, de la Ley 80 de 1993 establece de la siguiente manera *“El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno”*⁸⁸.

*“Las oficinas de control previo interno están facultadas para opinar y emitir recomendaciones durante todas las actuaciones precontractuales en tiempo real, a fin de coadyuvar en el logro de los fines previstos con cada contratación. En este entendido, su función es contrarrestar los posibles equivocaciones en que pueda incurrir la administración, de forma que se logre el cumplimiento de los fines estatales, sin que se le esté permitido autorizar o refrendar los procedimientos administrativos de la entidad, so pena de incurrir en coadministración”*⁸⁹.

La falta de planeación o la planeación indebida claramente puede resarcirse si se utilizan los controles existentes de una adecuada manera, es decir, tanto las autoridades externas como el mismo control interno que en algunos casos falla porque evidentemente se convierte en un control bastante manipulado por ser dentro de la misma entidad, donde se pierde la objetividad y se le da un tinte bastante político, razón por la cual, es de notable funcionalidad tener un control o

⁸⁸ *Ibid*, Artículo 65°. Inciso 3°.

⁸⁹ GÓMEZ LEE, Ivan Dario. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia. Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos. Pág 231.

supervisión durante el desarrollo de esta cada una de las etapas, precontractual, contractual e incluso pos contractual, que se dedique especial y exclusivamente a la planeación, por que para que el control interno sea eficiente “ *debe hacerse en el marco de planeación, tanto del control mismo, como de su objeto, que lo integran las acciones, contratos , obras, funciones y el personal sujeto a control interno, como parte de una estrategia de buen gobierno al interior de las entidades públicas*”⁹⁰.

En la etapa precontractual por ejemplo un control permite ser un factor que permitirá que desde el inicio puedan prever y corregir posibles deficiencias negóciales que obstaculizan el desarrollo normal del contrato y la consecución satisfactoria del mismo y que en la mayoría de los casos sólo se detectan luego de la celebración del negocio jurídico. La finalidad de este control es que se cuente con un panorama amplio de lo que es el objeto a contratar, de cuales son las necesidades que se buscan satisfacer y de esta manera, tener a la mano las herramientas que den lugar a maniobrar y prevenir futuros inconvenientes. Este control debe contar con expertos en la materia y estar libre de política.

En la etapa post contractual un control, como es el caso del control fiscal, puede resarcir daños patrimoniales y castigar a quienes de forma fraudulenta buscan defraudar al Estado para la consecución de sus intereses particulares sobrepasando el interés general.

Un adecuado control en cada una de las etapas del proceso contractual, puede evitar innumerables problemas que se acarrean con una mala planeación, y por tanto si este se realiza correctamente el control terminaría siendo la herramienta que frene la mala planeación y le abra camino a procedimientos claros, completos

⁹⁰ APONTE DIAZ, Iriana. “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en revista digital de Derecho Administrativo. N° 11. Bogota: Universidad Externado de Colombia. Pág 7

con el lleno de todos los requisitos y el debido cumplimiento de los principios generales de la contratación, que a medida creen una cultura que pretenda una buena planificación para el alcance de los objetivos del Estado.

Desde luego, el concepto de supervisión contractual hace indispensable que las acciones de dirección, vigilancia y control sean llevadas a cabo de manera permanente e integral, tras la verificación del cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, períodos de entregas parciales, durante las etapas de planeación, ejecución del objeto y la liquidación y no solo en forma posterior cuando los efectos negativos de una ejecución alejada de lo planeado se hayan consolidado, y que en la práctica se constituye en una mera justificación de los sobrecostos en que se incurrió.

Ahora bien, tomando en consideración la supervisión e interventoría establecida en la Ley 1474 de 2011 que en el artículo 83° determina que tienen por objeto proteger la moralidad administrativa, con el fin de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual. De manera tal, que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda, que a nuestro juicio es determinante para el cumplimiento del principio de planeación y de esta manera a la buena ejecución de los contratos.

Es importante aclarar la diferencia entre ambas figuras que radica principalmente en que la supervisión es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados, por su parte la interventoría consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato ambos controles. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

Los interventores y supervisores tiene como facultades, *“solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual”*⁹¹ y así mismo deben cumplir con unos deberes establecidos para lograr la finalidad deseada que son *“mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente”*⁹².

Estos dos controles mencionados son determinantes para lograr la excelente ejecución de los contratos y por esto tiene una importancia bastante alta dentro de estos, incluso en la asunción de responsabilidades, de modo tal que su ejercicio debe estar realizado con los más altos estándares de profesionalismo que repercutan en un buen desempeño.

Es importante saber las deficiencias en el seguimiento y control de los contratos, porque está claro si este existiera eficientemente se evitarían muchas consecuencias adversas de la falta de planeación o la inadecuada planeación, porque si bien planear puede ser un paso que se realice en el lleno de unos requisitos formales, lo realmente importante es que efectivamente se haga a conciencia y se realice un estudio profundo que permita cumplir con todo un proceso y llévalo a su etapa final sin ningún problema. Sin embargo es claro que

⁹¹ Ley 1474 de 2011. Artículo 84.

⁹² *Ibid.*

en muchos casos este control si se realiza pero en ocasiones es deficiente por la falta de idoneidad técnica o capacidad administrativa, financiera y organizacional de quien ejerce la supervisión o interventoría.

