



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: El principio de planeación y los estudios y documentos previos del contrato estatal\*

Germán Alonso Díaz Dávila\*\*  
Universidad Católica de Colombia

### Resumen.

La Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias han incluido más herramientas para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales y los fines del Estado, el principio de planeación es uno de los más representativos y de mayor relevancia, los más recientes desarrollos normativos, se han elaborado pensando en evitar que la contratación sea producto de la improvisación o el afán por gastar el presupuesto público, sin embargo, muchos funcionarios públicos y demás partícipes de la contratación desconocen su utilidad, alcance y sus efectos, su mayor expresión corresponde a las pautas que se han determinado para la elaboración de los documentos y estudios previos de los procesos de contratación, estudios que representan la columna vertebral del contrato, en tanto que son el soporte para la confección de los pliegos de condiciones que guían y motivan la presentación de la oferta, que eventualmente dará lugar a que se perfeccione el contrato, el principio de planeación no es un simple principio abstracto, su aplicación sistemática junto con los demás principios y la debida interpretación del marco normativo de la contratación, garantiza el éxito del contrato, protege los intereses de la entidad, el bien común y los derechos de los oferentes y contratistas que ostentan la calidad de colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus deberes, por el contrario su inobservancia o aplicación aislada o a medias, eventualmente trae consecuencias como la nulidad del contrato, o el incumplimiento del mismo, controversias contractuales, sobrecostos y otros perjuicios patrimoniales para las partes, así como la defraudación del interés general y los fines de la administración.

**Palabras clave:** buena fe, contratación pública, contrato, economía, estudio previo, interés general, planeación, principios.

### Abstract.

Law 80 of 1993 and its regulations have included more tools to ensure compliance with state contracts and the state's objectives, the principle of planning is one of the

---

\* Artículo de Reflexión elaborado como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado, bajo la Dirección del Dr. John Fredy Silva Tenorio Docente de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C.; 2016.

\*\* DÍAZ DÁVILA, Germán Alonso. Terminación de materias. 2013-1. Dependiente judicial Grupo Jurídico Internacional Colombiano 2010-2013. Asesor Jurídico Licitaciones empresas privadas. E.mail:diaz.ger91@hotmail.com

most representative and most important, recent regulatory developments, have elaborate thinking prevent hiring is the result of improvisation or the desire to spend public budget, however, many public and other participants officials hiring unaware of their utility, scope and effects, its best corresponds to the guidelines have been determined for the production of documents and previous studies of recruitment processes, studies represent the backbone of the contract, while are support for the preparation of the specifications that guide and motivate the presentation of the offer , which eventually will result in the contract is concluded, the principle of planning is not a simple abstract principle, its systematic application along with the other principles and proper interpretation of the regulatory framework of the contract, guarantees the success of the contract, protects interests of the entity, the common good and the rights of bidders and contractors who hold the quality of employees of the administration in the performance of their duties, however his failure or standalone application or half, possibly brings consequences as the nullity of contract, or the breach thereof, contractual disputes, cost overruns and other loss for the parties and defrauding the public interest and the purposes of the administration.

**Keywords:** good faith, public procurement, contract, economy, previous study, the general interest, planning principles.

## **Sumario**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DENTRO DE LA CONTRATACIÓN**

##### 1.1. DEFINICIÓN

##### 1.2. ALCANCE Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

##### 1.3. HERRAMIENTAS DE LA PLANEACIÓN

#### **2 ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS DEL PROCESO DE SELECCIÓN**

##### 2.1. DEFINICIÓN Y JUSTIFICACIÓN

##### 2.2. MARCO NORMATIVO

##### 2.3. ELEMENTOS DE LOS ESTUDIOS PREVIOS

#### **3 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN**

3.1 PLANEACIÓN Y CONFIANZA LEGÍTIMA

3.2 PLANEACIÓN Y EQUILIBRIO CONTRACTUAL

3.3 PLANEACIÓN Y BUENA FE

**4 LA FALTA DE PLANEACIÓN COMO CAUSA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO; CONCLUSIONES. REFERENCIAS.**

**CONCLUSIONES**

**REFERENCIAS**

## INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico, especialmente el conjunto de disposiciones que reglamentan la contratación pública en nuestro país, se basan en principios fundamentales del derecho, en el presente artículo se analiza especialmente la función del principio de planeación, dentro del ámbito de la contratación pública, principalmente, su incidencia en la elaboración de los estudios y documentos previos, para esto, en primer lugar es necesario definir con base en los fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales, la consolidación y el objeto de protección del principio de planeación, revisar las disposiciones que reglamentan la elaboración y los elementos de los estudios y documentos previos en los proceso de contratación, e identificar las falencias en la observancia del mismo, en contraste con la importancia de sus herramientas y la necesidad de que se aplique en la actividad contractual del Estado.

Quienes participan en la actividad contractual del Estado dan interpretaciones diferentes al principio de planeación, y la gran mayoría apuntan a subestimar su verdadero alcance, especialmente cuando se le resta importancia y aplicabilidad por el hecho de no estar expresamente señalado en la constitución o la Ley, muchas entidades del estado utilizan en la contratación, las herramientas de la planeación como simples formalismos y requisitos de relleno, sin ser conscientes de que se trata de un aspecto determinante para el éxito o fracaso del proceso de selección y del eventual contrato que se derive, por su parte los oferentes y contratistas pocas veces ejercen una actitud activa y crítica sobre la información presentada por la entidad, en la cual se deja constancia de la aplicación del principio de planeación, específicamente me refiero a los elementos que deben contener los documentos y estudios previos, decantando dicha situación en las consecuencias que acarrear la inobservancia del mismo, por mencionar las más graves, el incumplimiento o la nulidad del contrato.

El presente trabajo, pretende ilustrar el alcance del principio de planeación en el ámbito de la contratación pública, presentar de manera organizada los fundamentos jurídicos que consolidan la planeación como un principio legítimamente exigible, y abordar la planeación a partir del contenido de una de sus principales herramientas en el ámbito de la actividad contractual, esto es revisando uno a uno los elementos de los estudios y documentos previos del proceso de contratación.

La disertación se ubica en el terreno de la planeación, entendida como principio rector de la contratación, que aunque abarca muchos ámbitos de la administración pública y es más de una su forma de expresión, la extensión del trabajo presta especial atención a la más representativa, con apoyo en estudios científicos ya realizados sobre la materia, acudiendo a la jurisprudencia existente, se pone a disposición del lector un material de consulta útil que satisfaga las inquietudes de la premisa según cual los contratos del Estado

Deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) de 2013, p. 1)

Cuando se habla del principio de planeación, se hace mención a la observancia en conjunto con otros principios rectores de la actividad, especialmente el de economía, la buena fe, confianza legítima, equilibrio contractual, entre otros, dando a entender que su aplicación se apoya no solamente en la observancia de los demás principios sino también en el ordenamiento jurídico de manera integral.

Finalmente las consecuencias de omitir los postulados del principio de planeación, bajo el entendido de que se trata de un mandato imperativo derivado de la

Constitución y la Ley, en términos de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el incumplimiento de dicho mandato legal se configura como causal de nulidad absoluta del contrato, o como causa del incumplimiento de las prestaciones pactadas por alguna de las partes, situaciones ambas adversas a la finalidad de la contratación pública.

## **1 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN DENTRO DE LA CONTRATACIÓN.**

### **1.1 DEFINICIÓN**

El principio de planeación no se encuentra expresamente consagrado en ninguna de las normas que regulan la contratación pública, su fundamento jurídico lo hallamos implícito en los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política, en los numerales 6, 7, 12, 13, y 14 del artículo 25, el numeral 3 del artículo 26, y en los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, reglamentados por el Decreto 1082 de 2015.

A pesar de no ser un principio expresamente señalado en la Ley, la planeación ha sido materia de estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia en lo que respecta a la contratación pública, así por ejemplo vale la pena citar algunos estudiosos del derecho administrativo que hacen mención a este principio:

Para Exposito-Vélez (2005)

Planeación, en términos generales, es la elección de gestiones, objetivos, estrategias, lineamientos, esquemas, y procedimientos para lograr estos a partir de la adopción de un conjunto de medidas, así como la selección de un curso de acción entre varias alternativas

La planeación es la base de las funciones administrativas, ya que da lugar a que las demás funciones se puedan realizar, consiste en determinar por anticipado las metas y los objetivos que se quieren cumplir, y además definir las tácticas para llegar allí, por lo cual es considerado el modelo teórico para actuar en el futuro (p. 53).

La planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para organizar la macro estructura de las naciones y su forma de cumplir con los fines previstos por ellas en beneficio de los administrados (Expósito-Vélez, 2005 pp. 600-601).

De acuerdo con Gil (2015) cuando hace mención al principio de planeación nos dice que con fundamento en la posición jurisprudencial del consejo de Estado:

En dicho principio puede hallarse la razón y el fundamento, entre otras, de las exigencia establecidas en los numerales 6, 12, 13 y 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, disposiciones en las cuales se impone que, previamente a ordenar la apertura de la licitación o el concurso, las entidades estatales deberán haber obtenido las partidas presupuestales necesarias para la ejecución del contrato al igual que las autorizaciones y aprobaciones respectivas; haber definido la conveniencia o no de la futura contratación y haber elaborado los estudios, diseños y proyectos requeridos y, naturalmente los pliegos de condiciones o términos de referencia que regirán la contratación. Adicionalmente está en el deber legal de incluir en las partidas presupuestales los ajustes necesarios para la actualización de precios y los imprevistos que surjan por retardos o por situaciones de desequilibrio en la ecuación contractual (p. 492)



Para Solano (2010)

La planeación evidencia un accionar integrador sustentado en todos sus elementos. En materia contractual, está constituida como ya se esbozó, por una serie de pasos previos que la identifican y conciben un todo congruente, que sirven de base para impulsar cada una de las distintas actuaciones que le son pertinentes, las cuales deben desarrollarse con antelación al procedimiento de selección o la firma del contrato, según el caso, en función de preparación o formación de la voluntad administrativa (p. 180).

