

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN
ESTATAL COLOMBIANA: CONSECUENCIAS DE SU TRANSGRESIÓN

SUSANA VALENCIA TORRES

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN – COLOMBIA

2016

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN
ESTATAL COLOMBIANA: CONSECUENCIAS DE SU TRANSGRESIÓN

Susana Valencia Torres

Monografía de investigación para optar al título de Abogado

Asesor

Dra. Nora Carolina Clavijo Carreño

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN – COLOMBIA

2016

Agradecimientos

A la doctora Nora Carolina Clavijo Carreño por acompañarme en este proceso de investigación y brindarme su apoyo y guía, indicándome el camino en la realización del trabajo de grado.

Resumen

En esta investigación se pretende dar respuesta al interrogante: ¿Cuáles son las consecuencias de la transgresión al principio de planeación en los contratos estatales de obra en Colombia? Para ello, comienza por definirse contrato estatal de obra, luego se analiza el concepto actual del principio de planeación y su definición en el ordenamiento jurídico, la doctrina y especialmente la jurisprudencia; seguidamente, se menciona su importancia y utilidad en el desarrollo de todas las etapas del contrato estatal de obra, y para finalizar, se examinan las consecuencias de la transgresión de dicho principio, en particular la nulidad absoluta del contrato que se origina a partir de la transgresión, así como la falta de aplicación o la aplicación insuficiente del mismo.

El abordaje del tema reside en que los contratos estatales se celebran con el propósito de satisfacer el interés general y desarrollar los fines del Estado. Esta monografía se desarrolla mediante el método de investigación cualitativo de diversas fuentes de información, para posteriormente proceder a la interpretación de los datos obtenidos, y obtener así conclusiones acerca del tema en estudio. Finalmente, se pretende determinar cuál es el procedimiento adecuado a la hora de aplicar el principio de planeación en el contrato estatal de obra.

Palabras clave: contrato estatal, interés general, fines del Estado, principios, planeación, contrato de obra.

Abstract

Through this research it seeks to answer the question: What are the consequences of the transgression of the principle of planning in state contracts work? For that reason, it began by defining the state contract work, then you need to start analyzing the current concept that is the principle of planning, defining this in the legal system, especially the doctrine and jurisprudence. It is also important to mention what is its importance and usefulness in the development of all stages of state contract work. Subsequently, the consequences of the violation of the principle of planning, especially the absolute nullity of the contract that originates from transgression, lack of implementation or insufficient application of principle be examined. The need to address this issue is that government contracts are concluded with the purpose of satisfying the general interest and develop the state's objectives. This research paper will be made by the method of qualitative research from various sources of information, to then proceed to the interpretation of the data, and thus draw conclusions about the subject concerned. Finally we want to get conclusion which is the proper procedure when applying the principle of planning at the state contract work.

Keywords: state contract, general interest, ends of the state, beginning, planning, contract work.

Tabla de contenido

Resumen	4
Descripción del problema	9
Pregunta problema	10
Objetivos.....	11
General.....	11
Específicos.....	11
Justificación	11
Introducción.....	13
Marco teórico.....	14
El contrato estatal en Colombia	14
<i>Elementos del contrato estatal</i>	15
<i>Características generales del contrato estatal</i>	15
<i>Características especiales del contrato estatal</i>	16
Contrato estatal de obra	16
<i>Características del contrato estatal de obra</i>	17
Principios de la contratación pública.....	17
<i>Principio de transparencia</i>	19
<i>Principio de economía</i>	20
<i>Principio de responsabilidad</i>	20
<i>Principio de planeación</i>	21
Desarrollo constitucional	23
Desarrollo normativo	25
<i>Ley 80 de 1993</i>	25
<i>Decreto 2474 de 2008, artículo 3: Estudios y documentos previos</i>	26

<i>Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.19: del plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública</i>	27
<i>Decreto 734 de 2012 artículo 2.1.1: Estudios y documentos previos</i>	27
<i>Decreto 1510 de 2013, artículo 37: Obligaciones posteriores a la liquidación</i>	28
Concepto jurisprudencial del principio de planeación	28
Supervisión de los contratos estatales y otras figuras del estatuto contractual relacionadas con el principio de planeación	31
Contrato de consultoría	33
Contrato de interventoría	34
<i>Obligaciones de los interventores</i>	34
<i>Responsabilidad de consultores e interventores</i>	37
Consecuencias de la transgresión al principio de planeación	37
Nulidad absoluta del contrato estatal por la transgresión al principio de planeación	38
Conclusiones	43
Bibliografía	45

Descripción del problema

El problema objeto de estudio radica en la transgresión al principio de planeación, la que no solamente se origina de la vulneración a dicho principio, sino también puede ser transgredida por la no aplicación o aplicación insuficiente de dicho principio por parte de las entidades estatales y los contratistas al momento de iniciar un procedimiento contractual, adicional a la poca legislación y regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano acerca del principio que nos atañe, el cual solo ha sido desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina.

Se olvida que el principio de planeación es un sistema que está relacionado con temas de vital importancia y trascendencia como lo son el cumplimiento de los fines del Estado, la satisfacción de necesidades básicas de la comunidad, el cuidado de lo público y el desarrollo social, siendo precisamente este último, el núcleo central de la contratación estatal, puesto que concierne de forma directa a la búsqueda del interés general, el cumplimiento de los fines del Estado y los valores y principios consagrados en la Constitución.

Pero ¿a qué se refiere dicha limitación del concepto de principio de planeación? Entre otras cosas, a que en la actualidad, la planeación viene asimilándose como un tema de uso exclusivo en la etapa precontractual con la elaboración de estudios previos, que si bien son fundamentales en el cumplimiento del contrato estatal, no abarcan a cabalidad este principio. De ese modo, se deja a la deriva la aplicación de la planeación en las etapas de ejecución y liquidación de los contratos estatales, hecho que conlleva graves consecuencias para el erario público (Aponte, 2014).

Una de las problemáticas más comunes y serias que existen en materia de contratación estatal son las demoras en la ejecución de obras, los sobrecostos, la corrupción y los manejos económicos inadecuados, pese a que todos los proyectos se llevan a cabo después de efectuar estudios previos y prospectiva presupuestal. Por consiguiente, se puede inferir que hacer estudios previos no equivale a cumplir con el principio de planeación, siendo esto solo el inicio de una cadena de acciones que componen un desarrollo integral durante todas las etapas pre-, post-, y contractuales. Por ende, las obras no cumplen con su función original, y conviene aclarar que no solo basta

con la entrega de la obra terminada desde el punto de vista estructural, sino en lo que atañe a su utilidad a largo plazo, que en efecto es lo que justifica la planeación.