Por ejemplo si se realiza un buen control se pueden determinar fallas en la estructura del contrato, que exista una ausencia de estudios técnicos serios y responsables y en términos de los procedimientos que existan adendas cercanas al cierre, sobrecostos, desequilibrio económico entre otras muchas más. Por otra parte, dos figuras muy utilizadas, pero no adecuadas en nuestra contratación pública, es en primer lugar, el fraccionamiento del contrato⁹³, que consiste en dividir en contrato en varios más pequeños que no superen la cuantía requerida para la licitación pública, que tiene como finalidad exclusiva garantizar la selección objetiva y transparente, es decir, pretenden evadir dicho proceso de contratación, y abusar de procesos como la contratación directa⁹⁴. En segundo lugar, se encuentra el direccionamiento de las licitaciones, que en una etapa previa es posible determinarlo, en virtud a que en el pliego de condiciones suelen determinar condiciones y requisitos que hacen que solo un proponente pueda cumplir para que este sea el elegido. Estas dos figuras evidencian claramente la violación al principio de planeación, y sin lugar a dudas pueden ser determinadas bajo un control previo y responsable, que identifique estas fallas.

⁹³ “ aunque la conducta de fraccionar los contratos no está prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en que la prohibición está implícita si tenemos en cuenta los aspectos esenciales de los principios y reglas que informan el estatuto contractual”. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUB-SECCIÓN C. C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767)

⁹⁴ “En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública”. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

Pero es determinante que todo debe tener una medida y en contraste es importante traer a consideración que “ *el control excesivo, de no aplicarse de manera racional, puede paralizar a la administración, ya que los funcionarios encargados de la administración del contrato, únicamente tendrán tiempo disponible para atender sus requerimientos*”⁹⁵. Esto lo mencionamos con el fin de dar a entender que si bien deseamos que existan unos controles más determinantes, más pendientes y más eficientes, también entendemos que debe ser racionales y no sobrepasarse a punto de entorpecer la función de la administración pública, además, la idea es evidenciar que la falta de control objetivo tanto interno como externo conduce a la violación del principio de planeación.

3.2 DESCONOCIMIENTO O IGNORANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

El desconocimiento constituye una de las causas que pueden conducir a la violación del principio de planeación, pueden existir muchas razones de diferente índole, pero para introducirnos daremos inicio con la siguiente apreciación respecto a los contratos de obra:

“ El ordenamiento jurídico y los intervinientes en la contratación estatal de obra han limitado el concepto de planeación, a un tema de estudios previos que se desarrollan en la etapa precontractual, descuidando las otras etapas del proceso de la obra, que también requieren planeación y que son parte de la ejecución, desarrollo y cumplimiento de los términos contractuales, desconociendo que la

⁹⁵ PALACIO HINCAPIE, Juan Angel. La Contratación de las Entidades Estatales. Pág 63

*planeación es un sistema para el cumplimiento de los fines del Estado y que el contrato es una herramienta a su servicio*⁹⁶.

Según esta apreciación, Iriana Aponte plantea que existe un desconocimiento de la real importancia de la planeación y que igualmente, un desconocimiento en qué posición se ubica, es decir, no es meramente un requisito inicial o previo, es una actividad que debe desarrollarse en todas las etapas del proceso, pero desde la percepción general de las personas, servidores públicos o contratistas puede existir una concepción errada o distinta de sus alcances. Es claramente posible además, que no tengan la idea del marco jurídico tan amplio que debe aplicarse en el desarrollo de este, porque si hablamos solo en términos de planeación cualquier persona podría pensar en la definición general, dejando a un lado los alcances que hemos explicado a lo largo de este trabajo.

Además expresa, *“aún requiere un desarrollo práctico, desde un componente técnico y jurídico en la ejecución, para superar el nivel teórico, propio de la prescripción normativa, que la limita al cumplimiento de actividades en la etapa precontractual”*.

*“El artículo 37 en el Decreto 1510 de 2013 establece como obligación posterior a la liquidación que una vez agotados los términos de las garantías o las condiciones de recuperación ambiental de las obras o bienes, se realice el cierre del expediente del proceso de contratación, lo que reafirma la necesidad de entender la planeación desde un punto de vista dinámico, que sólo se agota en la medida que se tenga debidamente solucionada la necesidad que motivó el proceso administrativo de contratación”*⁹⁷⁹⁸.

⁹⁶ APONTE DIAZ, Iriana. “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en revista digital de Derecho Administrativo. N° 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág 1.

⁹⁷ *Ibid*, Pág. 1

Cabe resaltar el carácter dinámico de este principio, según el aparte mencionado, de acuerdo a que el principio de planeación no se agota una vez se haya cumplido la necesidad, si no que va desde el inicio hasta el final y puede continuar hasta que se cierre el expediente. Es entonces donde hay que dejar claro como lo menciona la autora que el principio de planeación es un sistema para el logro de los fines estatales y que por ningún motivo puede entenderse que se cumple meramente en una etapa preparatoria, sino que abarca cada una de las etapas incluso posteriores a esta, hasta que finalice totalmente el fin requerido o deseado por la entidad, además de que posteriormente se tenga en cuenta, los requisitos de calidad, funcionamiento, mantenimiento que también ameritan planeación.

Ahora bien, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa⁹⁹ y por tanto, el desconocimiento de un principio rector de la función pública, como lo es hoy en día el principio de planeación trae consecuencias no solo respecto al contrato como la nulidad absoluta que trataremos en el siguiente capítulo, sino también respecto al funcionario que obró sin observancia de los principios fundamentales que orientan la contratación estatal, en virtud al control disciplinario que se ejerce frente a las actuaciones de los funcionarios públicos.

Para concluir, el desconocimiento es algo que puede combatirse y por eso la administración debe conocer la normatividad, debe contar con personas calificadas que intervengan en cada una de las etapas y que conozcan el funcionamiento, esto va a repercutir en que la ignorancia y el desconocimiento no sirva de excusa a la falta de diligencia y cuidado respecto al cumplimiento de principios tan importantes como el de planeación, por que es factor fundamental el conocimiento real y efectivo del fin que se busca y los medios para lograr dicho fin.