El principio de planeación se ha hecho más visible a medida que avanza la reglamentación de la contratación en Colombia, guarda una estrecha relación con el principio de economía contemplado en el Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dentro del cual se incluye su más claro fundamento jurídico, el principio de economía es uno de los principios de mayor amplitud en la contratación estatal, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, incluye de manera consustancial aspectos de otros principios de la contratación estatal, que se presentan como expresiones o propósitos del principio de economía pero que son en realidad preceptos de principios con una función propia, así por ejemplo el principio sobre el cual se enfoca el presente trabajo, pues dicha norma da fe de la íntima conexión que existe entre el principio de economía y el principio de planeación.

Según el Consejo de Estado, esta estrecha relación:

Consiste en el ideal de lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad; en tal sentido, la norma ordena que con anterioridad a la decisión

misma de emprender un determinado procedimiento de selección contractual, mediante licitación o de forma directa, entre otras cuestiones de máxima importancia, la Administración verifique la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar los compromisos que puedan surgir para la entidad, como resultado de dicha selección; realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que elabore los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto ((Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso número: 850012331000030901. Radicación número: 15324 del 2007, pp 25-26).

Existe una clara armonía en todas las normas que fundamentan el principio de planeación ya que todas apuntan a lo mismo. La planeación es un principio legítimo no solo orientador de la contratación estatal, sino de la administración pública en general, que ordena un actuar coordinado por parte de la administración, y que de manera específica en el ámbito de la contratación pública, exige a las entidades estatales reconocer de manera anticipada a la iniciación de un proceso de contratación qué es lo que pretende ejecutar o llevar a cabo y como lo va a realizar, constituyéndose como la guía para la etapa de formación del contrato, según la cual la entidad antes de abrir el proceso de selección debe asegurar la disponibilidad del presupuesto para el pago de los bienes obras o servicios que desea contratar, conocer a profundidad la necesidad que pretende satisfacer con el contrato, asegurándose de que la misma responda a intereses y beneficios colectivos y al cumplimiento de los fines del Estado, asumiendo de buena fe la tarea de elaborar los estudios y documentos previos y los pliegos de condiciones que serán Ley para las partes y constituirán el futuro contrato que se desea celebrar y ejecutar.

La honorable Corte Constitucional en sentencia C-300 de (2012), también coincide en que:

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos (p. 27).

Todos estos aspectos son elementos que hacen parte de los estudios y documentos previos conforme al principio de planeación, sobre los cuales se profundiza en otro capítulo del trabajo

## **1.2 ALCANCE Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.**

El Principio de Planeación es el protagonista de la etapa previa a la apertura de proceso de contratación o etapa precontractual, y de la formación del contrato, aunque sus efectos se vean reflejados en todo el desarrollo del contrato, su alcance comprende aspectos de los estudios y análisis previos para determinar, como lo ilustra el Consejo de Estado en Sentencia Radicado No. 15324 de (2007).

(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, proyecciones, 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 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 que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar ( p. 44).

El Principio de Planeación es el protagonista de la etapa previa del contrato, aunque sus efectos trascienden hasta el perfeccionamiento, ejecución e incluso la terminación del mismo, su obligatoriedad y contenido se traduce en todos y cada uno de los elementos de los estudios previos que se analizan más adelante, y el incumplimiento de cualquiera de estos mandatos imperativos, puede constituirse potencialmente como una causal de nulidad del contrato, sobre lo cual se hace mayor énfasis en la parte final del trabajo.

En la etapa de formación del consentimiento de las partes del contrato estatal, la aplicación del Principio de Planeación se refleja en cada uno de los elementos de los estudios previos, estos a su vez sirven de guía y soporte para la confección del pliego de condiciones que motiva el primer paso el contratista, que consiste en la elaboración de la propuesta, en palabras de Rengifo (2016),

La siguiente etapa en el proceso de formación del contrato está constituida por la presentación de una oferta, también denominada propuesta o policitud

En la etapa de la oferta una de las partes ha reunido la información necesaria para celebrar el negocio y toma la decisión de proponerle a la otra parte la celebración del contrato. La etapa de la oferta es fundamental para definir el contenido del contrato así como el momento y el lugar de formación del consentimiento (Rengifo, 2016, p. 79)

El Principio de Planeación en la elaboración de los estudios previos no es un simple requisito formal, por una parte los estudios previos son el recurso que le permite al oferente obtener la información que necesita para preparar su propuesta, pues el contrato administrativo es un contrato de adhesión desde sus inicios, la entidad fija de manera unilateral y hace públicas las condiciones bajo las cuales debe realizarse el contrato, y el oferente es quien entra a estudiarlas y a decidir si las acepta o no, aunque cuenta con herramientas para ejercer contradicción como las observaciones o solicitud de aclaraciones, la entidad es juez y parte en este asunto y es en últimas la que siempre ejerce una posición dominante en el proceso, estableciendo las exigencias que deben cumplir los oferentes, muchas veces se tiene la impresión errónea de que los fracasos en la contratación son culpa del contratista que es incumplido y obra de mala fe, pero en realidad esto no sucede en todos los casos, si nos fijáramos en muchos de los litigios que llegan a conocimiento del juez contencioso, se puede advertir que los mimos se originan como consecuencia de una falta de planeación, y la planeación en un primer momento es una tarea exclusiva de la entidad.

Todos los partícipes de la contratación pública, y especialmente las entidades como directoras de esta actividad, deben aplicar la racionalidad de la actuación administrativa, que se asocia con la aplicación del principio de planeación,

La actuación racional es entendida de tres maneras: en primer lugar, la actuación racional significa la organización metódica y la realización de las tareas públicas de una forma adecuada a las finalidades y de la manera más efectivamente posible; en segundo lugar la actuación racional fomenta la determinabilidad y la seguridad jurídica; en tercer lugar, la vida Estatal está dominada por reglas y principios formados y comprensibles por medio de la razón (Ibagón, 2014, p. 34)

En otras palabras aplicar el Principio de Planeación a la elaboración de estudios previos y en consecuencia a la formación del contrato, es adecuar dicho contrato a los fines reales del estado, es poner las reglas y principios de la contratación en armonía con los fines del Estado.

Aplicar el Principio de Planeación implica para las entidades, desarrollar en debida forma cada uno de los elementos de los estudios previos, esto representa una gran carga de trabajo para las entidades, por eso, algunos sectores de la doctrina hacen críticas sobre contradicciones que se pueden generar entre algunos principios de la contratación, así por ejemplo Pachón (2012) sostiene que:

El Estatuto General de Contratación Pública no genera un balance adecuado entre principios, en la realidad, el principio de economía como lo entiende la misma Ley 80, se ve afectado, y lo mismo se puede decir de eficiencia, eficacia, celeridad, e inclusive de la buena fe, por efectos de los tramites dispendiosos, costosos e innecesarios, con el ánimo de privilegiar otros principios a saber: igualdad,

imparcialidad, selección objetiva, publicidad, participación, responsabilidad, transparencia y debido proceso ( p. 57).

Desde esta perspectiva podríamos decir que la aplicación del principio de planeación implica mayores cargas para la entidad especialmente cuando la entidad tiene que valerse de la colaboración de terceros para la realización de los estudios previos, sin embargo no podemos limitar el principio de económica únicamente en términos de tiempo, especialmente cuando se trata de asuntos que justifican tomarse el tiempo necesario para asegurar el éxito de la contratación, desde esta perspectiva vale la pena evaluar cada caso específico, y entender que la celeridad de los procesos no es sinónimo de hacer las cosas a la carrera o en el menor tiempo, sino en su justa medida, procurando siempre lo más favorable para el bien común.

Iniciar la contratación con estudios previos que aseguren el cumplimiento del principio de planeación como soporte de la observancia de los demás principios y disposiciones normativas, evita circunstancias adversas a la contratación pública, como procesos de selección fracasados o desiertos, contratos terminados anormalmente, perjuicios a los contratistas, descalabros al patrimonio público, afectación que nos vincula a todos como colectividad, en contravía de los verdaderos fines de la contratación que como bien lo indica Palacio (2003):“es concluir con la celebración del contrato para perseguir el objetivo que se propone el Estado con este mecanismo, que no es otra que la continua y eficiente prestación de los servicios” (p.82), contrariar esto da como resultado lo que por otra parte afirma Rodríguez-Tamayo (2015).

Lamentablemente la desatención de este fundamental y esencial principio de planeación, ha contribuido en forma desmedida a congestionar el aparato judicial y a impactar considerablemente los presupuestos de las entidades públicas. Lo anterior ha llevado al Consejo de Estado a que bajo el título de “Admonición a la entidad

pública contratante”, le recuerde a la administración en que consiste este principio y cuáles son las consecuencias de su desatención (p. 64).

### **1.3. HERRAMIENTAS DE LA PLANEACIÓN**

La planeación además de ser un principio de la actividad administrativa es una función de la administración, sobre este aspecto se ha pronunciado la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-292 de (2015):

La jurisprudencia de esta corporación, ha destacado la relevancia constitucional de la planeación en el orden jurídico colombiano. Ha indicado al respecto que implica un proceso de estudio y programación de las directrices macroeconómicas necesarias que permiten al Estado cumplir en forma oportuna y adecuada con las políticas básicas de todo Gobierno, como son entre otros, el empleo, la vivienda, el desarrollo agrícola, la industria, el servicio de la deuda y cambios internacionales, la conducción del sector financiero, y, en general, todos los aspectos que permiten el desarrollo de un país dentro de parámetros ciertos (p. 15).

