

**VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO
INNOMINADO: EL CASO DE LA PLANEACIÓN**

NURY DEL PILAR VERA VARGAS

Maestría en Derecho, Facultad de Derecho



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Universidad La Gran Colombia

Bogotá, D. C.

2022

**Vigencia, observancia y obligatoriedad de un principio innominado: el caso de la
planeación**

Nury del Pilar Vera Vargas

**Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de Magíster en
Derecho**

Dr. Adrian Zeballosf



Magíster en Derecho, Facultad de Derecho

Universidad La Gran Colombia

Bogotá, D. C.

2022

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

3

Dedicatoria

Esta investigación va dedicada a mi familia, quienes han sido mi apoyo incondicional en cada logro de mi vida, especialmente a mis hijas, que son mi inspiración y soporte en cada reto asumido; a mi querido esposo, que me ha dado las alas y el apoyo para volar sobre cada sueño que me planteo; y al más importante en mi vida: Dios, que ha sido el ser más incondicional, mi soporte, mi apoyo, mi consuelo y mi salvador.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

4

Agradecimientos

Agradezco a las personas que me brindaron su experiencia y opinión para que hicieran parte de esta investigación, a mis profesores por su paciencia y orientación en procura de los mejores resultados, y a mis amigos por aplaudir mis logros y estar ahí siempre para compartir mis momentos de caídas y levantadas, y a todos aquellos que han creído en mi profesionalismo.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:
EL CASO DE LA PLANEACIÓN

5

Tabla de contenidos

RESUMEN	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
OBJETIVO GENERAL	12
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	12
JUSTIFICACIÓN.....	12
METODOLOGÍA.....	13
CAPÍTULO I. NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL	15
<i>1.1. Los principios según Dworkin, Alexy, Bernal Pulido y López Trujillo</i>	<i>15</i>
<i>1.1.1. Los principios Según Dworkin.....</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2. Los principios desde Robert Alexy</i>	<i>17</i>
<i>1.1.3. Principios según Carlos Bernal Pulido</i>	<i>20</i>
<i>1.1.4. Principios según Diego López.....</i>	<i>23</i>
1.2. LOS PRINCIPIOS SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	24
1.2.1. <i>Concepto de principios.....</i>	24
1.2.2. <i>Funciones de los principios.....</i>	25
1.2.3. <i>Eficacia de los principios</i>	26
1.3. LOS PRINCIPIOS SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO	28
CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	30
2.1. RESEÑA HISTÓRICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	30

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO: EL CASO DE LA PLANEACIÓN

6

2.1.1. Contratación estatal y su origen hasta los años 60.....	30
2.1.2. Contratación estatal de los años 70 a los 80	32
2.1.3. Contratación estatal desde los años 90 a la actualidad	34
2.2. LOS PRINCIPIOS EN EL MARCO ADMINISTRATIVO ACTUAL	35
2.2.1. Los principios de la función administrativa.....	35
2.2.2. Principios de igualdad, de moralidad y eficacia.....	37
2.2.3. Principios de celeridad, imparcialidad y publicidad	38
2.2.4. Otros principios desarrollados en el marco administrativo y contractual.....	40
2.2.4.1. Principio de selección objetiva.....	40
2.2.4.2. Principio de buena fe	41
2.2.4.3. Principio de legalidad	42
2.2.5. Los principios de la Ley 80 de 1993	43
2.2.5.1. El principio de transparencia.....	43
2.2.5.2. Principio de economía.....	44
2.2.5.3. Principio de responsabilidad	46
CAPÍTULO III. DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y SU APLICACIÓN	47
3.1. ¿QUÉ ES EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN?	47
3.1.1. Alcance del principio de planeación.....	51
3.1.2. Influencia del principio de planeación en el desarrollo de los procesos contractuales	53
3.1.3. Fuerza vinculante del principio de planeación	55
3.1.4. Consecuencias de la inobservancia del principio de planeación o inaplicación de este.....	56
3.2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN	60
3.2.1. Posición jurisprudencial de la Corte Suprema y la Corte Constitucional ante el principio de planeación	61