⁹⁸ Actualmente compilado por la Ley 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación.

⁹⁹ Código civil. Artículo 9º.

Además, es importante que el principio de planeación siga teniendo su reconocimiento y delimitación de sus alcances, y que por medio de la práctica se genere una cultura de planeación adecuada y transparente. Como propuesta a esta perspectiva se deberá utilizar mecanismos de planeación, como lo son los documentos estandarizados o manuales, que permitan brindar conocimiento, y generar instrumentos y herramientas que fortalezcan la planeación en la contratación estatal, y que se combata el desconocimiento y la ignorancia de algunos intervinientes.

3.3 CORRUPCIÓN

En Colombia, en los últimos años, la opinión pública se ha visto enmarcada por repetidos escándalos de corrupción relacionados con la contratación pública, que salieron a la luz y pusieron en alerta el control llevándolos a un cumplimiento estricto y completo del principio de planeación¹⁰⁰. Actualmente, se evidencian violaciones a los principios de la contratación estatal y específicamente en el de planeación, y existe hoy en día una corriente que pretende la efectividad y eficiencia en la aplicación de este principio para el logro de los fines estatales, por medio de la contratación estatal¹⁰¹.

Según la Real Academia Española el término estatal se refiere a “Perteneiente o relativo al Estado”. Además el Consejo de Estado ha determinado un criterio

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 499 de 2015. *“La corrupción es uno de los fenómenos más lesivos para los Estados modernos, pues a través del mismo se vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas. Por esta razón, Colombia ha ratificado tratados y convenios internacionales en desarrollo de los cuales se han aprobado leyes y decretos tendientes a perseguir este flagelo”*.

¹⁰¹ Ley 80 de 1993. Artículo 32. *De los Contratos Estatales*. “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”.

orgánico¹⁰² para identificar un contrato estatal, es decir, cuando hablamos de éste nos estamos refiriendo a “*todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales*”¹⁰³. Según esto, el criterio que prevalece es que en el contrato exista la presencia de un entidad estatal, para que se pueda denominar contrato estatal. Esta aclaración con el fin de entender no solo cuando estamos frente a un contrato estatal sino además, para entender donde tiene presencia los actos de corrupción que violan el principio de planeación.

La corrupción es sin lugar a dudas una de las herramientas más utilizadas dentro de la contratación estatal que perjudican notoriamente el principio de planeación, ya que este está enmarcado con un postulado que pretende el uso de unos procedimientos adecuados a la luz de la transparencia y la legalidad, que terminan por consolidar en una meta, un objetivo que la administración se planteó desde una etapa previa dentro de los requisitos legales y con el cumplimiento regulado y estricto de los principios que orientan las actuaciones administrativas y por supuesto, la contratación estatal.

Es considerada la corrupción uno de los aspectos que más conduce a la violación del principio de planeación, es incluso el factor determinante a la reciente importancia de este principio y es por esto que en los últimos años se han hecho modificaciones normativas para una contratación estatal más eficiente y transparente, ya que es claro que la corrupción desnaturaliza la función pública.

Existe una evidente práctica de inmoralidad en los procesos de contratación que se encuentra ligada a la corrupción en el sector público, no solo en Colombia sino

¹⁰² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Bogotá D.C, 31 de marzo de 2011. M.P : HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

¹⁰³ *Ibid*, Consejo de Estado.

de muchos países desarrollados o países en vía de desarrollo, que afecta directamente a la sociedad y el interés general. Esto puede ser derivado de muchas razones que termina siendo una tendencia a un incumplimiento normativo, donde la jurisprudencia se ha pronunciado explicando en varias sentencias que se entiende por moralidad en la administración.

El principio de moralidad¹⁰⁴ administrativa orienta todas las actuaciones de la administración pública, y por supuesto las actividades en materia contractual. El Consejo de Estado¹⁰⁵ ha expuesto en varias ocasiones que la moralidad administrativa se presenta como un concepto que no es inmanente al ser, se presenta como una guía, un derrotero, que se convierte en un marco legal bajo el cual se deben ejercer las funciones¹⁰⁶ con plenitud, transparencia, con debida diligencia y cuidado que le permita a los ciudadanos conservar la confianza en el Estado, además, de que la función debe estar orientada por el interés general, el cumplimiento de la Ley y el mejoramiento del servicio. Según lo anterior, si el funcionario público favorece sus intereses personales, omite diligencias necesarias para preservar el interés colectivo, transgrede la Ley¹⁰⁷, estamos frente a una inmoralidad administrativa, de tal manera, que cualquier conducta como por ejemplo los actos de corrupción que afectan los intereses colectivos, y la falta de planeación¹⁰⁸ cuidadosa y diligente, repercuten en este principio de fundamental importancia.

¹⁰⁴ Ley 472 de 1998. Artículo 4º B. Derechos e intereses colectivos.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 31 de mayo de 2002. C.P: LIGIA DÍAZ LÓPEZ. Radicación: 25000 23 24 000 1999 9001 01 (AP 300)

¹⁰⁶ MONTENEGRO CAIVACHI, Alvaro. La moralidad administrativa. Pág. 147.

¹⁰⁷ *“La violación del principio de moralidad se asocia a todas las actuaciones de las personas cuya motivación es diferente de los fines del servicio y además actúa con una clara violación de los mandatos legales”*. Los principios de la función y de la contratación pública. CASTRO CUENCA, Carlos y GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda. Pág. 98

¹⁰⁸ Un ejemplo claro es la Sentencia del 9 de febrero de 2001, donde la Corporación consideró que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, pero no solo eso sino que también los sobrecostos por consiguiente evidencia una violación al principio de planeación, por que la estimación del valor del contrato ha debido ser analizado y estudiado por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación, dejando en evidencia la debida planeación. CONSEJO DE ESTADO.