Así como se ilustra en esta misma sentencia:, el marco general para el ejercicio de la función de planeación se encuentra plasmado en los artículos 151, 342, 339, 300.2 y 313 numeral 2° de la Carta (Sentencias C-557 de 2000, reiterada en C-077 de 2012). En tanto que las cuestiones específicas sobre los instrumentos de planificación se encuentran regulados en el Título XII, Capítulo 2 de la Constitución (De los planes de desarrollo, artículos 339 a 344), y en el Capítulo 3 ib. (Del presupuesto, artículos 345 a 355). Frente al régimen aplicable la Ley del Plan.



De conformidad con los fundamentos de la Corte, la función de planeación de la administración debe empatar con la aplicación del principio de planeación al momento de materializar sus políticas de gobierno y los planes de desarrollo, a través de la contratación pública, no se puede segregar las herramientas de la función administrativa como en este caso los planes de desarrollo y las políticas de buen gobierno, frente a las herramientas del principio de planeación como orientador de la función administrativa aplicados a la contratación del Estado.

Las herramientas del principio de planeación conforman la etapa precontractual del contrato específico, esto es la etapa también denominada “previa”, que según la doctrina, en palabras de Güecha (2010):

La etapa previa del contrato administrativo, implica de manera sustancial la planeación del mismo, lo que lleva a la administración a realizar un sinnúmero de actividades tendientes a que el procedimiento de contratación se desarrolle en condiciones óptimas y así, se pueda cumplir el fin que se persigue con su celebración. En efecto, el contrato administrativo, debe ser el resultado de una actuación seria de la administración, que se origina con una adecuada planeación, la cual determina una preparación que comienza inclusive, con antelación a la decisión de la administración de celebrar el contrato. (p. 87)

Según Solano (2010)

La etapa pre contractual, conocida también como etapa previa, preparatoria o de formación de los contratos administrativos. Las formalidades (esenciales e integrales) que preceden a la celebración de los contratos, siguiendo al tratadista Rafael Biels, propenden, en primer lugar, a asegurar la legalidad, moralidad y conveniencia de la contratación y la concurrencia de las propuestas u ofertas, de quienes

estén interesados en el proceso de selección como contratistas; en segundo lugar, a limitar la discrecionalidad de la administración por razones de orden jurídico (p.. 180).

En la etapa previa la entidad cuenta que las siguientes herramientas de planeación:  
a) el Plan anual de adquisiciones, contemplado en el artículo 2.2.1.1.1.4.1. del Decreto 1082 de (2015)

**Artículo 2.2.1.1.1.4.1. Plan Anual de Adquisiciones.** Las Entidades Estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará el Proceso de Contratación. Colombia Compra Eficiente establecerá los lineamientos y el formato que debe ser utilizado para elaborar el Plan Anual de Adquisiciones (pp. 7-8).

El cual a pesar de ser obligatoria su publicación, por todas las entidades, no obliga a las mismas a efectuar los procesos de adquisición que en él se enumeran, ni en los plazos señalados y admite la actualización del mismo, resultando ser una herramienta útil apenas para hacer un reconocimiento y previsión de las necesidades de cada entidad, y un soporte para la realización del proceso de selección y para las apropiaciones presupuestales, b) Los estudios y documentos

previos, precisamente el tema que inspiró la presente disertación, y que se estudia a continuación, y c) Los pliegos de condiciones o términos de referencia, que se derivan de los anteriores.

Aunque todas las herramientas del Principio de Planeación tienen gran relevancia en la contratación pública, la de mayor incidencia en el desarrollo de la contratación, son los documentos y estudios previos, los cuales constituyen el primer hecho generador de confianza, pues en ellos se fundamentan los pliegos de condiciones y el resto de etapas del proceso.

## **2 ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS DEL PROCESO DE SELECCIÓN.**

### **2.1 DEFINICIÓN Y JUSTIFICACIÓN.**

El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de (2015) define los estudios y documentos previos como el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato, los cuales por disposición de esta misma norma deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los elementos mínimos que se mencionan más adelante, esto confirma el papel tan importante de los estudios previos como determinantes para conocer oportunamente los alcances técnicos y económicos del futuro contrato.

Los estudios y documentos previos se consideran un factor determinante para el cumplimiento del objeto y la satisfacción de la necesidad para la cual se ha desarrollado el proceso, de forma exitosa, Acostamadiedo (2014 los define como “los análisis que sirven de soporte para dar inicio al proceso de contratación y para elaborar el proyecto de pliego de condiciones y los pliegos definitivos, cuando procedan, así como el contrato respectivo”. (p` . 65).

Según Cuello (2009):

Los estudios previos en toda clase de contratos van enfocados a demostrar la necesidad del gasto y su oportunidad. Es posible que la necesidad exista, pero la oportunidad y la conveniencia del gasto no sea tan urgente, pues en el ámbito de la racionalidad del presupuesto, se puede dar la necesidad de aplazar el proyecto y de sustituirlo por otro más prioritario, aplicando el principio: primero lo primero (p. 142).

Los estudios previos son el proyecto del contrato, donde se plasma lo que podría llamarse una promesa de las cláusulas y prestaciones que conformaran el futuro contrato, por eso a partir de su publicación pasan a ser parte integral del contrato, y ley para las partes, significando en el mundo jurídico actos generadores de obligaciones, y consecuentemente dan lugar a distintos tipos de responsabilidad.

La responsabilidad relacionada con contratos estatales no solamente se refiere a la etapa contractual y post contractual sino también a la etapa precontractual, donde muchos doctrinantes han identificado lo que denominan responsabilidad precontractual, así por ejemplo BORJA (2009) hace referencia a este fenómeno diciendo:

Cuando se percibe una necesidad pública surge la idea de celebrar un contrato para satisfacerla y se procede a ejecutar un conjunto de acciones tendientes a precisar las características de esa futura relación contractual y a adoptar el procedimiento adecuado para seleccionar al contratista. Esta etapa culmina con la celebración del respectivo negocio jurídico. El recorrido previo al perfeccionamiento del contrato se denomina precontractual y por lo tanto, a la responsabilidad que pueda surgir por los daños que se causan durante este lapso, se le suele llamar “responsabilidad precontractual (p. 173)

## 2.2 MARCO NORMATIVO

El fundamento normativo de los estudios previos lo encontramos desde los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, artículo 8, Inciso 3., y artículo 2.2.1.1.2.1.1., 2.2.1.2.1.5.1. y 2.2.1.2.1.4.3. del Decreto 1082 de 2015, en primera medida la Ley 80 de 1993, en el artículo 25, cuando se refiere al principio de económica nos indica que la entidad debe analizar con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, así mismo en el numeral 12 nos indica que con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones.

La tarea de elaborar los estudios y documentos previos es un acto unilateral a cargo de la entidad, según lo dispone el artículo 25 de la ley 80 de 1993, el Artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, según Gómez (2013) el presente artículo dispone la exigencia de la entidad de contar, con la debida antelación a la apertura del proceso o a la firma del contrato, con todos los documentos que permitan a los posibles proponentes construir una propuesta que satisfaga las reales necesidades de la misma Así las cosas resulta oportuno analizar cada uno de los elementos que componen los estudios previos, bajo el entendido de que son una herramienta del principio de planeación con la cual se busca garantizar que el contrato desde su etapa previa cuente con las bases suficientes para llegar a cumplir los fines de la contratación y especialmente los fines del estado.

El objetivo de los estudios y documentos previos radica en advertir o dar a conocer los alcances del futuro contrato, desde el punto de vista jurídico, técnico, y

económico, de tal forma que el proponente o eventual contratista tenga la oportunidad para analizar y estimar adecuadamente el requerimiento y la necesidad de la entidad, para proyectar una oferta de forma seria y consciente de los riesgos y condiciones de modo, tiempo, lugar y demás especificaciones a las que se obliga con la presentación de la misma, así mismo los estudios previos permiten ver desde el análisis económico, si los precios ponderados, o valores de referencia tomados para la entidad corresponden a valores actuales del mercado, y si guardan proporcionalidad con las especificaciones técnicas solicitadas, pues suelen presentarse casos en los que las entidades hacen los estudios previos como una mera formalidad para cumplir con lo exigido en la norma, exigiendo en muchos casos especificaciones técnicas que nada tienen que ver con los precios de estudios de mercado, o exigen condiciones que no fueron contempladas ni planificadas debidamente dentro de los mismos para establecer el presupuesto y las prestaciones a cargo de los oferentes y contratistas.

Según Suárez (2014)

La finalidad de los estudios previos, desde la perspectiva de la entidad, permiten establecer los elementos básicos de la contratación a realizar y desde la perspectiva de los proponentes, en atención a que los documentos previos son públicos de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego ya que deben estar a disposición durante todo el proceso de selección, los mismos permiten una participación activa de los proponentes en el diseño del contrato a celebrar y en las condiciones mismas de la competencia. Desde luego, a esa mayor capacidad de interlocución de los proponentes en el proceso se corresponde la exigencia de una mayor carga de diligencia a los mismos, en particular, en lo relativo a su participación en la distribución de riesgos como se deriva de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 (p. 2).

Tratándose de procesos de selección abiertos al público por regla general como la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada (menor cuantía o subasta), y la mínima cuantía, la entidad en un primer acto con el que da inicio al proceso de selección debe hacer públicos necesariamente los documentos y estudios previos junto con el proyecto de pliego de condiciones (borrador) o la invitación pública, a través del portal de contratación de la entidad y a través del portal único de contratación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co), salvo las excepciones previstas en el artículo 2.2.1.2.1.4.3. del Decreto 1082 de 2015, a partir de que se hace público el documento los interesados en participar (potenciales oferentes), tienen la oportunidad para analizar, revisar, hacer cálculos, comprobar por su propia cuenta si la información plasmada por la entidad en dichos documentos es real, y corresponde a las condiciones actuales del mercado, es a partir de ese momento que se pueden presentar las inconformidades o advertir a la entidad sobre posibles defectos en la planeación, para lo cual es importante estudiar cada uno de los elementos que componen los estudios previos.