La complejidad de esta problemática reside en el fin principal de la contratación estatal, la cual, como se expresó antes, busca satisfacer las necesidades de la colectividad por medio de la optimización de recursos y reducción de costos, con miras a la disminución de errores humanos, priorizando, además, la ejecución de obras de carácter fundamental e imperioso para el desarrollo social. En consecuencia, es imposible darle cumplimiento a dicho desarrollo social sin la aplicación del principio de planeación. Dada su poca aplicabilidad se incurre en uso poco óptimo de los recursos que se encuentran en cabeza del Estado, generando así perjuicios, muchas veces irreparables tanto para el erario público como para las comunidades necesitadas, que continúan insatisfechas pese al desarrollo de obras y proyectos que no cumplen a cabalidad con las funciones y finalidades que en principio se tenían presupuestadas.

Pregunta problema

De conformidad con lo planteado anteriormente y la problemática a desarrollar, surge el interrogante: ¿Cuáles son las consecuencias de la transgresión al principio de planeación en el contrato estatal de obra en Colombia?

Objetivos

General

Describir las consecuencias de la transgresión al principio de planeación en el contrato estatal de obra en Colombia, adicional a identificar su concepto actual, importancia y utilidad, así como su definición en el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia.

Específicos

- Definir en forma puntual y detallada los alcances del principio de planeación en los contratos estatales obra, utilizando diversas fuentes de información.
- Explicar el contrato estatal de obra en Colombia como modalidad del contrato estatal, supeditado al principio de planeación.

Justificación

El principio de planeación, fundamental y una de las bases de la contratación estatal, no cuenta con un desarrollo doctrinario proporcional a su importancia para el desarrollo de los contratos estatales. Como se observará en el desarrollo de este manuscrito, la planeación debe ser considerada como el punto de partida para la proyección, el desarrollo y la ejecución de contratos estatales, los cuales no solo son trascendentales para la entidad contratante, sino que deben satisfacer las necesidades de la comunidad, como se encuentra consignado en La Constitución Política de Colombia en el artículo 2º., fines del Estado, la prevalencia del interés general y la realización de los fines del Estado.

Así pues, es vital y urgente que los ciudadanos en general tengan conocimiento amplio y suficiente de este principio, en aras de no incurrir en malversación de fondos del estado, corrupción, “elefantes blancos” -obras inconclusas o cuyo funcionamiento no se puede llevar a cabo por la falta de visión y proyección-; y por ende en la falta de utilización del principio de planeación en el contrato originario.

Se resalta, por consiguiente, la importancia de un conocimiento detallado de este principio, desde su definición más básica, las diferentes posturas de la doctrina, lo estipulado por la Constitución Política Colombiana, las leyes y decretos en los cuales se encuentra contenido, hasta su desarrollo jurisprudencial, lo que proporciona una visión

más crítica acerca de la utilización del principio de planeación en la actualidad y las consecuencias que tiene no aplicarlo o aquella aplicación incompleta, formal y estática que no cumple con los presupuestos y por tanto es la causante de múltiples problemáticas contractuales, sociales, culturales, presupuestales, ambientales, económicas y jurídicas, que en efecto generan responsabilidad tanto de las entidades públicas como de los contratistas .

Con fundamento en lo precedente, así como en las falencias mencionadas en cuanto a la aplicación del principio de planeación, es necesario iniciar un análisis orientado a dinamizar su uso para que lograr una inversión de recursos más acertada, que cumpla así a cabalidad con la función administrativa que busca ser llevada a cabo por medio de los contratos ejecutados por la administración pública.

Introducción

Este trabajo de investigación hace referencia a las problemáticas originadas en razón de la aplicación insuficiente del principio de planeación, a consecuencia de lo cual, finalmente se genera una transgresión al principio, hecho fundamental en la celebración de contratos estatales. Pero, ¿por qué se habla de aplicación insuficiente como una transgresión al principio de planeación? En lo que se refiere a contratos estatales, la aplicabilidad de dicho principio se reduce simplemente a la realización de estudios previos, llevados a cabo en la etapa precontractual; de ese modo se incurre en una estigmatización de la planeación, convirtiéndola en un simple formalismo para llenar ciertos requisitos impuestos por la ley, por ende se convierte en una actividad estática carente de desarrollo en etapas posteriores como la ejecución del contrato y la postcontractual, que abarca hasta el momento de la liquidación de las garantías.

La carencia de desarrollo normativo expreso, no puede dar pie a que se considere este como un principio de menor importancia, al contrario, conduce a que este tipo de investigaciones sea fundamental para darle la interpretación y el desarrollo pertinentes; la falta de dicho desarrollo ha generado confusión respecto a en qué consiste realmente la planeación, ya que suele confundirse aplicación del principio de planeación, con realización del diseño del proyecto, estudios previos, presupuestos y elaboración de planos.

Como núcleo central del desarrollo de esta investigación se tendrá en cuenta que el principio de planeación es una herramienta de servicio a la comunidad, con base en que la planeación debe ser vista como un sistema y no como un requisito. Por consiguiente, una planeación adecuada debe responder a ciertas inquietudes: ¿Cuál es la necesidad a satisfacer? ¿Con qué recursos se cuenta? ¿Se solucionará debidamente la necesidad? ¿Se busca el cumplimiento del interés general con la realización de la obra?

En este trabajo se tendrá como enfoque el contrato estatal de obra.

Marco teórico

El contrato estatal en Colombia

Para definir concretamente en qué consiste el contrato estatal, es fundamental partir de la definición del contrato en materia civil. El artículo 1495 del Código Civil Colombiano define el contrato como "...acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas". El contrato es un acto jurídico ya que representa la manifestación de la voluntad de dos partes; por tal razón, es un acto jurídico de carácter bilateral. Las voluntades de estas dos partes están orientadas a producir consecuencias jurídicas como lo es suscitar obligaciones, las cuales deben ser extinguidas por medio del ejercicio de deberes que se contraponen a facultades obtenidos frente a la contraparte por medio del contrato (Rico, 2009).

Por su parte, la Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define los contratos estatales como "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a las 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..."

La norma como tal deja muchos interrogantes sobre el contrato estatal, y por tanto es necesario acudir a diversas fuentes, como la jurisprudencia y la doctrina, para obtener una definición más concreta, que de entrada expone como características especiales del contrato estatal la existencia de cláusulas exorbitantes, en particular la cláusula de caducidad.

Por consiguiente, se podría plantear el siguiente interrogante: ¿Cómo saber si un contrato es un contrato estatal? Se puede dar respuesta a este interrogante por medio de las siguientes pautas.

1. Cuando la ley expresamente enuncia que cierto contrato en concreto es un contrato estatal.
2. La ley no dice expresamente que es contrato estatal pero afirma que los litigios producto de este contrato serán de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

3. La ley no menciona expresamente de qué tipo es el contrato, pero la jurisprudencia puede determinar que un contrato se trata de contrato estatal teniendo como punto de partida los elementos del contrato.