Es importante saber que la moralidad administrativa es una norma en blanco¹⁰⁹, por lo tanto se debe mirar bajo unos criterios especiales para determinar de acuerdo a cada caso concreto, su cumplimiento o su violación, pero en términos generales esta se ve afectada cuando se transgreden normas que involucran un valor moral, pero también cuando se vulneran los principios generales del derecho o se realiza un comportamiento contrario a aquel que la sociedad califica como correcto para las instituciones públicas y sus funcionarios¹¹⁰. De acuerdo a este criterio, la corrupción administrativa es sin lugar a dudas una conducta que afecta claramente la moralidad, al transgredir no solo principios del derecho como la transparencia, la planeación, la legalidad y el interés general, sino además, realizar conductas que están moralmente prohibidas dentro de la sociedad.

Sin lugar a duda nuestra sociedad se encuentra inmersa en diferentes costumbres que nos alejan de la normatividad y nos acercan cada vez a ser más evasivos de las normas, está claro que no es falta de regulación, por el contrario estamos en un país abundante en normatividad, y más aún en contratación estatal, pero falta compromiso en el cumplimiento normativo, además de sanciones más drásticas para quienes realizan actos de corrupción, que no solo afectan los procesos, sino también en presupuesto de la entidad y atropella el interés general y patrimonio público.

“Para Transparencia Internacional la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el

SECCIÓN CUARTA. Sentencia 9 de febrero de 2001, expediente AP-054.C.P: DELIO GÓMEZ LEYVA.

¹⁰⁹ “La moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica”. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 901, 30 de agosto de 2007. C.P: ENRIQUE GIL BOTERO.

¹¹⁰ MONTENEGRO CAIVACHI, Alvaro. La moralidad administrativa. Pág. 149.

manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno”¹¹¹.

El problema de la corrupción¹¹², está inmerso en los diferentes gobiernos y administraciones públicas, y Colombia no es la excepción, los gobiernos toman medidas y las prácticas corruptas continúan, se construyen día a día y golpea la naturaleza de este principio que en el proceso contractual juega un importante papel, ya que pretende realizar de manera clara, completa y eficiente, el desarrollo del contrato, pero que es factible correr el riesgo de caer en la corrupción, desnaturalizando el principio que lo que pretende es planificar cada paso de manera correcta.

En este sentido la corrupción es una de las principales amenazas contra los Estados, en diferentes puntos, en primer lugar, vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, en segundo lugar, genera una afectación a la economía porque reduce la inversión, y aumenta los costos, en tercer lugar, vulnera los principios constitucionales de la función pública, o derivados de interpretación constitucional como es el caso del principio de planeación, y además de que también reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado, afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y su funcionamiento, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad”¹¹³.

¹¹¹ Disponible en:

http://transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=93:contratacion&catid=97&Itemid=509

¹¹² DIEGO BAUTISTA, Oscar. El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución Espacios Públicos, vol. 15, núm. 35, septiembre-diciembre, 2012.

¹¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.P: ALVARO NAMEN VARGA. Bogota D.C, diez de agosto de dos mil quince. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

En efecto, la contratación pública es la actividad que presenta más situaciones anómalas¹¹⁴, las cuales conducen a diversos actos de corrupción, identificándose como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción en la que interactúan los sectores público y privado.¹¹⁵ Manifestando así, que la ausencia del principio de la planeación en estos procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los mismos, demuestra el apego social a la “*cultura de la ilegalidad*”, pues la ejecución y liquidación de manera imprevista en los contratos genera consecuencia gravosa y nefasta en la afectación al patrimonio público, que siempre está involucrado en los contratos estatales, desconociendo la aplicación estricta de las reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

Ahora es pertinente analizar el estudio del Banco Mundial y la Vicepresidencia de la República¹¹⁶ donde se determinaron las irregularidades más frecuentes en los procesos licitatorios; en primer lugar, se menciona las fases preparatorias del proceso contractual, donde se afecta el principio de selección objetiva y planeación, porque se contratan adquisición de bienes o servicios innecesarios, o adquisición a precios que no corresponden a precios de mercado.

Por otra parte, es evidente el uso desmedido por los procesos excepcionales como la contratación directa, que sin duda alguna, es uno de los procesos que más riesgos de corrupción tiene, en virtud a que su selección es a “*dedo*” en el lenguaje común, y termina por omitirse un análisis pertinente del contratista o del

¹¹⁴ El fenómeno de la corrupción se halla inmerso en las diferentes funciones estatales. La planeación, el presupuesto, la gestión de recursos humanos, la administración de recursos físicos y el control fiscal, son entre otras áreas de gestión en donde resulta evidente la desnaturalización de la función pública por este fenómeno. Sin embargo, es en la contratación estatal donde resulta más evidente la injerencia de estas prácticas, ya que a través de la misma se ejecutan los recursos públicos destinados a los diferentes cometidos del Estado. MARTINEZ CARDENAS, Edgar Enrique; RAMIREZ MORA, Juan Manuel. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006. Pág. 8

¹¹⁵ Buenas Prácticas de Transparencia en la Gestión Contractual. Marco Conceptual de la Gestión Contractual Transparente. Pág 8.

¹¹⁶ *Ibid*, pág. 13

servicio o producto, por adjudicar para cumplir compromisos, favores políticos o favorecer intereses particulares.