## **2.3. ELEMENTOS DE LOS ESTUDIOS PREVIOS.**

Cuando se hacía referencia al alcance del principio de planeación, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se hacía mención a los aspectos incluidos en los estudios y análisis previos, dichos aspectos contenidos en la jurisprudencia se encuentran consagrados en ocho elementos establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. Del Decreto 1082 de 2015, según el cual, los estudios y documentos previos deben contener como mínimo los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección. Es importante tener en cuenta que todos los elementos que en seguida se mencionan están consecuentemente relacionados entre sí en la medida en que progresivamente de van dando uno a partir del otro:

**2.3.1 La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación.** En este aspecto se debe hacer la descripción de la necesidad que da lugar a que se adelante el proceso de selección, asociada directamente a los objetivos que se pretenden cumplir, es la justificación de que con el proceso de selección y el eventual contrato se prevé, dar solución a una problemática, carencia o necesidad objetivamente identificada en la comunidad o el grupo de personas a quienes se dirige, acreditando que la contratación no es producto de la improvisación o el afán por agotar los recursos, sino que se encuentra sustentada y verdaderamente planificada desde la proyección del plan de desarrollo de la entidad, esto no corresponde al objeto del contrato sino a aquello que se quiere conseguir con el mismo.

Este primer punto de los estudios previos implica mucho más que la simple descripción de la necesidad, en esta primera parte del documento se encuentra el fundamento de los que serán las prestaciones contractuales a convenir, el objeto del contrato, la necesidad es el verdadero origen del contrato, no tendría un objeto y una causa lícita un contrato que no responda a una necesidad real y de interés



general, esto por sí mismo le exige a la entidad conocer muy bien las necesidades del entorno, incluso consultar, hacer un trabajo de investigación previo con el cual se hayan definido las prioridades en relación con la prestación de los servicios públicos a favor de la comunidad y demás derechos de los cuales es garante la administración, es solo a partir de la delimitación de la necesidad que se puede estructurar correctamente el objeto del contrato.

**2.3.2 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.** El objeto del contrato debe ser producto de la necesidad que la entidad pretende satisfacer, es un aspecto sustancial del proceso de selección, el cual no se puede modificar durante el desarrollo del proceso, se supone plenamente identificado y definido por la entidad en la etapa previa a la apertura del proceso y constituye un elemento de existencia y validez del futuro contrato, que debe estar orientado al cumplimiento de los fines estatales y encaminado a satisfacer el interés de la colectividad, como se explicaba en la primera parte de este trabajo. El objeto del contrato comprende la descripción detallada de las especificaciones del bien o servicio así como los permisos y licencias requeridos para la ejecución de acuerdo a la naturaleza del mismo, siendo este también un factor relevante para la escogencia del proceso de selección aplicable.

En el caso del contrato de obra, cuando se requiere diseño y construcción, la norma menciona la posibilidad de contratarlos en un solo objeto, Según Suarez (2014):

Resulta legalmente posible que se contrate en un mismo proceso el diseño de la obra y su ejecución, en la medida en que los estudios previos realizados por la entidad soporten esa necesidad, con fundamento en que el propósito de la contratación y de la ejecución del contrato es el cumplimiento de los fines estatales, que las

actuaciones estatales se deben llevar a cabo con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad (P. 6).

No obstante lo anterior, el hecho de que la entidad tenga la posibilidad de contratar en un solo acto diseño y ejecución de la obra, no la exonera de realizar los estudios y análisis de factibilidad, necesarios para asegurarse de la viabilidad del contrato, especialmente en los contratos de obra, por su impacto social, económico, ambiental y demás aspectos relevantes para establecer claramente la forma idónea como se va a satisfacer la necesidad, es decir, lo que la entidad desea obtener, esto en cumplimiento del principio de planeación, en el sentido que lo indica Escobar Gil (1999)

Antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación, la entidad contratante debe realizar una serie de estudios de distinta índole, con el objeto de determinar la conveniencia, y viabilidad del contrato proyectado y las condiciones del mismo. Es natural que antes de iniciar los procesos de contratación de obras, las entidades oficiales ausculten las necesidades de la comunidad y establezcan planes y programas para la ejecución coherente y racional de los trabajos (p. 127).

El Consejo de Estado ha explicado muy bien el principio de planeación en relación con este aspecto en algunos casos de contractuales y demandas de nulidad sobre las que ha avocado conocimiento, según la teoría del Consejo de Estado una primera etapa del principio de planeación se centra en el reconocimiento de la necesidad de celebrar el contrato, pero dicha necesidad depende justamente de la carencia de algún bien, obra o servicio a favor de la comunidad o a cargo de la entidad, si la entidad conoce de dicha necesidad debe empezar por estudiar la posibilidad o viabilidad de ser resuelta, a través de la contratación de un bien obra o servicio según el caso, lo que significa que los administrados pueden presumir

que la entidad antes de hacer público el proceso de selección ya ha realizado los estudios de factibilidad, y se tiene un grado de certeza de que lo que se va a contratar es realizable, y el objeto del contrato así como la forma de seleccionar al contratista cumplirán el fin de la contratación. La mayor incidencia de los estudios de factibilidad se ve reflejada en los contratos de obra, escenario dentro del cual se presentan la mayor cantidad de controversias y disputas entre contratistas y entidades por falta de planeación.

Según Matallana (2015):

Consideramos que la principal modificación del principio de planeación ya consagrada en la Ley 80 de 1993, es la obligación por parte de las entidades estatales de tener sus propios diseños (en fase de factibilidad por lo menos), así quiera contratar diseños y construcción simultáneamente. Por otra parte como siempre las concesiones viales tuvieron problemas asociados a la liberación de predios destinados al proyecto, esta reforma pretendió otorgar un mecanismo ágil a dicha situación proponiendo términos muy cortos para definir los terrenos de utilidad pública, la declaración de utilidad pública, el avalúo comercial de los predios afectados y finalmente el desalojo cuando el particular se niegue a vender de manera voluntaria (p. ).

No significa lo anterior que el contrato de obra sea el único en el que se presentan inconvenientes por la falta de estudios serios sobre la viabilidad del objeto a ejecutar, por ejemplo en contratos de compraventa o suministro es común encontrar que las entidades muchas veces copian de otros procesos similares, las características técnicas de productos que desean adquirir pero que fácilmente ya fueron discontinuados y que no se encuentran en el mercado o que no corresponden al presupuesto del proceso, situación que de no ser advertida por el oferente a tiempo o corregida por la entidad desencadenan el desequilibrio del

contrato, en la medida en que el oferente adquiere obligaciones de imposible cumplimiento para con la entidad.

**2.3.3 La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.** En los estudios previos la entidad debe justificar la modalidad de selección aplicable, y exponer los fundamentos jurídicos que sustentan la aplicación de esta, teniendo en cuenta los factores para ello, como la cuantía del contrato a celebrar, la naturaleza del contrato y las características de los bienes o servicios a adquirir, toda vez que como lo explica Acostamado

Un error en este punto no solo ocasionaría graves perjuicios a la entidad que, al no evaluar de manera correcta los ofrecimientos, tal vez adquirirá productos que no satisfagan sus necesidades identificadas o que lo hagan a costos muy superiores a los proyectados, lo cual podría conllevar a una nulidad absoluta del contrato que no cumple con los fines de la contratación estatal (p.82).

El proceso de selección es la primera etapa en la cual se origina el contrato, el momento donde cobran vigencia los estudios previos, según Vidal y Molina (2016): “En esta primera fase del nacimiento del vínculo contractual se dan cita ciertas nociones sobre la expresión de la voluntad administrativa y sobre la selección del contratista por parte de la administración” (p. 398).

En esta etapa de formación del contrato es donde se define lo que será el futuro contrato, es esta la oportunidad con la que cuentan las entidades para acudir a las herramientas de la planeación y proyectar cada paso y etapa del proceso de selección con base en análisis y estudios elaborados responsable y objetivamente, de tal manera que la configuración de cada uno de los elementos del contrato se fundamente en razones legítimas y claras con vocación para suplir las necesidades de la entidad y asegurar los objetivos del proceso de contratación.

El principio de planeación se ve reflejado en la escogencia de la modalidad de selección idónea, en la medida en que le permita a la entidad lograr adhesión entre el objeto del contrato y el criterio de escogencia, su justificación no consiste simplemente en enunciar las normas que regulan determinado proceso de selección, pues no basta con que se aplique un modelo de selección de los que establece la Ley, es necesario que dicho modelo de selección tenga la vocación para alcanzar las mejores aspiraciones de la entidad, el bien común sin afectar la libertad de concurrencia de los interesados que teniendo la capacidad para ejecutar el contrato, ven frustrada su participación en el mismo.

Los avances normativos en materia de selección de contratistas han sido más generosos en los últimos años, principalmente la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 el Decreto 1082 de 2015, y los manuales que la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente (s.f.) ha adoptado con fundamentos en dichas normas, buscan evitar equivocaciones por parte de las entidades a la hora de establecer las modalidades de selección que por regla general se utilizan actualmente (la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa, y la mínima cuantía) así como los criterios para su aplicación, estos avances normativos han permitido aumentar los niveles de transparencia de la contratación, en la medida en que todos procuran preservar la selección objetiva, lo cual, cuando se cumple en debida forma, favorece tanto a los oferentes como a la entidad, por un lado se garantizan los derechos de los interesados en participar en los procesos de escogencia y por el otro la entidad tiene la oportunidad de contratar con el oferente más idóneo que le ofrezca las mejores condiciones de calidad y cumplimiento del contrato.