Elementos del contrato estatal

En los elementos del contrato estatal confluyen aquellos de la teoría del contrato privado : consentimiento de las partes que contratan, causa lícita del contrato, objeto lícito del contrato y capacidad por parte del particular como por parte de quien esté representando al Estado, con el nombre de competencia. No obstante, a estos elementos generales de los contratos privados es preciso agregarles un rasgo particular y diferenciador de los contratos estatales: la importante noción de interés general, concepto preponderante y definitivo al momento de la celebración de contratos estatales, razón por la cual se fija la exigencia de que tanto el objeto como la causa sean de carácter público. Así mismo, el régimen de los contratos estatales posee aspectos de forma o estipulaciones especiales del contrato, por lo cual constituye una herramienta apropiada para ejecutar varias tareas de la administración, teniendo en cuenta que el único afectado con el contrato no es el contratista, sino especialmente la comunidad, que es por previsión constitucional, la receptora principal de la actividad de la administración (Lamprea, 2007).

El artículo 39 de la ley 80 de 1993 determina ciertos requisitos específicos que deben cumplir los contratos estatales:

Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Características generales del contrato estatal

- Se podría decir que es un contrato de adhesión.
- Bilateral
- Oneroso
- Consensual
- Escrito

- Nominado
- Conmutativo
- *Intuito personae*

Características especiales del contrato estatal

1. El criterio diferenciador que tiene respecto a otro tipo de contratos es la noción de servicio público, es decir, si su objeto es un servicio público o su fin es la satisfacción del interés público.

2. La autonomía de la voluntad de la entidad estatal está limitada a la búsqueda de los fines del estado.

3. Se exigen modalidades de selección objetiva del contratista, para lo cual se utilizan modalidades de selección: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y contratación de mínima cuantía.

4. Según lo expresado en el artículo 4 de la ley 1150 de 2007 “... estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles...” contenidos en los pliegos de condiciones.

5. Exigencia de registro único de proponentes.

6. Cláusulas excepcionales contenidas en el artículo 14 de la ley 80 y en los artículos siguientes: terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral, caducidad, efectividad de multas y reversión.

7. Necesidad de interventor.

8. Requerimiento de liquidación como regla general.

9. Exigencia de garantías: seriedad de la oferta.

Contrato estatal de obra

Teniendo en cuenta que este trabajo tendrá como enfoque principal el contrato estatal de obra, es importante iniciar por su definición.

Para empezar el numeral 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 indica que “...son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”.

Como se observa, la finalidad del contrato estatal de obra es la de fabricar, edificar, sostener, conservar, entre otras actividades sobre un bien inmueble.

Características del contrato estatal de obra

Fuera de las características especiales de los contratos estatales ya mencionadas con anterioridad, se puede nombrar como característica diferenciadora el objeto de su ejecución, el cual es la construcción, el mantenimiento, la instalación o cualquier trabajo material sobre inmuebles. Y que además de eso, se convenga un pago.

También, para caracterizar el contrato de obra, es necesario que, según el numeral 15 del artículo 20 del Código de comercio, ejecuten actos mercantiles “las empresas de obras, construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones”, por consiguiente, al contrato estatal de obra se le otorgan las características de un contrato comercial (Matallana Camacho, 2013).

Principios de la contratación pública

Para hacer una mención somera de los principios de la contratación pública, es importante exponer que los principios de la contratación estatal no son autónomos ni están aislados, ya que cabe recordar que el ordenamiento jurídico colombiano es un sistema concatenado en el que ningún principio está marginado ni aislado, y por ende, todos están interrelacionados, de lo contrario sería imposible que el sistema jurídico colombiano fuera coherente. De lo anterior puede inferirse que los principios de la contratación estatal se desprenden y están estrechamente ligados con los lineamientos expuestos en la Constitución Política Colombiana, en especial con lo redactado en los artículos 1 y 2, en los que se exponen los fines, valores y principios fundantes que sirven como base del Estado social de derecho colombiano. ¿Y cuál es la modalidad oportuna para el logro de los fines y el cumplimiento de los valores del Estado? Una de las modalidades para realizar dicha tarea son los principios cuando estos son materializados, en especial en el ejercicio de la función pública, la misma que muchas veces se ejerce a través de los contratos estatales.

En ese mismo sentido, el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana señala que “...la función administrativa está al servicio de los intereses generales...” y seguidamente pasa a enunciar los principios de la función pública: igualdad, moralidad,

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, para luego afirmar que: "... las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...". Cabe recordar al respecto que una de las actuaciones administrativas más sustancial y significativa es la contratación estatal, razón por la cual es cardinal que en el marco de los contratos estatales se cumplan a cabalidad los principios de la administración pública, en particular, los principios de la contratación, para que esta pueda cumplir con su propósito: el cumplimiento de los fines del Estado.

Adicionalmente, al artículo 209 de la Constitución Política Colombiana, directamente el estatuto contractual, la ley 80 de 1993 en su artículo tercero cita los fines del Estado, así:

De los Fines de la Contratación Estatal: Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administradores que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

De esta manera se convierte en manifiesta la conexión existente entre las normas del ordenamiento jurídico; la norma legal no se aleja de lo expuesto en el artículo 209 de la regla constitucional, por el contrario la desarrolla y la clarifica, introduciendo el cumplimiento de los fines del Estado en el marco de la contratación estatal como una responsabilidad tanto para los servidores públicos como para los particulares contratistas.

Por las razones expuestas, es crucial que en todas las etapas del contrato estatal se deba dar cumplimiento a los fines del Estado por medio de la aplicación correcta de los principios de contratación, tanto de los que son consagrados expresamente por la norma, como también en el caso de los que tienen desarrollo jurisprudencial, como lo es el principio de planeación, con frecuencia transgredido, mitigado y reducido.

En concordancia con lo anterior, el artículo 23 de la ley 80 de 1993 enuncia los principios de la contratación estatal:

De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales: 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...

Principio de transparencia

La ley 80 asocia de forma directa el principio de transparencia con los procedimientos de selección objetiva del contratista. El artículo 24, numeral 1 de la ley 80, definía y regulaba el principio de transparencia: “La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público...”, pero este fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007.

La misma ley 1150, reanuda la conceptualización del principio de transparencia en el título I “de la eficiencia y la eficacia” indicando en el numeral 1 del artículo segundo, que la licitación pública debe ser la regla general, como garantía del cumplimiento del principio de transparencia.

Es válido mencionar la estrecha relación existente entre el principio de transparencia y el principio constitucional de igualdad, en el sentido de que, por medio de la aplicación del primero, mediante la selección objetiva del contratista, se busca que en el proceso de selección, los oferentes puedan presentar sus propuestas, contando con igualdad de oportunidad de ser escogidos, y que por tal razón, en la contratación pública haya libre acceso a la oportunidad. Así pues, todos los contratistas deben tener posiciones iguales y contar con los mismos derechos y oportunidades.

El principio de transparencia no solo debe ser aplicado en la licitación pública, sino además cuando se acude a otros procesos de selección por razones debidamente motivadas.