En la etapa post- proceso, existe una práctica muy utilizada que son los cambios de los términos contractuales con el fin de lograr un incremento en el valor del contrato, en virtud de que la Ley permite ajustar el presupuesto hasta por un 50% del valor original del contrato, con el agravante de que las adiciones a los contratos no están sujetas a las mismas exigencias iniciales de publicidad (transparencia) y competencia (selección objetiva). Además, de que los contratistas manipulan la información con el fin de presentar ofertas bajas que permitan ganar la licitación para luego acudir a los ajustes de presupuesto.

Otras irregularidades frecuentes son la existencia de monopolios de contratistas, como los únicos capaces de ofrecer productos y servicios al Estado, restringiendo la libre competencia en el mercado contractual, y para finalizar, los sobornos en la definición de los términos de referencia, de modo tal que los pliegos de condiciones son hechos a la medida de un determinado proponente, con características muy específicas que sólo éste pueda cumplir, direccionando desde un primer momento a quien se le va a adjudicar.

Todo lo anterior, señala los casos específicos donde es claro encontrar corrupción con la administración, así mismo, casos puntuales en los que evaden la Ley y se comete corrupción como es el caso de la utilización de urgencia manifiesta, el cual, ha dejado de ser mecanismos de excepción para convertirse en ordinario y de usual aplicación, en el tema del registro o base única de proveedores que sirva como marco de referencia a la entidad para la adquisición de bienes y servicios, es claro que no se realiza un estudio de éste para abusar de la contratación directa, la interventoría es otro canal el cual es altamente violado ya que su ineficaz supervisión y vigilancia a los contratos genera malicia al contratar y así violar requisitos en el contrato.

Para concluir se toma de referencia la conclusión de Álvaro Navas Patrón¹¹⁷ *“debemos reconocer que este tema va mucho más allá de pensar en cambios normativos, regulatorios, o incluso, de hacer cambios institucionales. Es un tema que atraviesa el horizonte de la sociedad que queremos construir, la justicia social y la modernización del Estado que involucra la generación de una cultura distinta y para ello todos los operadores contractuales, los públicos y los privados los gremios y la sociedad civil, deberán promover estos códigos de buenas prácticas para los procesos de contratación estatal”*.

Es por esto claro, que indudablemente es un trabajo más allá de la regular la materia, se convierte en un reto para todos los intervinientes en la actividad contractual, incluso de los mismos ciudadanos, que empiecen a adecuar sus conductas a mejores prácticas que termine por promover una cultura más transparente y leal, donde en la cotidianidad se construyan pasos que se conviertan en costumbres y éstas en acciones prácticas que den cumplimiento a este tipo de principios que promueven en últimas el beneficios de todos. Además, se deben determinar y adoptar códigos de conducta, promover la moral en cada una de las actuaciones, así como informar del alto costo de incurrir en estas actividades corruptas por medio de campañas de sensibilización.

¹¹⁷ NAVAS PATRÓN, Alvaro. Vicecontralor General de la República. La Corrupción en la Contratación Estatal. Revista Economía Colombiana 332. Contraloría General de la República. Pág. 99

CAPÍTULO IV

LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL DERIVA EN VICIOS DE NULIDAD?

El principio de planeación como lo hemos mencionado a lo largo del trabajo tiene como finalidad la obtención de las necesidades del interés general, y en el desarrollo de esa finalidad se espera el cumplimiento adecuado en cada una de las etapas, evitando la improvisación de las actividades dirigidas al contrato estatal. Según esto, no sería adecuado pensar que si bien se entiende que debe cumplirse a cabalidad este principio en las dimensiones ya señaladas, su violación o transgresión no implica consecuencia para los intervinientes. De éste modo *“el incumplimiento de tales principios genera consecuencias jurídicas que deben ser asumidas no sólo por la administración y los servidores públicos que los soslayan, sino también por los particulares que los desconocen. Una de tales consecuencias jurídicas es la sanción que se impone con la declaración de nulidad de los actos jurídicos que se producen con desconocimiento del ordenamiento jurídico imperativo”*¹¹⁸.

Es de conocer, que el principio de planeación y el Estatuto General de Contratación, tienen en cuenta y trabajan para el cumplimiento de los 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 la planeación contractual. Como lo establece la norma, son exigencias que deben materializarse con la debida

¹¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “A”. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). C.P: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación : 250002326000200201096 01

antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas,¹¹⁹ puesto que si no son cumplidos como se tipifica, traerá consecuencias para el proceso.

El Consejo de Estado establece; *“que al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez”*. Dando razón, a que las circunstancias anteriormente señaladas pueden efectuar la nulidad absoluta del contrato por violación en los fundamentos de participación necesarios para darle vida jurídica al contrato.

En este sentido, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44° de la Ley 80 de 1993 define expresamente, los eventos que generan nulidad absoluta, así:

Art. 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con abuso o desviación de poder. 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21° sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

¹¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).

Es notablemente importante analizar que el principio de planeación es una regla no expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, de modo tal que puede distorsionarse en la medida que se entienda que se configura o no la causal 2º del mencionado artículo, cuando se habla de expresa prohibición constitucional o legal.

En consideración el Consejo de Estado expresó que *“Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra”*.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso¹²⁰.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se

¹²⁰ Por ejemplo el artículo 1519 y 1741 del Código civil, como lo señala el Consejo de Estado en relación al principio de selección objetiva así *“la jurisprudencia de la Sala ha precisado que la pretermisión del procedimiento de selección que resulte pertinente, cuando no existe norma expresa que la autorice, conduce a la nulidad absoluta del contrato, por estar viciado de objeto ilícito, según las voces del artículo 1519 del Código Civil, en la medida en que el acto jurídico surge contraviniendo normas imperativas y de orden público. Esta causal de nulidad absoluta se halla prevista en el artículo 1741 del Código Civil, la cual se encuentra integrada al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por expreso mandato del inciso primero de esta misma norma”* CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “A”. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). C.P: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación : 250002326000200201096 01.