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

7

3.2.2. Posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado ante el principio de planeación	66
3.2.3. Carácter vinculante de la jurisprudencia	70
3.3. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	73
3.3.1. Principio de planeación visto desde del régimen alemán y español.....	73
3.3.2. Principio de planeación visto desde el régimen de contratación pública del Ecuador	79
3.3.3. Principio de planeación visto desde el régimen de contratación pública de Chile	82
3.3.4. Principio de planeación ante la OCDE.....	88
4. TRABAJO DE CAMPO	89
4.1. ENCUESTAS ESTUDIANTES UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA (UGC)	89
4.1.1. Conclusiones de la encuesta a los estudiantes de la Universidad La Gran Colombia (UGC)	97
4.2. ENCUESTA A PROFESIONALES DESARROLLADORES DE LOS PROCESOS CONTRACTUALES Y ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	99
4.3 ENTREVISTA JEFES DE ÁREA Y ORDENADORES DEL GASTO	104
4.3.1. Conclusiones de las entrevistas.....	111
4.3.2. Análisis de resultados del trabajo de campo	112
5. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	113
6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	116
REFERENCIAS	119
ANEXOS.....	125

Resumen

En los últimos tiempos, dentro de la contratación estatal, se han desarrollado con mayor fuerza algunos de sus principales aspectos. Teniendo en cuenta la importancia que este tema tiene dentro de la ejecución de actividades de las entidades estatales, es como se ha identificado que la planeación ha cobrado un gran significado en el desarrollo de la ejecución contractual, aun sin ser un principio debidamente nominado dentro del régimen de contratación estatal. De ahí nace la necesidad de investigar la naturaleza, contenido y obligatoriedad de la planeación como un principio, y al ser innominado es relevante para el desarrollo contractual. Se realizaron consultas analíticas desde el punto de vista de varios autores y pronunciamientos de las altas cortes que permitieron ampliar la visión sobre la importancia de los principios y, en especial, la que ha adquirido la planeación en el desarrollo de los procesos contractuales.

Con un enfoque mixto, aplicando la investigación jurídica y un trabajo de campo en grupos focales por medio de encuestas y entrevistas. Se encontró que su inobservancia conlleva consecuencias nada favorables para las entidades y los funcionarios responsables de su aplicación, así mismo, se evidencia que si bien no hay un desconocimiento del tema contractual que conllevo a la investigación, no hay una claridad suficiente respecto de su origen y desarrollo, así como el vacío que se pudiera presentar al momento de aplicar sanciones contractuales, pues estas tienen que estar obligatoriamente ligadas a otras figuras normativas que son las que permiten el desarrollo del principio de planeación por no ser el mismo nominado, y por el cual no existen directamente relacionadas tipologías sancionatorias para ello. En virtud de la importancia que se le ha otorgado a la planeación como principio.

A partir de los precedentes establecidos por el Consejo de Estado con la fuerza vinculante de sus fallos, se concluye que la planeación como principio innominado se encuentra vigente, debe ser tomada en cuenta de manera principal para el desarrollo de los procesos contractuales por tener una fuerza obligatoria dentro de las acciones desarrolladas en cada proceso, término bajo los cuales para dar un mayor afianzamiento al tema, este debería estar implícito dentro de la normatividad contractual vigente, pues de su correcta observancia depende en gran parte un desarrollo exitoso

del proceso contractual, también es importante dar mayor importancia a la formación sobre lo que es la planeación y la imposición de dichos principios en el desarrollo de las actividades de los colaboradores del Estado y la factibilidad de creación de normas o sanciones explícitamente frente a la existencia nominada que se considera debe tener este.

Palabras clave: contractual, planeación, innominado, principio, relevancia, origen, obligatoriedad.

Abstract

In recent times, some of the main aspects of state contracting have been developed with greater force. Taking into account the importance that this topic has within the execution of activities of state entities, it has been identified that planning has gained great significance in the development of contractual execution, even without being a duly nominated principle within the state contracting regime. The need arises to investigate the nature, content and obligatory nature of planning as a principle and, being unnamed, it is relevant for the contractual development. Analytical consultations were made from the point of view of several authors and pronouncements of the High Courts that allowed to broaden the vision on the importance of the principles and especially the importance that planning has acquired in the development of the contractual processes.

With a mixed approach, applying legal research and field work in focus groups through surveys and interviews. It was found that its non-observance entails unfavorable consequences for the entities and the officials responsible for its application, likewise it is evidenced that although there is no lack of knowledge of the contractual issue that led to the research, there is not enough clarity regarding its origin and development, as well as the gap that may arise when applying contractual sanctions, since these have to be obligatorily linked to other normative figures that are those that allow the development of the planning principle for not being the same nominated and for which there are no directly related sanctioning typologies for it. By virtue of the importance given to planning as a principle.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

From the precedents established by the Council of State with the binding force of its rulings, it is concluded that planning as an unnamed principle is in force, it must be taken into account mainly for the development of the contractual processes for having a mandatory force within the actions developed in each process, finished under which to give a greater strengthening to the subject, It is also important to give greater importance to the training on the planning and imposition of such principles in the development of the activities of the collaborators of the State and the feasibility of creating rules or sanctions explicitly against the nominated existence that it is considered should have the same.