Son aspectos esenciales del principio de transparencia:

- La aplicación del principio en procedimientos de selección.

- El desarrollo mediante la publicidad de la actividad contractual: actuaciones de carácter público.
- La aplicación en la elaboración de pliegos de condiciones: reglas de “juego” objetivas, justas, claras y completas.
- Los actos debidamente motivados: motivación minuciosa y específica.

Principio de economía

Según lo dispuesto por la ley 80 y seguidamente por la ley 1150, el principio de economía consiste en que, durante la totalidad de las etapas contractuales, no debe darse lugar a trámites y requisitos diferentes a los que están expresamente consagrados; solo deben ser llevadas a cabo las etapas estrictamente necesarias. Por esto, los términos perecen y precluyen, y de ese modo se impulsan oficiosamente las actuaciones (Rico Puerta, 2009). Así mismo, los trámites deben ser adelantados con austeridad de tiempo, medios y gastos. De ese modo, se busca que no haya retardo en la ejecución de las obras, y así se pueda dar cumplimiento a los objetivos impuestos en el desarrollo del proyecto y no haya perjuicio a los intereses del Estado o del contratista al generarse sobrecostos en la ejecución del contrato (Matallana Camacho, 2013).

De igual forma, el principio de economía está estrechamente ligado al de celeridad, por cuanto este cumpla del modo más ágil, sencillo, rápido y acertado los fines para los cuales se realizó el contrato, con miras a evitar retardos injustificados en el proceso contractual.

Principio de responsabilidad

El artículo 26 de la ley 80 consagra el principio de responsabilidad, mediante el siguiente planteamiento:

...1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado.

Proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

8. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado...

Es posible decir, en virtud de este artículo, que en la contratación estatal es fundamental que para el cumplimiento de los fines del Estado los servidores públicos busquen la eficacia en el cumplimiento del contrato estatal y vigilen que la ejecución del contrato se lleve a cabalidad, pues de lo contrario estos se harán responsables tanto por sus acciones como por las omisiones de carácter antijurídico.

El artículo 26 de la ley 80 relaciona el principio de responsabilidad con el principio de planeación, en razón de que en el numeral 3 se expone con claridad que la apertura de procesos contractuales sin la realización de "... pliegos de condiciones diseños, estudios, planos y evaluaciones..." o la realización de estos de forma insuficiente y parcial, es una causal de responsabilidad de las entidades y servidores públicos, pero al mismo tiempo es una indiscutible transgresión al principio de planeación, con motivo de que el principio de planeación debe ser aplicado desde las etapas precontractuales, como lo es por ejemplo la ejecución de estudios previos.

Principio de planeación

Definición doctrinal: El diccionario de la Real academia de la lengua Española (RAE, 2009) no define la planeación, sino la planificación de la siguiente manera: "Plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo armónico en una ciudad, el desarrollo económico, la investigación científica, el funcionamiento de una industria, etc." (Aponte Díaz, 2014).

No obstante, cabe recordar que el principio de planeación también abarca los contratos que se rigen por el derecho privado (Gómez Lee, 2012).

La planeación es la acción técnica y legal que debe ser usada para contratar, debido a que la planeación del contrato y la realización del proceso de selección son elementos de trámite necesarios para que se pueda llevar a cabo la contratación. Igualmente, es la acción de administrar la ejecución de obras públicas, estos es, que estas puedan ser sufragadas, ejecutadas, tengan un mantenimiento adecuado y que el costo de obra tenga como beneficio la solución de problemáticas tanto físicas como sociales que brinden apoyo a la comunidad permitiendo que haya mayor inclusión social, especialmente, de quienes han sido marginados (Cuéllar, 2010).

Por consiguiente, la definición de planeación no puede verse limitada a la realización de estudios previos en la etapa precontractual, sino que debe entenderse como un proceso continuo, un conjunto de acciones que se dan a lo largo de todo el proceso contractual.

La planeación es un concepto ligado estrechamente al concepto del Estado social de derecho, como un criterio que no solo garantiza la legalidad, sino que también es una garantía del cumplimiento del interés general (Expósito Vélez, 2005).

Gil Botero indica en su texto *“Tesauro de responsabilidad contractual de la administración pública”* que la planeación es un aspecto esencial para que se pueda dar cumplimiento a las finalidades de un contrato estatal y que además de eso es una de las bases de la actividad contractual, ya que impone que la contratación se efectúe como resultado de la previsión, premeditación y discreción de la entidad, y por tal motivo obedezca a las necesidades efectivas de la comunidad, que anterior al contrato han sido objeto de análisis y planeación presupuestal por parte de la entidad Estado, con la finalidad de cumplir a cabalidad con los fines del mismo. El principio de planeación, además, surge del deber de cumplimiento de diligencia, cuidado, eficiencia y responsabilidad (Gil Botero, 2014).

De acuerdo con Benavides (2014) “la planeación o planificación de la actividad contractual se orienta hacia el respeto de reglas- en su mayor parte- elementales de gestión

(tanto pública como privada), cuya realización efectiva es esencial para lograr los cometidos de la contratación” (p. 219).

Por su parte, Atehortúa Ríos (2010), en su texto “*Temas en contratos estatales*” enumera las principales funciones del principio de planeación:

- Evitar la improvisación en la gestión pública.
- Impedir el despilfarro y la malversación de los recursos públicos.
- Facilitar la adecuada adopción de políticas públicas.
- Permitir a la administración pública actuar bajo propósitos claros, objetivos y metas.
- Garantizar que los planes y programas se cumplan efectivamente, y se cuente para ellos con la destinación de recursos suficientes (p. 112).

Desarrollo constitucional

La Constitución Nacional en el artículo 339 consagra el principio de planeación, contenido dentro de la definición del plan de desarrollo:

Habrà un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades pùblicas del orden nacional. En la parte general se seàalaràn los propòsitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acciòn estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la polìtica econòmica, social y ambiental que seràn adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones pùblicas contendrà los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversiòn pùblica nacional y la especificaciòn de los recursos financieros requeridos para su ejecuciòn, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales

estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo.

Como se aprecia en el artículo 339 de la Constitución política, el objetivo principal del plan de desarrollo es “asegurar el uso eficiente de sus recursos y desempeño adecuado de las funciones que le hayan sido asignadas”, por lo tanto, en ese objetivo específicamente se vislumbra la importancia de la planeación para que la función pública sea desempeñada de manera eficiente.

La importancia de los planes de desarrollo radica en que los fines del estado social de derecho se materializan mediante su aplicación. El encargado de presentar el plan nacional de desarrollo es el Congreso de la República en consonancia con lo dicho por la Constitución política en el numeral 3 del artículo 200, el cual reza que: “corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso: ... 3. Presentar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 150”, y en concordancia con éste, el artículo 150 menciona en el numeral 3 como función del Congreso de la República la de

aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.