*configura en todo acto que contraviene al derecho público*¹²¹.

Así mismo, el Consejo de Estado establece que *“el principio de planeación en los contratos estatales es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, no puede entenderse, sino de manera irrazonable, que se sostenga que su violación no constituye un objeto ilícito y que no sea una causa de nulidad absoluta del negocio jurídico respectivo*¹²². Respecto a este punto es pertinente mencionar el salvamento de voto del Magistrado Enrique Gil Botero¹²³ donde establece respecto al caso en concreto del objeto análisis de la sentencia, que la argumentación dada por el Consejo de Estado no es coherente en la medida de que no debía operar una nulidad por violación al principio de planeación por objeto ilícito, si no que debería ser un incumplimiento de obligaciones que generará responsabilidad patrimonial, esta precisión con el fin de detallar en este capítulo que el Consejo de Estado ha tenido diferentes posturas respecto a la consecuencia del principio de planeación y su manera de operar, de manera que no está estandarizado que en cualquier hecho de violación al principio de planeación necesariamente se traducirá en nulidad absoluta. Es así como esto pone de manifiesto una discusión actual entre sí la vulneración al principio de planeación constituye un incumplimiento a las obligaciones contractuales o la nulidad absoluta del contrato.

¹²¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Bogotá D.C, 24 de abril de 2013. M.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

¹²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. ,Bogotá D.C, veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014). C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809).

¹²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Subsección C. Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil trece (2013) C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicado número: 66001- 23-31-000-1999-00435-01

Es entonces importante abordar el tema, por que el Consejo de Estado, sección cuarta¹²⁴ dejo sin efectos la sentencia del 13 de junio de 2013 del Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa que sostenía la tesis de que el desconocimiento del principio de planeación generaba nulidad absoluta del contrato, de esta manera la sección cuarta toma una postura diferente y establece lo siguiente:

“A juicio de esta Sala, la violación del principio de planeación, por una parte, no es una causal autónoma o directa de nulidad del contrato y, por otra, no encaja en la configuración de un verdadero caso de objeto ilícito. En efecto, la ilicitud que la sentencia encontró probada se trasladó del objeto del contrato propiamente dicho a la etapa previa a la celebración, en cuanto exigió que, en últimas, ambas partes debían tener certeza de la disponibilidad de los predios, antes de celebrar el contrato de obra. Es decir, que halló probada una supuesta ilicitud en la fase previa a la celebración del contrato y no propiamente en las cláusulas de lo que sería el contrato.

Si esas obligaciones no se pudieron cumplir en los plazos inicialmente acordados, por falta de previsión o por fallar al deber de planeación, en lo que atañe a la adquisición de predios necesarios para la obra, lo que se revela es un caso de incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato”.

Según el aparte enunciando y la conclusión de dicha sala, la violación del principio de planeación no se entiende como causal de nulidad absoluta del contrato, por objeto ilícito, puesto que la nulidad del contrato implicaría conductas penalmente reprochables , pues va de la mano con la comisión de un delito de prevaricato y abuso de funciones de parte de servidores públicos para derivar en la nulidad del contrato. Finalmente el Consejo de Estado, sección cuarta señala que no podría

¹²⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014) M.P: HUGOFERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

derivarse dicha interpretación, si no que se establece es un incumplimiento a las obligaciones inherentes al contrato.

Sin embargo, luego de dicha sentencia de tutela de sección cuarta, otra vez en sección tercera el Concejo de Estado habla de este mismo caso y se empieza a matizar la postura inicial del Magistrado Santofimio Gamboa y tomamos en consideración lo siguiente:

“Jamás debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de la obligación puesto que el primero, el del contrato, es el derecho o interés que es materia de la regulación mediante el respectivo negocio jurídico, al paso que el segundo, el de la obligación, es la prestación que no es otra cosa que la conducta comisiva u omisiva que el deudor debe desplegar en favor del acreedor. Pero además, sostener que el objeto del contrato son “las obligaciones asumidas por las partes”, como de forma simplista lo dijo el fallo de tutela, o que, con más simplicidad, es la prestación (lo que a su vez supone confundir la obligación con su objeto), implica incurrir en otro error aún más protuberante como es el de creer que los contratos sólo producen obligaciones cuando es elementalmente sabido que ellos también pueden regularlas o extinguirlas como de manera paladina lo dice el artículo 4 L. CLARO SOLAR. Lecciones de derecho civil chileno y comparado. t. VI. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1979, p. 594- 595. 21 Expediente 24.809 Acción Contractual Recurso de Apelación C 864 del Código de Comercio al preceptuar que “el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”. Incurrir en semejantes confusiones conceptuales puede conducir, como en efecto ocurre y ha ocurrido en este caso, a negar la existencia de un objeto ilícito cuando un contrato se celebra en circunstancias contrarias a las ordenadas imperativamente por la ley, tal como

*sería el caso de no observar el principio de planeación en la celebración de los contratos estatales*¹²⁵.

Y como conclusión de esta sentencia *“no es cierto como pregona el fallo de tutela que el desconocimiento del principio de planeación jamás puede conducir a la nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico conduce a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto”*

Es de advertir, que no toda violación de normas Constitucionales o legales acarrea nulidad absoluta *“por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44º de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: Violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita”*¹²⁶.

En relación a las causales de nulidad absoluta aparte de estar determinadas en la Ley 80 de 1993, *también cabe la aplicación del Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos, según las previsiones de sus artículos 1519 y 1741.*

Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta, en los siguientes caso: i) en los eventos previstos en los

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C, veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014). M.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUB-SECCIÓN C. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767)

artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44° de la Ley 80.