Keywords: Contractual, planning, unnamed, principle, relevance, origin, mandatory nature

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO: EL CASO DE LA PLANEACIÓN

11

Introducción

Planteamiento del problema

De conformidad con el Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993, los principios de las actuaciones contractuales principalmente establecidos son: el de transparencia, economía y responsabilidad.

Más adelante, con la expedición del Decreto Reglamentario 1082 de 2015, se establece un acápite denominado planeación, dentro del cual se determinan todos los parámetros para tener en cuenta en la estructuración de los procesos contractuales, mas no lo denominan como un principio; pero en el ámbito consuetudinario, jurisprudencial y doctrinal se habla del principio de planeación.

Cuando la Ley 80 determina los principios rectores de la contratación estatal, impone lineamientos que se deben tener en cuenta desde la estructuración hasta la ejecución contractual, con el fin de que el proceso se surta de manera objetiva y su objeto se cumpla de forma eficiente.

En ese contexto es necesario preguntar: ¿Cuál es la naturaleza, contenido y obligatoriedad del principio de planeación en materia contractual en Colombia, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993?

En las transformaciones que ha tenido el estatuto general de la contratación y sus normas reglamentarias y complementarias, se ha ido enfatizando la importancia de todos aquellos requerimientos previos que han de aplicarse para una correcta estructuración y ejecución contractual.

Es allí en donde se ha establecido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina que la planeación es un aspecto fundamental al momento de establecer los procesos y procedimientos por seguir, para la adquisición de bienes y servicios, y que a pesar de no haberse determinado de forma nominada como principio de la contratación, es un elemento fundamental que se ha vuelto de obligatoria aplicación y cuya inobservancia acarrea consecuencias, no solo frente a la eficiencia administrativa para el desarrollo del proceso, sino ante la conducta de los individuos que no hayan realizado las acciones pertinentes para planificar las acciones contractuales. De conformidad con lo anterior, se formulan los siguientes objetivos.

Objetivo general

Analizar, a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, la naturaleza, contenido y obligatoriedad del principio de planeación en materia contractual en Colombia.

Objetivos específicos

- 1- Indagar sobre la naturaleza del principio de planeación en materia contractual.
- 2- Analizar los principios de la contratación estatal, sus orígenes, evolución y aplicación.
- 3- Analizar el principio de planeación desde su vigencia, alcance y obligatoriedad en la contratación pública.

Justificación

Esta investigación se desarrolla teniendo en cuenta que para el desarrollo de los procesos contractuales se ha venido reconociendo la planeación como un elemento fundamental para su estructuración, y es aplicada como principio aun cuando no se encuentra nominada como tal dentro del ordenamiento jurídico contractual, partiendo de la Ley 80 de 1993.

Análisis que sirve para determinar si aun siendo un principio innominado es tan de obligatorio cumplimiento como los demás preceptos determinados en el Estatuto General de Contratación, y si su incumplimiento es materia de imposición de medidas sancionatorias, de esta forma se puede desarrollar la teoría de que la planeación debería estar establecida como un principio básico de la contratación y debidamente nominado en el ordenamiento jurídico, lo que contribuiría a que con su aplicación estricta se evite inconsistencias en la ejecución contractual y se impida el incumplimiento de los fines estatales.

Esta investigación podría abrir espacios futuros para estudiar si las actuales acciones contractuales son lo suficientemente eficientes para resolver los pleitos que se presentan debido a la inobservancia de los principios innominados.

Así mismo, es viable el desarrollo de esta, ya que actualmente la contratación estatal se ha convertido en un tema de permanente controversia en su desarrollo y ejecución, lo que da la posibilidad de emitir teorías o conceptos que lleguen al fortalecimiento de los preceptos legales establecidos, con lo que se busca beneficiar no solamente a los profesionales del derecho, sino a todos aquellos actores que intervienen en el desarrollo contractual, desde los ordenadores del gasto hasta los supervisores, sin olvidar a los contratistas, quienes también deben tener la observancia del tema a tratar.

Ahora bien, la investigación servirá de apoyo a los planes que la universidad viene desarrollando en sus programas académicos con énfasis en la investigación, toda vez que se sigue aportando a los conocimientos, en especial a quienes son estudiosos del derecho administrativo y contractual.