De igual manera cumplen esta función las asambleas departamentales y los concejos municipales, respectivamente, en sus correspondientes niveles territoriales, según lo expuesto por los artículos 300, 305, 313 y 315 de la Constitución Política (Matallana Camacho, 2013).

Entre los planes nacionales, departamentales y municipales hay una estrecha relación en la cual debe existir coherencia en lo estipulado, con el fin de que por medio de dichos planes de desarrollo se busque de manera uniforme y simultánea el cumplimiento de los fines del Estado, mediante la distribución de competencias y la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

El Plan Nacional de Desarrollo es fundamental para la fijación del presupuesto de rentas, el cual debe ser formulado por el Gobierno Nacional realizando una “distribución territorial del gasto público social, la cual debe tener en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población y la eficiencia fiscal y administrativa”, tal como lo señala el artículo 350 de la Constitución Política.

Desarrollo normativo

Ley 152 de 1994 es la ley orgánica de planeación en desarrollo de lo expuesto en el artículo 339 de la Constitución, mencionado anteriormente.

Ley 80 de 1993

Pese a que esta ley no enuncia el principio de planeación de forma explícita, este se encuentra en el ordenamiento jurídico de forma tácita, inmerso en algunas exigencias; por ejemplo, en el artículo 25 numeral 7 de la ley 80: “...7. 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...” de donde se resalta la expresión “conveniencia o inconveniencia” en virtud de que la conveniencia de la celebración de un contrato estatal hace parte del principio de planeación.

Igualmente, el numeral 6 de ese mismo artículo expresa que: “6. Las entidades estatales abrirán licitaciones iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales”, desarrollándose así una faceta importante del principio de planeación: la disponibilidad presupuestal inmersa dentro del plan de compras, donde se deben reflejar no solo las necesidades de la entidad, sino la disponibilidad de recursos que hay para cumplir con dichas necesidades; podría decirse que es la ruta que debe ser seguida por la entidad para dar cumplimiento pleno al principio de planeación.

Luego, en el numeral 12 del mismo artículo se lee: “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...”, indicándose el desarrollo del principio de planeación mediante la realización de estudios, diseños y proyectos previos a la ejecución del contrato, los cuales

deben responder con exactitud los siguientes interrogantes: ¿Qué obra se llevará a cabo? ¿En qué modalidad se contratará? ¿Qué riesgos serán asumidos por la entidad contratante? ¿Cuánto tiempo durará la ejecución del contrato? ¿Se está hay un equilibrio entre costo y beneficio para la comunidad mediante la realización de este contrato? Estas y otras preguntas son una clara expresión del cumplimiento del principio de planeación si se responden teniendo en cuenta, entre otros principios, el de moralidad administrativa.

Se resalta que este artículo fue modificado por el artículo 87 de la ley 1474 de 2011, en el estatuto anticorrupción:

MADURACIÓN DE PROYECTOS. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

Como se observa en la lectura del párrafo segundo de este artículo, no basta con la finalidad de la realización de estudios y diseños previos al contrato, pues, como se verá más adelante, se debe establecer que los proyectos son viables y rentables, no solo en temas de tipo económico, sino también en cuanto a impacto social, económico y ambiental, todo ello para que la obra esté en concordancia con el cumplimiento de los fines del Estado, y los valores y principios constitucionales.

Decreto 2474 de 2008, artículo 3: Estudios y documentos previos

En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de

pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.

Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones...

Adicionalmente el decreto 734 de 2012 introdujo algunas modificaciones, pero en general se conserva el mismo sentido.

De este artículo se resalta la relación existente entre el desarrollo del principio de planeación, por medio de estudios y documentos previos, con la publicidad de los actos de las entidades estatales. Puede concluirse que por medio de la publicidad de los estudios previos se puede garantizar de una u otra manera lo no transgresión del principio de planeación.

Decreto 734 de 2012, artículo 8.1.19: del plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública

Las entidades publicarán en el Sistema electrónico de contratación pública (SECOP) anualmente, a más tardar el 31 de enero de cada vigencia fiscal, el respectivo plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, establecerá el formulario único que las entidades deban utilizar para tales efectos, la información que deba relacionarse en el mismo y los parámetros para su actualización y ajuste.

Se estima que las publicaciones que deben ser hechas por mandato de este artículo, hacen parte de la aplicación del principio de planeación en conexión con el principio de publicidad.

Decreto 734 de 2012 artículo 2.1.1: Estudios y documentos previos

En desarrollo de lo señalado en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones o del contrato, de manera que los proponentes o el eventual contratista respectivamente, puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la

entidad así como la distribución de riesgos que la misma propone. Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos...

Como se puede observar en el desarrollo de este artículo, el decreto amplía de forma manifiesta el deber de planeación y las exigencias en la etapa precontractual, lo que contribuye a que el contrato sea ejecutado con mayor efectividad, pese a que puede aminorar la celeridad en dicha ejecución. Los funcionarios estatales que se ven implicados en las etapas previas donde es necesaria la aplicación al principio de planeación en la realización de estudios y documentos, deben darle cumplimiento, en virtud de que la falta de aplicación o aplicación insuficiente del principio puede tener como consecuencia la responsabilidad fiscal por omisión al deber de planeación.

Decreto 1510 de 2013, artículo 37: Obligaciones posteriores a la liquidación

Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.

Es importante hacer mención de este artículo para reiterar que el principio de planeación no solo tiene aplicación durante la etapa precontractual, sino que por el contrario la planeación es dinámica y únicamente se agota cuando la necesidad por la cual se realizó la obra pública es satisfecha, pues es en ese momento en el que se puede dar cierre al expediente del proceso de contratación.

Concepto jurisprudencial del principio de planeación

El consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera, en sentencia del 31 de agosto de 2006, Radicación R – 7664 indica lo siguiente acerca del principio de planeación:

...Al respecto conviene reiterar 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, encaminado 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 cualidades, 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 o 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 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...

El Consejo de Estado Sala de lo contencioso Administrativo, en sentencia del 29 de agosto de 2007, Radicación 1994 – 09845, Expediente número 14854, indica lo siguiente:

... la ley 80 en el artículo 30 – 1, ordena que la resolución de apertura esté precedida de los estudios de conveniencia y oportunidad, técnicos y económicos, realizados por la entidad respectiva, además de estar acompañados por los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad y factibilidad. Por lo tanto, para la administración como para los servidores públicos por el incumplimiento del deber legal de elaborar diseños definitivos, estudios completos, planos y demás documentos necesarios para la contratación, previamente al procedimiento de selección...

La sentencia indica que las disposiciones enunciadas acerca del principio de planeación son de forzoso cumplimiento, puesto que la contratación estatal no puede ser producto de la imprevisión o discrecionalidad de los funcionarios, ya que esta manera de actuar llevaría al desvío de los recursos públicos y al derroche de la administración al invertir los escasos recursos en obras que no son prioritarias ni necesarias.