En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales: a). Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley; b). Ilícitud en el objeto; c). Ilícitud en la causa;(....)¹²⁷

Por todo lo anterior, es importante establecer entonces que “ La nulidad absoluta de los contratos se refiere, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato”¹²⁸

En efecto, las causales de nulidad contenidas en el artículo 44° de la Ley 80 de 1993, corresponden a situaciones de orden estrictamente jurídico, y en particular por la vulneración de este, pues la nulidad nace del mismo hecho que adolece de irregularidades, que lo más procedente es efectuar la nulidad, pues sino se estaría desobedeciendo a la norma, por esta razón es importante conocer las condiciones que se requieren y los elementos de validez para celebrar el contrato.

El artículo 1742 del Código Civil y en el artículo 45° de la Ley 80 de 1993, tipifica en qué forma puede ser decretada la nulidad absoluta, estableciendo en que podrá ser de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes que lo

¹²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Bogotá D.C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014). C.P: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Radicación número: 760012331000200001764 01

¹²⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C. C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767).

celebraron, posibilidad que constituye un poder y deber para el juzgador y por lo tanto, como deber, no puede eludirse ni excusarse cada vez que se reúnan los presupuestos para decretar oficiosamente la invalidez absoluta. En efecto, si se tiene en cuenta que la nulidad absoluta protege fundamentalmente el interés general, el orden público y las buenas costumbres, se entiende y se justifica ese control de legalidad que el orden jurídico ha puesto en manos de los juzgadores.

Para concluir este capítulo, es importante entender varias concepciones o posturas que se tiene respecto a esta consecuencia, por una parte existe una posición del Consejo de Estado donde determina que la violación al principio de planeación genera nulidad absoluta como lo desarrollamos en el capítulo, también existe una postura que indica que la violación al principio de planeación por si sola no genera nulidad absoluta, sino que además debe violar una prohibición expresa, es decir, sería una nulidad absoluta por conexidad con otras normas Constitucionales o legales¹²⁹. Pero de igual manera existe también una corriente que la trasgresión o inobservancia al principio de planeación es un incumplimiento a las obligaciones contractuales.

En consideración dejamos expuesto las diversas corrientes que existen y como el Consejo de Estado ha ido cambiando y hoy en día relativizando la nulidad absoluta una posible consecuencia a la violación a este principio, como se ha venido precisando el principio de planeación es una regla no consagrada

¹²⁹ Un ejemplo es la Sentencia del Consejo de Estado donde establece “*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.* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. Bogotá D.C, 24 de abril de 2013. M.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

expresamente en nuestra legislación, sin embargo enmarca un sin número de procedimientos y obligaciones que exigen su cumplimiento, de modo tal que indudablemente la violación al principio de planeación en conexidad con otras normas se traduciría en nulidad absoluta a nuestro modo de ver.

V. CONCLUSIONES

- El principio de planeación es una herramienta fundamental para el logro de los objetivos estatales de la administración pública, y por eso su observancia y aplicación tiene carácter vinculante para todos los intervinientes en esta actividad.
- El principio de planeación así no tenga una consagración expresa en el ordenamiento jurídico, se interpreta de normas legales y constitucionales en todo el ordenamiento jurídico y es de obligatorio cumplimiento.
- Si bien la dimensión técnica del principio de planeación es la base de este principio como control previo, la dimensión jurídica y financiera juegan un papel determinante en el logro del objetivo estatal y en el buen resultado del contrato.
- La dimensión jurídica del principio de planeación en términos generales se convierte en el sustento a la luz del derecho de la actuación administrativa, de modo tal que se explique y justifique la necesidad, el objeto a contratar y las demás especificaciones, que no queden dudas que el proceso seleccionado es el ideal para cubrir esa necesidad insatisfecha, conteniendo los elementos y fundamentos jurídicos que soportan la selección de la modalidad de contratación.
- El principio de planeación debe entenderse en todas y cada una de las etapas del proceso de contratación, y jamás pensarse sólo desde una etapa previa, y este solo terminará en la medida que se logre la satisfacción de la necesidad que dio origen al contrato.
- Un debido control interno puede constituir una herramienta eficiente para determinar las posibles fallas de planeación de los contratos estatales, de modo tal

que puede prevenir y permitir maniobrar desde una etapa previa dichas fallas para lograr los objetivos.

- Las autoridades del control externo son determinantes para la vigilancia y la supervisión de los contratos estatales en el cumplimiento del principio de planeación, y en consecuencia deben reforzar sus medidas en pro de lograr la eficiencia y eficacia en sus funciones.

- El inadecuado uso del principio de planeación o su violación termina por repercutir en proyectos mal diseñados, mal ejecutados e improvisados, que a la final causan graves daños en la sociedad en perjuicio del erario público.

- El presupuesto del contrato con base en el principio de planeación es esencial para prevenir sobrecostos para el Estado cuando se esté en la fase de ejecución del contrato.

- La determinación, asignación y control de los riesgos es un requisito indispensable para preservar la integridad del proceso contractual y llevarlo a su etapa final sin afectación.

- La corrupción constituye una de las causas más conducentes a la violación del principio de planeación, pero más allá de generar normatividad y sanciones a estas conductas, debemos generar una cultura leal y transparente y determinar prácticas y conductas sociales que nos ayuden a compartirla.

- La violación del principio de planeación puede generar diversas consecuencias en virtud de las posturas expuestas, entre ellas la nulidad absoluta siempre y cuando sea en conexidad con normas Constitucionales y legales, y un incumplimiento en las obligaciones contractuales cuando solo se habla de la violación a este principio.