**2.3.4 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.

Este es uno de los puntos más agudos y que mayores tropiezos genera en el cumplimiento del contrato cuando no se hace aplicación del principio de planeación en debida forma para su confección, para empezar el artículo 2.2.1.1.2.1.1. Del Decreto 1082 de 2015, no señaló de manera expresa la inclusión del estudio del mercado y estudios del sector como elemento integrante de los estudios previos, sin embargo, este es un aspecto que debe inferirse del espíritu de la norma y que resulta muy útil especialmente en lo que tiene que ver con la determinación del valor del contrato o el presupuesto oficial del proceso, pues siendo este un aspecto tan determinante para el éxito del proceso de selección y del contrato, la ley no especifica los mecanismos sobre los cuales la entidad debe basarse para estimar el valor del contrato, tan solo le ordena justificarlo e incluir la forma como se hizo el cálculo pero no le otorga criterios específicos para hacerlo, por eso es común ver a diario, que se publican estudios previos con un presupuesto desproporcional y totalmente alejado del objeto del proceso, sin justificación alguna, o con justificaciones que parecen apuntes de clase de economía universal, muchas veces copiadas de internet, o con datos abstractos sobre el mercado pero que nada tienen ver con el proceso en particular.

El estudio de mercado deberá interesarse sobre qué requisitos habilitantes deberían exigirse a los interesados vistas las características de los “jugadores” en este mercado; cuáles los parámetros usuales de calidad de los productos; cuales las

condiciones en que normalmente los oferentes ejecutan las prestaciones que supone el contrato; cuáles son los factores de riesgo ajenos a las partes que podrían alterar la equivalencia de las prestaciones durante la ejecución del contrato; cuáles las condiciones que usualmente acuerdan las entidades estatales para ese mismo tipo de objeto; etc.(Suárez, 2014, p. 4).

Una cosa es lo que dice la Ley y otra la realidad del asunto económico, cuanto más cerca de la práctica comercial llegue la entidad, más garantías abona para el cumplimiento del contrato.

El deber de la entidad de hacer el estudio del sector y del mercado se desprende del Decreto 1082 de 2015, según el cual

La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso (Artículo 2.2.1.1.1.6.1., del Decreto 1082 de 2015).

El estudio del sector y estudio del mercado debe incluirse en el estudio previo, sobre este aspecto particular la Agencia Colombia Compra Eficiente (s.f). ha puesto a disposición de las entidades Estatales y contratistas la guía *G-EES-02 Guía para la Elaboración de Estudios de Sector*, en la cual se detalla la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del Riesgo, que inspiran la norma anteriormente mencionada.

Para Rodríguez- Tamayo (2015):

El análisis del sector debe cubrir tres aspectos esenciales del mercado, a saber: (i) aspectos generales; (ii) estudio de demanda; y (iii) estudio de oferta. Colombia compra eficiente desarrolló cada uno de estos aspectos en la guía para efectuar tales estudios donde se indican cada uno de los elementos que se deben considerar al momento de estructurar un proceso de contratación (p 64).

Muchas entidades fallan en este aspecto, dando lugar a situaciones adversas al equilibrio económico del contrato, como por ejemplo, obras que quedan sin presupuesto a mitad de ejecución, sobrecostos para las partes, pagos exagerados por parte de las entidades, procesos desiertos por presupuesto insuficiente, entre muchas otras, hay escenarios en los cuales las entidades por ejemplo para la compra de bienes se limitan a solicitar cotizaciones que en la mayoría de los casos no son atendidas por personas dedicadas al comercio de los mismos, sino por contratistas que inflan los precios de los productos buscando obligar a la entidad por precios más altos, muchas veces desproporcionados persiguiendo una mayor utilidad, otra forma fácil pero poco confiable a la que acuden las entidades es tomar precios históricos, de contrataciones anteriores, sin tener en cuenta las variaciones reales en los precios del mercado. Estimar el presupuesto es una labor que las entidades deben asumir con más dedicación especialmente ahora que en aplicación del principio de planeación la Ley ha optado por brindarle tanto a entidades como a contratistas guías detalladas para desarrollar esta tarea como las mencionadas anteriormente.

Por otra parte la estimación del valor del contrato con fundamento en estudios del mercado, objetivos y confiables, constituye además la herramienta para la aplicación del artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, en relación con la oferta con valor artificialmente bajo, pues de otra manera la entidad no podría conocer cuando el valor de la oferta sobre la cual tuvo dudas, responde a



circunstancias objetivas del mercado que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato, si este es adjudicado a tal oferta o si definitivamente debe optar por el rechazo de la misma.

La norma a su vez menciona dos excepciones en este sentido, en relación con el concurso de méritos y el contrato de concesión, se establece que no se deberá publicar las variables para calcular el valor estimado del contrato en el primer caso, y tampoco se deberá publicar el modelo financiero utilizado para la estructuración de las concesiones, esto en procura de buscar la mayor conveniencia para la entidad estimulando la sana competencia y la concurrencia de oferentes con propuestas serias y confiables para la entidad, no obstante, vale la pena aclarar la norma únicamente exonera a la entidad del acto de “publicación”, lo cual no quiere decir que no se tenga que realizar, pues la entidad si debe contar el estudio y los respectivos soportes, lo que quiere decir que la excepción no cobija el principio de planeación pues este es de obligatoria aplicación en todos los procesos de selección.

**2.3.5 Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.** En cumplimiento de los principios rectores de la contratación estatal, especialmente el de selección objetiva, el desarrollo de los diferentes procesos de selección deben establecer los diferentes factores de selección para escoger la oferta más favorable, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y el Artículo 2.2.1.1.2.2.2., del Decreto 1082 de 2015. Esta información debe incluirse en los estudios previos del proceso y aunque no es un mandato legal el tener que justificarlo, también es importante que el mismo se justifique para dejar constancia de la aplicación adecuada de los criterios de escogencia conforme a los preceptos legales.

Desde el punto de vista de los procesos de selección, de manera enunciativa se encuentran como los principales factores de escogencia, sin perjuicio de las

disposiciones especiales para algunas modalidades de selección, la ponderación técnica, económica y de apoyo a la industria nacional, Ley 816 de (2002) para los procesos de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, el menor precio para el caso de la selección abreviada por subasta inversa y mínima cuantía, la calidad, experiencia específica para el caso del concurso de méritos y la idoneidad, formación académica, experiencia profesional, para los eventos en que resulte aplicable en los procesos de contratación directa.

Este aspecto tiene una relación de dependencia con el proceso de selección aplicable, sin perder de vista la adhesión con el objeto del contrato, cuando se hace referencia a factor de selección o de escogencia, se habla de los aspectos que otorgan puntaje a los oferentes dentro del proceso de selección, estos aspectos son los que en últimas le permiten a la entidad hacer la comparación de las propuestas, escoger el oferente ganador del concurso, dichos factores por otorgar puntaje no pueden subsanarse después de presentada la oferta, a diferencia de los requisitos habilitantes del proceso que se refieren a aquellos documentos y requisitos mínimos de orden jurídico, técnico, de experiencia, financiero y organizacional que deben cumplir los oferentes para poder resultar habilitados dentro del proceso, estos últimos si pueden ser subsanados en el transcurso del proceso hasta antes de la adjudicación o de la subasta en el caso de los procesos de subasta inversa, siempre y cuando no otorguen puntaje dentro del proceso específico.

Al respecto sobre la escogencia de la oferta más favorable el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, dice que es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, indicando para el caso de la licitación pública y la selección abreviada menor cuantía, que en los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: (a) La ponderación de los

elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o (b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. Esta regla se encuentra reglamentada en concordancia con el artículo 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015.

Aquí una vez más se reitera la necesidad de que el factor de escogencia se corresponda con el objeto del contrato, siendo la premisa fundamental de todo esto la favorabilidad para la entidad y para el interés general, esto no es posible solamente con la legalidad, es necesario desmenuzar el proceso y considerarlos de manera integral, por eso la importancia de que la entidad analice y confecciones los estudios previos teniendo en cuenta todos y cada uno de sus elementos.

**2.3.6 El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.** El manejo del riesgo es un tema que amerita todo un trabajo de investigación dedicado a este solo punto, el presente trabajo solo contiene algunos aspectos generales, al respecto cabe citar lo que dice Acostamadiedo (2014):

Este elemento de los estudios previos busca respetar y conservar la conmutatividad de los contratos, es decir, las prestaciones equivalentes y recíprocas para las partes, sin tener que acudir para ello al restablecimiento de equilibrio económico del contrato. Así las cosas, mediante el análisis del riesgo se regulan contractualmente aquellos eventos que podrían tener lugar durante la ejecución del contrato y que, de no estar regulados contractualmente, darían lugar a un pleito para restablecer tal conmutatividad de los contratos(p. 93).

Muñoz (2015) en su obra hacen mención

Frente al riesgo podemos destacar que en el contrato estatal, como en cualquier acuerdo de voluntades, cada una de las partes espera su pago y cada una debe cumplir conforme a los compromisos adquiridos. Una de las posibilidades, es que alguna de esas obligaciones no se cumpla, por lo que se debe tener presente la teoría del riesgo en los contratos, donde se señala que no se puede medir con el mismo criterio todos los incumplimientos que se puedan generar, pues si bien existen situaciones donde el deudor incumplido obra de mala fe, también existen otras donde la ausencia o imperfección del pago se derivan de situaciones ajenas a la voluntad del deudor (p. 293).

El análisis de riesgo es la mayor expresión previsiva y preventiva en el proceso de formación de un contrato, tomando como referencia la definición del artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, riesgo es un “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato” (p, 6). esta definición refiere posibles eventualidades que pueden llegar a ocurrir, y que resultan adversas en el desarrollo del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato, esto quiere decir que los riesgos deben estar comprendidos desde la apertura del proceso de selección hasta la finalización del contrato, comprendiendo todas las etapas del contrato. Sobre la estimación, tipificación, y asignación de riesgos es importante profundizar en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, para materializar lo ordenado en la norma anteriormente mencionada, el gobierno nacional después de que se utilizaba como herramienta para tal fin, el documento Conpes del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), le otorgó a la agencia Colombia Compra Eficiente la tarea de “diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura”, función que se concretó mediante el artículo 2.2.1.1.1.6.3. del Decreto 1082 de 2015, según el cual, 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 (s.f), en cumplimiento de lo dispuesto en esta norma se expidió el *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación M-ICR-01*.