“... el principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal...” El principio de planeación se encuentra inmerso en varios artículos y disposiciones. La aplicación del principio de planeación, por ejemplo por medio de la realización de partidas presupuestales y documentos técnicos, en la etapa previa del contrato, es indispensable para conocer cuál es el monto real de la inversión que hará y conocer así si está o no justificada.

“... la Administración está en el deber de satisfacer a plenitud los requisitos técnicos exigidos por la ley, previamente a adelantar el procedimiento de selección, con lo cual se garantiza la legalidad de los actos que expida a fin de seleccionar al contratista que colabora con la administración en el cumplimiento de los cometidos de interés público, solo así, el contrato podrá nacer en condiciones de validez y si esto es así, los estudios, diseños y planos del proyecto se convierten en requisitos de validez del contrato...”

El Consejo de Estado Sala de lo contencioso Administrativo sección tercera, en sentencia del 29 de agosto de 2007, Radicación 15324, contractual apelación de sentencia. Proceso número: 850012331000030901, expresa que:

Lo expuesto por el consejero ponente en esta sentencia concuerda con lo dicho en otras ocasiones por el Consejo de Estado acerca de la importancia del principio de planeación.

En último término el magistrado ponente indica las consecuencias de la transgresión del principio de planeación de la siguiente manera:

... el incumplimiento del deber legal consagrado en las normas legales que rigen o han regido a la contratación pública, mediante las cuales se establece para la Administración la obligatoriedad de contar previamente con los planos, proyectos y presupuestos respectivos y, por supuesto, haber obtenido las aprobaciones y licencias para la ejecución de las obras, comprometen la responsabilidad patrimonial de la Administración en los eventos en que por ello se ocasionen daños antijurídicos al contratista e incluso podría generar responsabilidad de tipo patrimonial, fiscal, disciplinario y aun penal, respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato.

Sobre este mismo tema la Sala en la sección tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10439, indicó que:

El Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia, para que se protejan los recursos fiscales con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera, que es altamente cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generen situaciones contrarias a la ley.

Supervisión de los contratos estatales y otras figuras del estatuto contractual relacionadas con el principio de planeación

Para que en realidad haya un cumplimiento efectivo del principio de planeación en los contratos estatales de obra, existen figuras que tienen un papel decisivo, ya sea antes, durante y después de la celebración del contrato.

Las entidades estatales están en la obligación de vigilar que el contrato sea ejecutado correctamente, de conformidad con el artículo 83 de la ley 1474 de 2011, en el que se establece:

Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá 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. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. 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.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

Seguidamente se dará una explicación somera acerca de los contratos de consultoría e interventoría.

Contrato de consultoría

La ley 80 se encarga de la definición de los contratos de consultoría. En el numeral 2º. de su artículo 32, define el contrato de consultoría de la siguiente manera:

Contrato de consultoría Reglamentado por el Decreto Nacional 2326 de 1995: Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

La norma indica con claridad que podría decirse que los contratos de consultoría tienen la función de hacer estudios, que permitan vislumbrar si los proyectos pueden ser ejecutados, construidos; en otras palabras, si los proyectos ya elaborados pueden ser convertidos en realidades materiales. Dicha tarea guarda una estrecha relación con el principio de planeación, ya que es uno de los medios a través de los cuales puede garantizarse el cumplimiento de dicho principio en especial en las etapas pre- y contractual.

La celebración de contratos de consultoría, como por ejemplo llevar a cabo estudios previos, diseños, planos, anteproyectos, estudios de pre- y factibilidad, etc., garantiza que se realice una inversión acorde con las necesidades reales de la sociedad, una inversión rentable y que traerá los beneficios que en un principio fueron pensados como motivación a su materialización, garantizándose de ese modo que se tenga como base del contrato de obra la planeación, esto es, que el contrato de obra que se desea poner en marcha sea viable y tenga un soporte que justifique el gasto que se asumirá.

Este trabajo hace alusión específicamente a los contratos que sean desarrollados mediante actividades propias de la ingeniería y la arquitectura, es decir, en contratos en lo relacionado directamente con los contratos de obra, tal como lo aclara el Decreto 2474 de 2008 en su artículo 54 párrafo:

Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003.

Contrato de interventoría

Anteriormente, se hizo alusión a la definición del contrato de interventoría según lo expuesto por el legislador en el artículo 83 de la ley 1474 de 2011; sin embargo, conviene aclarar algunos puntos relevantes acerca de este tipo de contratos que son fundamentales en el cumplimiento del principio de planeación.

La interventoría es un examen, una evaluación o fiscalización de cómo está siendo llevado a cabo el contrato de obra. Para el desarrollo de dicha actividad se contratará a una persona que sea independiente de la entidad estatal que efectúa el contrato, al igual que del contratista, en razón de la labor de supervisión y fiscalización que será hecha por el interventor. Es sustancial mencionar que el interventor responderá tanto por sus acciones como por las omisiones que le fueran imputables, tanto en materia penal, civil y administrativo, como disciplinaria (Matallana Camacho, 2013).

Obligaciones de los interventores

En su texto “*Manual de la contratación de la administración pública, reforma de la ley 80 de 1993*” el Doctor Matallana Camacho menciona las obligaciones de los interventores:

1. Finalidades de la interventoría.

- a) Garantizar la eficiente y oportuna inversión de los recursos públicos
- b) Asegurar que el contratista se ciña a los plazos, términos, condiciones técnicas y demás previsiones pactadas para la ejecución del contrato.
- c) Mantener comunicación permanente con el contratista y suministrar a la entidad contratante los informes que ella requiera.
- d) Propender porque no se generen conflictos entre las partes contratantes y adoptar las medidas tendientes a solucionar eventuales controversias de manera directa o en su defecto formularlas a las partes.
- e) Velar porque la ejecución del contrato no se interrumpa injustificadamente.

2. Facultades de interventoría

- a) Exigir al contratista el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato.
- b) Impartir las instrucciones al contratista sobre el cumplimiento de sus obligaciones.
- c) Exigir la información necesaria así como recomendar lo que contribuya a la mejor ejecución del contrato y, en general adoptar las medidas para la óptima ejecución del objeto contratado.
- d) Dejar constancia escrita de todas sus actuaciones. Las órdenes e instrucciones que imparta serán por escrito en aplicación del numeral 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, y son de obligatorio cumplimiento siempre y cuando estén en concordancia con la Constitución, la ley y el contrato.

3. Funciones administrativas

- a) Acopiar la documentación producida en la etapa precontractual que requiera a fin de contar con el máximo de información sobre el origen del contrato.
- b) Establecer mecanismos ágiles y eficientes para el desarrollo de la interventoría a su cargo.
- c) Verificar que existan los permisos y licencias necesarias para la ejecución del objeto contractual.