VI. BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006). C.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá D.C, diez de agosto de dos mil quince. C.P: ALVARO NAMEN VARGA. Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006). C.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2215 de octubre 9 de 2014. C.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIOS CIVIL. Concepto N° 2238 del 11 de marzo de 2015.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN "A". Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). C.P: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número : 250002326000200201096 01

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. (E) .Bogotá D.C., once (11) de junio de

dos mil catorce (2014). C.P: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Radicación número: 760012331000200001764 01

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). C.P : JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C. C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Subsección C. Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil trece (2013) C.P: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicado numero: 66001- 23-31-000-1999-00435-01

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCION C. 13 de junio de 2013. M.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicado número: 66001-23-31-000-1998-00685-01.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Providencia de mayo 9 de 1996, expediente 10.151.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Radicación número: 25000-23-26000-1991-07664-01(14287).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia Bogotá D.C, 3 de diciembre de 2007. M.P: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Fallo 31447

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. M.P: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Radicado número: 15001233100019880843101- 8031.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Bogotá. D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) C.P: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación número: 08001-23-31-000-2002-00106-01(1535-07)

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUB-SECCIÓN C. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). C.P: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Bogotá D.C, 31 de marzo de 2011. M.P: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 25 de febrero de 2009. C.P: MYRIAM GUERRERO. Radicado número: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A C.P: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016) Radicación numero :250002326000200301742

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C 1 de febrero de 2012. C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicado número :73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 31 de mayo de 2002. C.P: LIGIA DÍAZ LÓPEZ. Radicación: 25000 23 24 000 1999 9001 01 (AP 300)

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C, veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014), Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014)M.P: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 901, 30 de agosto de 2007. M.P: ENRIQUE GIL BOTERO.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, C.P: DELIO GÓMEZ LEYVA.

CORTE CONSTITUCIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-103 de 2015, M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. M.P: HERNANDO HERRERA VERGARA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-484 de 2000. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

LEYES - DECRETOS

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

LEY 1082 de 2015

DECRETO 2041 DE 2014

DECRETO 019 de 2012

LEY 1474 DE 2011

LEY 1682 DE 2011

LEY 1150 DE 2007

LEY 734 DE 2002

LEY 472 DE 1998

DECRETO- LEY 115 DE 1996

DECRETO –LEY 111 DE 1996

LEY 161 DE 1994

LEY 80 DE 1993

LEY 222 DE 1983

LIBROS - TESIS

DIEGO BAUTISTA, Oscar. El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución Espacios Públicos, vol. 15, núm. 35, septiembre-diciembre, 2012.

DIZ CRUZ, Evaristo. Introducción a la teoría del riesgo. Bogotá: Eco Ediciones, 2006.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración pública en Derecho Colombiano y Español. Análisis de la selección de contratistas.

FANDIÑO GALLO, Jorge Eliecer. Regulación y Distribución de Riesgos en los Contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. El Derecho de la Contratación Pública en Colombia, Aspectos Relevantes para Determinar la Responsabilidad y Conocer los Riesgos, Segunda edición.

MARTINEZ CARDENAS, Edgar Enrique; RAMIREZ MORA, Juan Manuel. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo Reflexión Política, vol. 8, núm. 15, junio, 2006

MONTENEGRO CAIVACHI, Álvaro. La moralidad administrativa.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales.

PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los Contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia.

SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía. Impacto Cumulativo y equilibrio económico en el contrato Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indebida de Contratos.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. COHERENCIA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARAS DE SU

ESTRUCTURACIÓN EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES PÚBLICOS. Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. pág. 76

SUÁREZ TAMAYO, David. “Temas en contratos Estatales”. Artículo “Fundamentos Constitucionales, Principios y Reglas de interpretación de la Contratación estatal en Colombia”. Biblioteca Jurídica Diké e Instituto Colombiano de Contratación Estatal y Servicios Públicos INCOES. 2010.

REVISTAS – FOLLETOS

APONTE DIAZ, Iriana. “Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”, en revista digital de Derecho Administrativo N° 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Buenas Prácticas de Transparencia en la Gestión Contractual.

Colombia Compra Eficiente. Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación.

CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL. Revista Economía Colombiana 332. Contraloría General de la República.

DOCUMENTOS CONPES 3714. DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Bogotá D.C., 01 de diciembre de 2011

El control de la gestión económico financiera de las administraciones públicas. LOPEZ HERNANDEZ, A.M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, D. (2005)

FORO NACIONAL AMBIENTAL. “las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia”. Bogotá D. C., Colombia. Mayo de 2011

JIMENEZ RODRIGUEZ, Fernando. Director General de Presupuesto Público Nacional. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, circular No. 2. Enero 31 de 2012.

OBSERVATORIO COLOMBIANO DE CONTRATACION PUBLICA. “El registro presupuestal no es un requisito de perfeccionamiento sino de ejecución del contrato estatal”. Consejo de Estado, seccion Tercera. Noviembre 28, 2014.

NAVAS PATRÓN, Álvaro. Vicecontralor General de la República. La Corrupción en la Contratación Estatal. Revista Economía Colombiana 332. Contraloría General de la República.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua Española.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. EL CAMBIO NORMATIVO Y LA AFECTACIÓN DE LAS ECUACIONES CONTRACTUALES. Revista Economía Colombiana 332. Contraloría General de la República.

WEBGRAFÍA

<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuesto/generaldelanacion/FAQPresupuesto/EjecucionPresupuestal/ejepresup.htm>

<http://adminteso1.blogspot.com/2010/05/3-planeacion.htm>

http://transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=93:contratacion&catid=97&Itemid=509

http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca%20General/Gu%C3%ADas%20Metodol%C3%B3gicas/2013140-G003-Contratacion_Publica.pdf