El protagonismo del Principio de Planeación en la estimación, tipificación y asignación de riesgos no puede ser menos, considerando la relevancia pública de los efectos de la actividad contractual, en derecho “el mejor contrato es aquel en el que se sabe que sucede cuando las partes incumplen”, analógicamente en la contratación estatal esta frase cobra sentido en la medida en que prever potenciales eventualidades y establecer anticipadamente quien asume las consecuencias y las cargas en relación con dichas eventualidades, hacen del contrato estatal un contrato más completo para ambas partes, pero no solo lo correspondiente a las partes, también es necesario tener en cuenta aquellas situaciones que no están en manos de ninguna de ellas, y que se pueden generar inesperadamente por caso fortuito o fuerza mayor, aunque la entidad cuenta con otras herramientas para darle manejo a los riesgos, como las garantías de que trata el numeral siguiente, así como las potestades excepcionales al derecho común y demás potestades de la administración, tratándose de planeación sobre manejo del riesgo es más tolerable el exceso que el defecto por parte de la entidad, en la medida en que lo que se busca salvaguardar es la adecuada prestación del servicio público sin que el mismo se vea afectado.

Por su parte, los interesados en participar en los procesos de selección también tienen la posibilidad de asumir una posición activa en el trabajo de estimación, tipificación y asignación de riesgos, tan así que la norma otorga la oportunidad procesal para que los oferentes presenten sus observaciones al respecto dentro del plazo para presentar observaciones frente a los estudios previos, al proyecto de pliego, a los pliegos definitivos o la invitación en el caso de la mínima cuantía y en

algunos eventos la realización de la audiencia de asignación de riesgos, escenario para interactuar con la entidad y ejercer el derecho de contradicción exponiendo las inconformidades relacionadas con el manejo de los riesgos del contrato.

**2.3.7 Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.** Indiscutiblemente la exigencia de garantías es una consecuencia del análisis de riesgos, este aspecto fue reglamentado en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y a partir del artículo 2.2.1.2.3.1.1. Del Decreto 1082 de 2015, y adicional a ello Colombia compra eficiente también elaboro la guía de garantías en Procesos de Contratación, puesta a disposición del público a través del SECOP.

“Las garantías son instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación” (Colombia Compra Eficiente, s.f, p. 7), .Aunque existen variados tipos de amparos según el tipo de contrato de que se trate, hoy solo existen tres tipos de garantías que los oferentes o contratistas pueden otorgar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y estas son: (i) el contrato de seguro contenido en una póliza, que comúnmente es el más utilizado, (ii) el patrimonio autónomo, y (iii) la garantía bancaria, todo ello se encuentra muy bien ilustrado en los documentos de referencia mencionados. En la práctica el mecanismo más utilizado es el contrato de seguro, representado en una la póliza de cumplimiento.

Las garantías pueden amparar el proceso de selección (garantía de seriedad de la oferta), o amparar el contrato (garantía de cumplimiento), en algunos procesos de selección se exigen las dos, en otros solo se exige garantía única de cumplimiento y en algunos no se pide ninguna, según lo considere la entidad y lo permita la Ley, la utilización de este mecanismo para mitigar el riesgo depende de la modalidad de selección, la cuantía del proceso, el objeto del contrato, variables que responden a los riesgos que cada contrato específico representa, sin embargo, esta como toda regla tiene sus excepciones, la misma Ley 1150 de 2007 en su artículo 7 establece que las entidades

No están obligadas a exigir garantías en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento (p. 2).

Como se ilustra en aplicación del Principio de Planeación es obligación de la entidad contemplar las garantías que amparen el proceso de selección y el contrato, de manera acorde a los riesgos de cada contrato, aspecto que debe quedar establecido en los estudios y documentos previos, incluyendo no solamente el tipo de garantía sino el monto y vigencia de la misma, en el caso de la seriedad de oferta, que va desde la presentación de la oferta hasta el perfeccionamiento del contrato, incluyendo el otorgamiento de la garantía de seriedad de cumplimiento que cobra vigencia desde que se perfecciona el contrato y se extiende mínimo 4 meses después del plazo de ejecución, término que dispone la Ley para la liquidación bilateral del contrato.

**2.3.8 La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.** El artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, acoge como definición de Acuerdos Comerciales, “los tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para: (i) los bienes y servicios de origen colombiano y (ii) los proveedores colombianos” (p. 6).

Sobre este particular la agencia Colombiana Colombia Compra Eficiente, a elaborado el Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación M-MACPC-11, el cual incluye una serie de elementos y aspectos que

van mucho más allá de una simple indicación de acuerdos comerciales, este es un documento muy completo que habla de la importancia de los acuerdos comerciales para el sistema de compra pública, los acuerdos comerciales existentes actualmente para Colombia, el contenido de dichos acuerdos comerciales, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta por las entidades estatales bien sean de nivel municipal, departamental o nacional, los deberes que surgen para la entidad a partir de la cobertura del acuerdo, y las excepciones a la aplicación de los mismos.

Sin perjuicio de lo anterior es oportuno mencionar uno de los principios rectores de la contratación que tiene que ver con este aspecto, y es el principio de reciprocidad, el cual a la luz del Artículo 20 de la Ley 80 de 1993, Según este artículo la falta de inclusión de la regla de reciprocidad en acuerdos internacionales con el país de origen de oferentes extranjeros no es un impedimento para que puedan participar en procesos contractuales de la nación, pues tienen derecho a recibir un trato igualitario siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes colombianos gocen de iguales oportunidades, Colombia es una economía atractiva ante los ojos de los extranjeros, y las normas son garantistas de la integración comercial de oferentes extranjeros incluso en la contratación pública, aún sin la existencia de tratados internacionales que así los dispongan, mediante la aplicación del principio de reciprocidad, siempre y cuando en los países extranjeros se les de las mismas oportunidades a los oferentes Colombianos que pretendan ofertar bienes de origen nacional.

Los ocho aspectos mencionados anteriormente son los requisitos que debe cumplir y plasmar la entidad en el documento de estudios y documentos previos según el actual Decreto reglamentario 1082 de 2015, se conciben como mandatos legales de obligatorio cumplimiento, corresponde a los interesados en participar en el proceso de selección ser los primeros llamados a analizar y corroborar que los mismos sean desarrollados de conformidad con la Ley, sin perjuicio de que para algunas modalidades de selección la ley disponga requisitos adicionales o más



simplificados como en el artículo 2.2.1.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015, para los procesos de mínima cuantía. Al fin de cuentas, los estudios previos sea cual sea la modalidad de selección aplicable constituyen el eje fundamental, el primer paso que determina el éxito o el fracaso del proceso de contratación y del contrato que se dé como consecuencia del mismo.

La buena gestión pública implica que cuando una entidad abre un proceso de contratación, la premisa fundamental es celebrar y ejecutar el contrato de manera exitosa sin interrupciones o controversias durante el mismo, de esta manera se puede entender cumplido a satisfacción el deber funcional de la entidad, sin embargo esto solo se puede lograr si la entidad atiende los mandatos de la planeación, especialmente los consagrados en el artículo 25 del estatuto de contratación, inmersos en el principio de economía, esto es dicho en palabras de Rodríguez- Tamayo (2015):

El principio de economía en la actividad contractual tiene un marcado propósito de planeación económica, financiera y presupuestal del contrato estatal, a su lado y en forma concomitante, la planeación ocupa un lugar preponderante. La gran mayoría de controversias contractuales tienen su origen en la desatención del mencionado principio rector del régimen de contratación pública (p 59).

Si entidades y contratistas asumen con diligencia y buena fe la aplicación del principio de planeación, todas las partes salen ganando, evitando procesos judiciales dispendiosos y costosos, salvaguardando el patrimonio público que muchas veces es el que más se ve afectado, especialmente con las demandas contra las entidades estatales, por circunstancia originadas en la falta de planeación que mayoritariamente son resueltas de manera desfavorable para la entidad, en la medida en que la carga de planeación radica en un principio en cabeza de la administración.

### **3 EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN.**

La aplicación del principio de planeación no es un acto aislado, sino por el contrario, es parte de una aplicación sistemática del derecho contractual público, integrando leyes y principios de la contratación, lo expuesto por el Consejo de Estado relaciona el Principio de Planeación con la protección de la de buena fe, igualdad, equilibrio entre prestaciones (Art. 28 Ley 80 de 1993), responsabilidad ( (Numeral 3 Artículo 26 de la Ley 80 de 199), y especialmente a manera de ejemplo, un principio cercano a la planeación y bastante controvertido en la jurisprudencia, esto es, la confianza legítima.

### 3.1 PLANEACIÓN Y CONFIANZA LEGÍTIMA

La confianza empieza con la planeación, porque la entidad cuando proyecta cada uno de los aspectos comprendidos dentro del alcance del principio de planeación, genera expectativas a favor de los administrados y de aquellos interesados en participar en el proceso de selección, de esta manera bajo los postulados de la buena fe, dichas expectativas se hacen legítimas en la medida en que le generan al futuro proponente un ambiente de confianza, y aunque dicha situación no lo exonera de realizar sus propios análisis para elaborar su propuesta, resulta exigible a la entidad como directora del proceso, una actuación diligente y objetiva que brinde seguridad a los administrados que incurren en gastos desde que despliegan sus actuaciones encaminadas a contratar sobre la base de que la entidad hizo cálculos proporcionales suficientes que sustentan que el monto de los recursos garantizados es acorde a los costos y demás condiciones técnicas y del mercado, evitando tener que realizar cambios repentinos durante el desarrollo del proceso que afecten el equilibrio contractual o imposibiliten su cumplimiento por parte del contratista ó hagan necesario el uso de facultades exorbitantes en la ejecución del contrato, que afecten a la entidad misma, al interés general, y que eventualmente causen perjuicios al oferente o contratista o a la entidad, o den lugar a enriquecimiento sin causa por alguna de las partes, vulnerando el principio de confianza legítima.