- d) Llevar estricto control sobre la correspondencia que se produzca con el contratista durante la ejecución del contrato.
- e) Organizar información y documentos que se generen durante la ejecución del contrato manteniéndolos a disposición de los interesados y entregar los originales a la entidad contratante inmediatamente al recibo del documento.
- f) Vigilar porque se cumplan los requisitos contractuales de las garantías o amparos de póliza del contrato y los requisitos en materia de obligaciones de las partes.
- g) Evitar que por causas atribuibles a entidad estatal sobrevengan mayor onerosidad, es decir precaver que se rompa el equilibrio financiero del convenio.
- h) Programar y coordinar con quien sea necesario reuniones periódicas para analizar el estado de ejecución y avance del contrato o convenio.
- i) Presentar informes sobre el estado de ejecución y avance de los contratos y convenios con la periodicidad que se requiera atendiendo la naturaleza y el objeto de los mismos; de igual manera presentar informes necesarios para atender los requerimientos ejecutados por los organismos de control respecto de las obligaciones a su cargo.
- k) Adelantar cualquier otra actuación administrativa necesaria para la correcta dirección, desarrollo y ejecución del contrato.
- l) Mantener el control sobre la vigencia y el plazo de las garantías otorgadas por el contratista.
- m) Las demás inherentes al contrato o convenio respectivo.

Las anteriores son algunas de las funciones de los interventores, y a estas se suman otras funciones técnicas y legales fundamentales para el desarrollo de su labor.

Como se evidencia, por medio del cumplimiento de estas funciones el interventor desempeña un papel esencial y primordial en el cumplimiento a cabalidad del principio de planeación en los contratos estatales de obra, pues de este modo el contrato de obra estaría alejado del tener que asumir consecuencias graves como la declaración de nulidad absoluta del contrato, por la transgresión del principio.

Responsabilidad de consultores e interventores

La responsabilidad especial con la cual cuentan los consultores y los interventores está consagrada en el artículo 82 de la ley 1474 de 2011: Responsabilidad de los interventores. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, así:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Consecuencias de la transgresión al principio de planeación

Son muchas las consecuencias derivadas de la transgresión o cumplimiento parcial del principio de planeación. A continuación se enumeran las de mayor relevancia:

- Genera sobrecostos, gastos que exceden el presupuesto asignado al proyecto, ocasionando así un detrimento en el patrimonio del Estado.
- Da lugar a demoras en la ejecución de obras.
- Conduce a actos de corrupción, desviación de poder y falsa motivación.
- Su omisión se refleja cuando una obra no es sustentable, pues no puede realizarse mantenimiento en razón de su costo a corto y mediano plazo.
- La transgresión al principio de planeación puede ser de carácter irreparable ya que cuando se dejan obras inconclusas dada la carencia de estudios previos o por falta de permisos o licencias urbanísticas, como ocurre frecuentemente en Colombia, se ve aminorada la estabilidad de la obra, en tanto que se ve menguada la calidad

del bien y en muchas ocasiones no cumple con la finalidad para la cual fue construida. En general, ni con el paso del tiempo es posible finalizarlas.

- Al no efectuar adecuadamente los estudios previos, no solo se transgrede el principio de planeación, sino que se rompe el equilibrio contractual, por cuanto los oferentes no tendrían el mismo trato ni las mismas oportunidades, pues no habría certeza en la información que les están suministrando, y quizá perderían la oportunidad de participar en la convocatoria (Matallana Camacho, 2013).
- De no realizarse estudios previos apropiados se estaría imposibilitando la evaluación objetiva de las ofertas y podrían propiciarse decisiones subjetivas por parte de la entidad estatal, vulnerando así el principio de igualdad consagrado en la Constitución, razón por la cual se considera nula la adjudicación del contrato. La nulidad que acaece la adjudicación del contrato es absoluta debido a que de no llevarse a cabo correctamente los estudios previos, no se lograría satisfacer la necesidad de la entidad contratante, situación que no es subsanable (Matallana Camacho, 2013).
- La omisión en la aplicación al principio de planeación puede ser causal del inicio de investigaciones disciplinarias, adicional a que puede generar responsabilidad fiscal a los funcionarios públicos que omitieron el cumplimiento del principio.

Nulidad absoluta del contrato estatal por la transgresión al principio de planeación

Varios han sido los pronunciamientos que ha tenido el Consejo de Estado respecto a esta materia. En este artículo se mencionarán dos que marcan el derrotero para tener claro cuando la transgresión al principio de planeación genera nulidad absoluta del contrato.

- Consejo de Estado – sección tercera - sentencia del 10 de diciembre de 2015

Sentencia 2012-00012

Rad.: 73001-23-31-000-2012-00012-01 (51.489)

- Consejo de Estado – sección tercera – sentencia del 20 de octubre de 2014

Sentencia: 66001233100019990043501 (24809)

La primera ponencia resuelve la demanda acerca de un contrato de obra de viviendas de interés social. En dicho contrato, por demoras en la compra de los predios donde se iba a construir la obra no se pudo dar cumplimiento a la totalidad del objeto del contrato estatal. En primera instancia el tribunal consideró que sí había existido violación al principio y por ende ordenó las respectivas restituciones mutuas.

El Consejo de Estado revocó dicha sentencia debido a que, según el magistrado ponente, la violación al principio de planeación constituye una transgresión directa al cumplimiento del interés general. Sin embargo, no siempre que exista una violación al principio de planeación se configura la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito. Para tener claridad acerca de si la violación genera o no nulidad absoluta, se debe atender al caso concreto, ya que no siempre se causa el mismo efecto sobre el contrato.

Para que en el caso concreto se configure la nulidad absoluta por objeto ilícito, la sala dio los siguientes parámetros que enuncian las falencias que deben existir en el caso específico a analizar:

I) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que el objeto contractual no puede ser ejecutado.

II) Situaciones que desde el momento de la elaboración del negocio jurídico evidencian que la ejecución del contrato va a depender de circunstancias indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros.

III) Situaciones que desde el momento de la celebración del negocio jurídico evidencian que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y, por ende, habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad.

Así mismo, el magistrado ponente indicó que en tales casos el juez de oficio debe declarar la nulidad absoluta, pero seguidamente acotó que no toda insuficiencia en la planeación del contrato estatal conlleva nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

Para que haya nulidad absoluta del contrato es necesario que la transgresión tenga la gravedad suficiente para que se configure tal nulidad. De ahí que la transgresión deba ser un factor determinante de la no ejecución del contrato o de la ejecución con excesivo retardo (Zuleta, 2016).

Igualmente, en la sentencia del 20 de octubre de 2014, se expresa al respecto:

... la corporación recalcó que la nulidad del acto no requiere la existencia de una norma que la señale expresamente, pues lo indispensable es la disposición que mande o prohíba. Tampoco es necesario que una o todas las partes conozcan el vicio, ya que esta sanción protege al *ius cogens*, el orden público y el interés general, y no el particular... (Violación del principio de planeación del contrato estatal genera nulidad absoluta, 2015).

Con base en lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de diciembre de 2015, la sanción de nulidad absoluta protege el orden público y las normas imperativas, razón por la cual para su configuración no es necesario que las partes conozcan la existencia de dicho vicio desde el momento anterior a la celebración del contrato. Por tanto, el desconocimiento no exime de la responsabilidad en vista de que la transgresión al principio puede generar el detrimento del interés general, lo cual es inadmisibles en un Estado social de derecho.

De igual forma, los artículos 6º y 1519 del Código Civil son las normas referidas acerca del objeto ilícito como causal de nulidad absoluta, e indican que, "... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa..." y que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente".

Dichas normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que ordenan y por ello, la transgresión del orden público se presenta cuando no se observa o se desatiende una norma que ordena, caso que conduce a una nulidad absoluta por objeto ilícito. Esto es precisamente lo que sucede en el caso de nulidad absoluta cuando se origina por la transgresión al principio de planeación.

Aquel entendimiento fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia al poner de manifiesto que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de “si prescribe cómo y qué debe hacerse” o si se vierte “en restricciones, limitaciones o prohibiciones”, y que su transgresión trae como consecuencia la nulidad absoluta del acto (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

Por tanto, para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresamente que “es nulo”.

El Magistrado expresa además que:

no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen esta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.

Pero inmediatamente acota 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.

Aclara que según lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta puede y debe ser decretada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y siempre que estén presentes en el proceso todas las partes que lo celebraron, lo cual constituye un poder-deber para el juez y ya que un deber no puede eludirse ni excusarse cada vez que se reúnan los presupuestos para decretar oficiosamente la invalidez absoluta.

Con base en lo anterior, la nulidad absoluta protege fundamentalmente el interés general que envuelve el orden público y las buenas costumbres, así que el juez que no ejerce ese poder y no cumple con ese deber, viola la ley.

Conclusiones

La planeación es un sistema dinámico que está al servicio de la comunidad; es una herramienta que debe ser usada por la Administración para el servicio. Por tanto es relevante que no se tergiverse el principio de planeación con el diseño de proyectos, estudios previos, presupuestos y planes, porque aunque están incluidos, con su solo acatamiento formal no se da cumplimiento cabal del principio de planeación. Por tanto, la planeación no debe ser vista como un simple requisito en la ejecución de contratos estatales, sino como un sistema dinámico, compuesto, entre otros elementos, por acciones, protocolos, manuales, planes de intervención, etc.

La planeación adecuada implica conocer de manera real y efectiva las necesidades que deben satisfacerse, lo que se requiere en el contrato, la disponibilidad de recursos y el mecanismo correcto para compensar dichas insuficiencias.

Así mismo, para una aplicación correcta del principio de planeación es preciso definir, estimar y asignar los riesgos previsibles a través de una observación histórica que permita contextualizar la obra a ejecutar, teniendo en cuenta cuáles serán sus causas y efectos.

Se destaca, además, que el principio de planeación debe ser materializado incluso hasta la garantía, es decir, hasta la etapa postcontractual del contrato de obra.

En general, la transgresión del principio de planeación obedece a que se olvida la necesidad de la obra pública, y se pierde el enfoque y núcleo central que es la satisfacción del interés general.

Acorde con lo anterior, la planeación se convierte en una necesidad para poder dar cumplimiento a las metas y fines del Estado; no obstante, respecto a este tema conviene aclarar que, contrario al pensamiento colectivo, dicha necesidad no se suple con la sola celebración del contrato estatal de obra, sino por el contrario, con la culminación de la obra con verdaderas condiciones de calidad y con el cumplimiento de los objetivos para los cuales se ordenó su construcción, características que su vez permiten vislumbrar que la planeación debe aplicarse de manera integral.

Para finalizar, es importante que el principio de planeación tenga un mayor desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial, y al mismo tiempo, que este sea de conocimiento público, debido a que no solo debe ser aplicado por los funcionarios de las entidades estatales, sino también por los contratistas. Si los abogados que asesoran tanto a entidades estatales como a contratistas conocieran a plenitud este principio y lo aplicaran en todos los contratos estatales, durante todas las etapas contractuales, se evitarían gran parte de las consecuencias negativas causadas por su poca práctica.

Bibliografía

- Benavides, J. L. (2014). *Contratos públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Matallana Camacho, E. (2012). *Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la ley 80 de 1993*. 3ª. Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mejía Mejía, A. (2012). *La contratación del Estado a partir del año 2012*. Medellín: Editorial Biblioteca jurídica Dike.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2010). *Temas en contratos estatales*. Medellín: Editorial Biblioteca jurídica Dike.
- Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rico Puerta, L. A. (2009). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. 6ª. Edición. Bogotá: Editorial Leyer.
- Gil Botero, E. (2014). *Tesaurus de responsabilidad contractual de la administración pública*, Tomo I. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Parada, R. (2007). *Derecho Administrativo I*. Parte general. 16ª. edición. Madrid: Editorial Marcial Pons – ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Aponte Díaz, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 11, 177-207.
- Cuéllar Cruz, M. L. (2010). Procuraduría General de la Nación. *Recomendaciones para la elaboración de estudios previos – Aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas*. Bogotá: PUBLICULTURAL S.A.
- Violación del principio de planeación del contrato estatal genera nulidad absoluta – 6 de noviembre de 2015 - AMBITOJURIDICO.COM - Extraído: 14 de febrero de 2016, desde: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140611-02violacion del principio de planeacion del contrato estatal gen/noti-](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-140611-02violacion%20del%20principio%20de%20planeacion%20del%20contrato%20estatal%20gen/noti-)*

140611-

02violacion del principio de planeacion del contrato estatal gen.asp?IDObjetoSE=21007

Jurisprudencia

- Expediente 15324
Radicación 1996 – 00309
Mauricio Fajardo Gómez
29 de agosto de 2007
- Expediente 14854
Radicación 1994 – 09845
Mauricio Fajardo Gómez
29 de agosto de 2007
- Expediente 15603
Radicación 1997 – 00423
Myriam Guerrero De Escobar
1 de diciembre de 2008
- Expediente 36054
Radicación 2008 – 00101
Enrique Gil Botero
14 de abril de 2010
- Expediente 207739
Radicación 1999 – 00124
Danilo Rojas Betancourt
2 de noviembre de 2011
- Expediente 20457
Radicación 1997 – 08052
Enrique Gil Botero
19 de agosto de 2011
- Expediente 19730
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
15 de febrero de 2012
- Expediente 22471
Jaime Orlando Santofimio Gamboa

28 de marzo de 2012

- Expediente 22043
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
19 de noviembre de 2012
- Expediente 27315
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
24 de abril de 2013
- Expediente 266337
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
13 de junio de 2013
- Expediente 26551
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
26 de febrero de 2014
- Expediente 24809
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
20 de octubre de 2014
- Expediente 51362
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
26 de noviembre de 2015