Viana-Cleves (2007) en su libro de “El principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo”, construye una definición de las expectativas legítimas integrando los conceptos de Molina y González en la que dice que:

Las expectativas legítimas son aquellas esperanzas que surgen a favor de un particular y que se fundamentan en signos externos o en bases objetivas, lo suficientemente concluyentes para que orienten al ciudadano hacia una determinada conducta, y para que cualquier

observador externo pueda reconocerlas y calibrar su dimensión objetivable (p. 210).

En otro aparte del libro, tomando como fundamento la Sentencia C-478 de 1998, refiriéndose a las expectativas objeto de protección para la corte, nos dice que las “expectativas legítimas son una suerte de expectativas que gozan de cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en lo que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo” (Viana-Cleves, 2007, p. 210). En este orden de ideas el principio de planeación también protege las expectativas legítimas que se generan con la contratación, en la medida en que garantizan su cabal cumplimiento, sin alterar el equilibrio contractual de la relación jurídica.

### **3.2 PLANEACIÓN Y EQUILIBRIO CONTRACTUAL**

Las afectaciones al equilibrio contractual no solamente se refieren al aspecto económico o financiero del contrato, debe entenderse como tal el mantenimiento de todas los derechos y obligaciones e incluso expectativas legítimas sobre las prestaciones derivados del mismo, en las condiciones previstas y acatadas desde el inicio del proceso, limitar el equilibrio contractual exclusivamente al aspecto financiero de la relación contractual, para Rico-Puerta (2005),

Desdibuja el verdadero marco obligacional de las partes intervinientes, puesto que precisamente los derechos y obligaciones de las partes constituyen el objeto del contrato. La regulación que ellas han convenido o que la Ley ha ordenado entender como integrante de la convención, marca los límites exactos de las potestades y restricciones para cada una de ellas, puesto que como lo señala el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, la ecuación contractual está referida al mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y

obligaciones surgidas al momento de proponer o de contratar, según el caso (pp. 218-219)

### **3.3 PLANEACIÓN Y BUENA FE**

Por otra parte, la mera aplicación del principio de planeación en la elaboración de los estudios previos no basta, es necesario que la misma este acompañada de lealtad y buena fe, encontramos situaciones en las que los funcionarios conocen el sentido y obligatoriedad de la planeación, pero se valen del mismo para defraudar la finalidad legítima de la contratación y favorecer intereses particulares, por ejemplo no es extraño que las entidades cuando buscan favorecer a un oferente utilizan las herramientas de la planeación como los estudios previos y los pliegos de condiciones para direccionar o amarrar los contratos a la propuesta de un proponente determinado, aunque esta clase de conductas constituye faltas de índole disciplinario, e incluso penal, lo más curioso es que algunos funcionarios parecen expertos en hacer toda clase de actuaciones ilegítimas totalmente ajustadas a la ley, solo utilizando la lupa de los principios se puede evidenciar la mala fe, contrario a lo que ordena la Constitución Política en el Artículo 83, y que en palabras de Palacio (2014) se define como

Un principio que no se predica únicamente de las relaciones privadas, sino que debe acompañar el comportamiento de los sujetos en sus relaciones, ya sea que se contrate con una persona particular o con una entidad pública. La buena fe es la creencia de estar actuando conforme a la Ley, y que la conducta que corresponde a la otra persona, la asume también dentro de ese marco (p. 51).

Sin embargo, buena fe no es sinónimo de actuar pegados a la Ley, para Escobar Henríquez (1999):

La evaluación más relevante que ha tenido la institución de los contratos administrativos en los últimos años ha sido la incorporación del valor ético de la confianza en su régimen jurídico .., el principio general de la buena fe tiene una extraordinaria importancia en los contratos administrativos, principalmente por dos razones: la primera de ellas consiste en que constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista, puesto que le señala unas reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes (terminación, modificación, interpretación unilateral, etc.), y el cumplimiento de las obligaciones; la segunda estriba en que contribuya a elevar el tono moral de la gestión contractual pública y a humanizar las relaciones entre las entidades públicas y los contratistas (p. 84).

Como se ha podido observar la planeación aunque constituye la columna vertebral del contrato, necesariamente debe estar acompañada de la observancia de los demás principios rectores de la administración pública y de la contratación Estatal, así como en armonía con la correcta interpretación y aplicación del marco legal que rige la actividad contractual del Estado.

#### **4. LA FALTA DE PLANEACIÓN COMO CAUSA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO.**

La aplicación del Principio de Planeación se encuentra dentro de la etapa de formación del contrato o etapa previa, la administración como encargada de administrar los recursos públicos y de mantener la continua prestación de los servicios públicos, garantizar los derechos y garantías de la colectividad, asume de manera unilateral el deber de planear lo relativo a los contratos estatales, en esta primera etapa, la intervención del contratista que puede optar por someterse a las

condiciones de la entidad, contradecirlas, o bien desistir y dejar de participar en el proceso, viene hasta después de que la entidad hace públicos los estudios previos y pliegos de condiciones resultado del ejercicio de planeación, lo que indica que la primera fase que origina el contrato es desarrollada exclusivamente por la administración sin participación del oferente, por esta razón se constituye como una obligación del estado y no del contratista, sin embargo, no se puede olvidar que con la aceptación del oferente, los efectos de esta primera fase trascienden hasta la celebración y ejecución del contrato, en ella se originan y concretan las prestaciones que serán pactadas y que determinan la licitud del objeto del mismo.

La inobservancia del Principio de Planeación si puede ocasionar la nulidad absoluta del contrato, por afectar de ilicitud el objeto del contrato, sin embargo, es necesario revisar las teorías del Consejo de Estado.

Sobre este tema particular, un sorpresivo reciente fallo de tutela del Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Expediente N°: 11001031500020130191900 del (21 de agosto de 2014) , en el que le ordena al mismo Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, decidir nuevamente un recurso de apelación, considera que la nulidad del contrato no se genera directamente por la simple inobservancia del principio de planeación, según los argumentos de esta sentencia, la causal de nulidad se da es por la ilicitud de las cláusulas del contrato ocasionada por el desconocimiento del principio de planeación, la nulidad dependerá del contenido de las cargas prestacionales pactadas por las partes en el contrato, es decir, las obligaciones, en estos términos lo explica el Consejo de Estado:

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

(...)

No necesariamente la violación del principio de planeamiento conduce a la nulidad por objeto ilícito. Lo sería sí, luego, al pactar las cláusulas estas resultan ilícitas y si dicha ilicitud vendría a ser la consecuencia del desconocimiento del principio de planeamiento.( Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Expediente N°:11001031500020130191900, del, 21 de agosto, 2014).

En esta misma sentencia el Consejo de Estado argumenta que la carga de cumplir el principio de planeación, es exigible tanto a la administración como a los interesados en el proceso de contratación, esto quiere decir que quien se pone en la tarea de participar en un proceso de selección debe saber y conocer todos los detalles y condiciones del contrato, incluso sostiene que cuando se obligan las partes de manera imprudente con un contrato que no está listo para ponerse en ejecución, podría generar responsabilidad para ambas partes por el incumplimiento de sus obligaciones, como consecuencia de la inobservancia del principio, pero no necesariamente se causa la nulidad del contrato.

Esta sentencia de tutela, a pesar de tener efectos inter partes, tiende a confundir sobre la posición del Consejo de Estado en relación con la violación al principio de planeación, pues hasta el momento la mayor parte de sentencias donde está en discusión el reconocimiento del mencionado principio, la jurisprudencia da a entender que la carga de la planeación en la etapa de formación del contrato (etapa previa), es una carga exclusiva de la entidad, y su desconocimiento acarrea la nulidad del contrato de manera autónoma en la medida en que lo que se protege es el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, por eso es importante tener en cuenta las precisiones que el mismo Consejo de Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809).del 20, octubre de 2014) hace sobre este aspecto al momento de acatar el mencionado fallo de tutela.



Con fundamento en las normas del Código Civil (Artículo 6º y 1519 ), se dice que para que surja la nulidad de un contrato es necesario que se dé la violación de un mandato imperativo o a una prohibición de la Ley, entendiendo como mandato imperativo la aplicación del principio de planeación en el proceso de contratación, es importante poner de presente conforme a lo mencionado en la sentencia, no toda deficiencia de la planeación del contrato estatal, conduce a la nulidad, solamente dan lugar a esta consecuencia, las falencias que desde el momento de celebración del contrato dejan en evidencia que (i) El objeto no podrá ejecutarse; (ii) la ejecución dependerá de situaciones indefinidas; (iii) Que la ejecución dependerá de terceros; (iv) Que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse; situaciones a partir de las cuales se puede advertir que detrimento patrimonial para la entidad contratante por los sobrecostos que puedan surgir.

Otro aspecto a considerar aquí es la distinción que se hace en la sentencia entre objeto del contrato y el objeto de la obligación, explicando que 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, por esta razón no se puede decir que objeto del contrato son las mismas obligaciones contraídas por las partes.

En pocas palabras la violación al principio de planeación si da lugar a la nulidad del contrato en la medida en que es una exigencia perentoria del ordenamiento jurídico, y como ya se dijo su desconocimiento implica una vulneración al ordenamiento jurídico y en consecuencia acarrea la nulidad.

Según Exposito-Vélez (2013)

La omisión de la planeación puede traer consecuencias funestas para el desarrollo del procedimiento de selección del contratista, así como

para la ejecución misma del objeto contractual, sin contar con la gran responsabilidad que acarrea para la administración la eventual causación de perjuicios derivados de su negligencia, ya sea a los potenciales contratistas al momento de la selección, o a terceros en desarrollo del contrato mismo, y el enorme riesgo de despilfarro del patrimonio público con repercusión directa en el funcionamiento del Estado y la efectiva prestación de los servicios públicos a su cargo. Lo anterior es tan cierto que, la jurisprudencia administrativa ha llegado a considerar que el incumplimiento de los deberes de planeación acarrea la nulidad del contrato posteriormente celebrado, en tanto que se trata de requisitos de validez del contrato (p. 54).

Por otra parte es oportuno poner de presente que la falta de planeación en la contratación estatal, especialmente en aquellos casos cuando la misma deja en evidencia que la finalidad del contrato no corresponde con el cumplimiento de los fines del Estado, se deriva de igual forma la nulidad del contrato por ilicitud en la causa, según Dávila (2016).

Ni más ni menos tiene que ver con la causa que justifica la celebración de un contrato estatal o, aplicando categorías filosóficas, con la causa eficiente del negocio jurídico. Precisamente, la plena conformidad del acuerdo de voluntades con la finalidad que la ley le enmarca, avala la legalidad del mismo y por oposición, su contradicción genera sanción de ineficacia por ilicitud en su causa” (p. 70).

## **CONCLUSIONES.**

El principio de planeación es un mandato imperativo implícito en preceptos constitucionales y el Estatuto General de la Contratación, en virtud del cual las entidades del Estado al momento de celebrar contratos, deben realizar estudios previos, incluyendo estudios de prefactibilidad y factibilidad, que permitan determinar el objeto del contrato acorde a las necesidades de la entidad y el interés general, así como las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

El principio de planeación es un principio con identidad propia y postulados obligantes independientes, en este sentido las entidades estatales no tienen excusa para evadir su aplicación de manera concreta, pues la planeación ya no es un principio en abstracto, gracias a los recientes desarrollos normativos, especialmente los incluidos en el Decreto 1082 de 2015 y los manuales elaborados por la agencia Colombiana para la contratación Colombia Compra Eficiente, al día de hoy se cuenta con herramientas que en términos concretos ilustran los aspectos relevantes que la entidad debe tener en cuenta a la hora de planificar un contrato, a su vez quienes participan en la actividad contractual en calidad de contratistas cuentan con la oportunidad y las herramientas necesarias para exigir de parte de las entidades la aplicación de la planeación en procura de garantizar que se cumpla el fin de la contratación.

En virtud del principio de planeación la Ley exige de parte de las entidades del estado un actuar coordinado, enfocado en el cumplimiento de los fines del estado a través de la contratación, según el cual las entidades deben dar cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos comprendidos dentro de los documentos y estudios previos del proceso de selección, este principio ordena entre otras cosas que la entidad de manera anticipada al inicio del proceso de selección, estudie y

defina aspectos como la necesidad, el objeto, la modalidad de selección, el presupuesto oficial contando con la existencia de la disponibilidad presupuestal requerida para respaldar el contrato, realice los estudios de conveniencia, técnicos, económicos, jurídicos y de mercado a los que haya lugar; que tramite y obtenga todas las autorizaciones y aprobaciones requeridas para la ejecución del proyecto concreto, los criterios de escogencia del contratista, el manejo del riesgo, al exigencia de garantías, la observancia de acuerdos comerciales que cobijen el contrato y en general lograr que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad.

Los estudios y documentos previos del contrato, son la columna vertebral del contrato, el soporte para elaborar los pliegos de condiciones y el contrato mismo, su correcta elaboración es una tarea a cargo de la entidad que contrata, y constituyen la principal herramienta del principio de planeación, pues la obligatoriedad de todos los aspectos exigibles a la entidad de acuerdo al Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Del Decreto 1082, se traducen en la base fundamental sobre la cual se perfecciona y ejecuta el contrato estatal, esto quiere decir que el principio de planeación aplicado mediante los estudios y documentos previos son determinantes para conseguir la correcta ejecución del contrato, son un acto unilateral de la entidad que debe hacerse público, junto con los demás documentos del proceso, una vez puestos a disposición del público dentro de los términos procesales pueden ser objeto de contradicción por parte de los interesados, quienes pueden formular observaciones o solicitudes de aclaración sobre su contenido, esto significa una oportunidad y a la vez un deber para los interesados en el proceso, teniendo en cuenta que el contenido de los estudios previos los vincula, en la medida que son el soporte del pliego de condiciones y este a su vez, contiene la información que es analizada y aceptada por el oferente para la presentación de su propuesta, que al cumplir el lleno de los requisitos legales se convierte en el contrato que da lugar a las obligaciones de ambas partes.

Los elementos de los estudios previos son un conjunto de aspectos intrínsecamente relacionados unos con otros, así por ejemplo la necesidad que la entidad pretende satisfacer determina el objeto del contrato, y este a su vez junto con el valor del contrato constituyen los factores determinantes para la aplicación de la modalidad de selección adecuada, que permita hacer uso del criterio de selección idóneo para escoger la oferta más favorable, solo después de definidos los elementos antes mencionados la entidad puede estimar, tipificar y asignar los riesgos relacionados con el contrato y establecer la exigencia de garantías al contratista.

La planeación en la contratación estatal puede significar una doble vía, teniendo en cuenta que muchas veces las entidades, la utilizan para direccionar la convocatoria a favor de un oferente determinado, por esta razón, vale la pena poner de presente que la planeación por sí sola no es sinónimo de buenos cometidos de la administración, es necesario que se aplique con lealtad y buena fe, cumpliendo de manera integral los mandatos de los demás principio rectores y la correcta interpretación del régimen de contratación.

La inobservancia del principio de planeación en la contratación Estatal, como mandato imperativo de la constitución y la Ley puede causar las consecuencias negativas más graves para el contrato estatal, esto es, la declaratoria de nulidad del contrato o en otros casos la declaratoria de incumplimiento por alguna de las partes, como se puede evidenciar en pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, surgidos a partir de controversias contractuales producto de la falta de planeación.

## REFERENCIAS

- Acostamadedo. C.D. (2014). *Guía de contratación estatal: deber de planeación y modalidades de selección*. Madrid: AbeledoPerrot S.A.
- Agencia de contratación Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Manuales y guías. Recuperado de <http://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>.
- Borja Ávila, R. (2009). *Estudios Jurídicos sobre contratación estatal*, Grupo Bogotá D.C., Casa editorial Ibáñez.
- Cuello Duarte, F. (2009). *Contratos de la Administración pública*. (3ª ed.). Bogotá D.C: Ecoe Ediciones.
- Dávila Vinueza, L.G. (2016). *Régimen Jurídico de la contratación estatal*. (3ª ed.). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Escobar Gil, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración Pública*. Bogotá: Legis.
- Escobar Henríquez, A.B. (1999). *El contrato Estatal de obra*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Expósito Vélez, J.C. (2005). *La configuración del Contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español*. Bogotá D. C. ; Universidad Externado de Colombia.
- Expósito Vélez, J.C. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Serie de derecho administrativ.

- Gil Botero. E. (2015). *Tesaurus de Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. (Tomo I). Bogotá D.C. Temis.
- Gómez Lee, I.D (2013). *El derecho de la contratación pública en Colombia*, (1ª ed.). Bogotá: Legis.
- Gómez Lee, I.D. & Castro, D.Z (2015 ). *Contratación segura*. (3ª ed). Bogotá D.C.: Legis.
- Guecha Medina, C, N, (2010) *Contratos administrativos Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación.*, Bogotá: Casa Editorial Ibáñez
- Ibagón Ibagón, M.L. (2014). *El principio del Estado de Derecho y los contratos Estatales, la forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. (1ª ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. (4ª ed.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Machado S. (2011). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. La actividad administrativa*. (Tomo IV. 1ª ed.) Iustel Portal Derecho S.A.
- Pachón Lucas, C. (2012). *Contratación Pública* (5º ed.). Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- Palacio Hincapié, J.A. (2014). *La contratación de las entidades estatales*. ( 7ª ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

- Palacio Hincapié, J.A. (2003). *La contratación de las entidades estatales*. (4ª ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Rengifo Gardeazábal, M. (2016). *La formación del contrato*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Rico Puerta, L.A. (2005). *La teoría general y práctica de la contratación estatal*. (3ª ed.). Bogotá D.C. Leyer.
- Rodríguez Tamayo, M.F. (2015). *Los contratos Estatales en Colombia*. (2ª ed.). Bogotá D.C. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Solano Sierra, J.E. (2010). *Contratación administrativa*. (4ª ed.). Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda..
- Suárez Beltrán, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. (1ª ed.). Bogotá D.C.: Legis editores S.A.
- Viana Cleves, M.J. (2007). *El principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Vicena Cleves, M. J. (2007). *El principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.,: Universidad Externado de Colombia.
- Vidal Perdomo, J. & Molina Betancur, C. (2016). *Derecho Administrativo*, (14ª ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.



## LEYES

Decreto 1082 (26, mayo, 2015) por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Bogotá D.C.: Presidencia de la República de Colombia. Departamento de Planeación Nacional. *Diario Oficial* 49.523 del 26 de mayo de 2015

Ley 80 (28, octubre, 1980) por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá D.C.: C Congreso de Colombia

Ley 1118 (27, diciembre, 2006) por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial*. 46.494 del 27 de diciembre de 2006.

Ley 1150 (16, julio, 2007) por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Bogotá D.C. Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 46.691 del 16 de julio de 2007.

Ley 1474 (12, julio, 2011) por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 48.128 del 12 de julio de 2011.

## JURISPRUDENCIA

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion C, veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Proceso número: 850012331000030901. Radicación número: 15324. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (21, de agosto de, 2014), Expediente N°: 11001031500020130191900. Magistrado, ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Bogotá

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C ( 20, octubre. 2014) Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Bogotá D.C,

Corte Constitucional de Colombia. (20, mayo, 2015 ). Sentencia C- 292/15, Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 102 (parcial) de la Ley 1687 de 2013. Referencia: Expediente D-10484. M.P., Luis Ernesto Vargas Silva.