El desarrollo del tema permitirá alcanzar objetivos académicos importantes que se han trazado a lo largo del desarrollo personal, y que llevarán a un crecimiento profesional con la postulación de posibles nuevos conceptos que permitirán a futuro en el desarrollo de las actividades profesionales aportar a la eficiencia administrativa que debe gozar la administración pública en materia contractual.

Metodología

La metodología que se va a emplear en la presente investigación es el método analítico, pues se busca a partir del análisis de los diferentes conceptos doctrinales, jurisprudenciales y normas, comprender los aspectos que llevan a que la planeación siendo reconocida como un principio innominado tenga vigencia observancia y obligatoriedad, y si ello conlleva a la necesidad de que esta se reconozca como nominada dentro del régimen contractual. El enfoque será mixto, con mayor énfasis cualitativo, el cual permitirá a través de la recolección de datos de diversos doctrinantes, magistrados e investigadores, responder la pregunta de investigación o llegar a nuevas hipótesis en el desarrollo de esta; con la aplicación de una investigación jurídica que permita encontrar un saber adicional basada en condiciones preexistentes. Como técnica de la investigación se va a realizar la recolección de información desde diferentes fuentes y la

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

14

realización de un trabajo de campo que se va a aplicar a diferentes grupos focales, diferenciados por su formación, preparación y perfiles, ya sea por medio de encuestas, cuestionarios o entrevistas que podrían ser estructuradas o abiertas, dependiendo del rol del sujeto por intervenir, así como la revisión de documentos y la evaluación de experiencias personales, la línea de investigación va dirigida al desarrollo de la rama administrativa del derecho, en especial dirigida a la contratación estatal.

Capítulo I. Naturaleza del principio de planeación en materia contractual

1.1. Los principios según Dworkin, Alexy, Bernal Pulido y López Trujillo

1.1.1. Los principios Según Dworkin

Según Ruiz (2012), Dworkin como promotor de la distinción entre reglas y principios, atacando los últimos desde las dos tesis: la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, y la segunda la tesis de la discreción judicial.

La primera indica que “la validez de la norma jurídica no depende de su bondad moral y que de la bondad moral no puede llevarse una validez jurídica, sino que este lo denomina la «regla de reconocimiento»” (Ruiz, 2012, p. 152), en donde Dworkin señala que la tesis no es sostenible, ya que el ordenamiento jurídico se integra por principios y su pertenencia se determina por la adecuación de su contenido a la moral.

Para este autor el principio es exigencia de la justicia, otro aspecto de la moral y su existencia representa la forma en que la moral se introduce en el derecho.

La segunda establece que “cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión, el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución” (Ruíz, 2012, p. 153), a juicio de Dworkin no es admisible, pues es reconocerle al poder judicial una facultad para dictar normas cuando esta es facultad de la parte legislativa, aplicando una norma retroactiva, que no existía al momento del hecho, cuya solución sería reconocer la existencia de los principios jurídicos.

Ahora bien, determina que los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente con la existencia de unas condiciones previas; según Ruiz (2012), para Dworkin el caso más notorio es el de la usucapión “si penetro reiteradamente en una finca ajena, algún día tendré el derecho de atravesarla siempre que quiera” (p. 154).

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Lo que se entendería a la luz de los preceptos de Dworkin es que los principios no pueden ser superiores a los ordenamientos normativos frente a unos hechos que sean recurrentes, por lo tanto no tendrían la misma fuerza vinculante u obligatoria como la tiene una norma específica, dejando así sin soporte su aplicación frente a la toma de decisiones ante un caso en particular, pero sí se tendrían que entrar a valorar al momento en que se presente una controversia entre reglas y principios de acuerdo con cada caso en particular.

Se analiza, según el autor, que un principio en el derecho significa que quienes los aplican deben tenerlo en cuenta como criterio que les determina tomar uno u otro sentido para el planteamiento de una decisión.

Otra diferencia dada por Dworkin entre las reglas y los principios, habla del aspecto que tienen los segundos pero del que carecen las primeras, denominada la “dimensión de peso o importancia”, indicando que cuando los principios se enfrentan se debe tener en cuenta el peso de cada uno, manifestando que las reglas no tendrían esta dimensión, y que la validez de una u otra debe tomarse considerando la trascendencia de reglas mínimas mediante otras reglas que prefieran la norma de la autoridad superior. (Ruiz, 2012).

Con lo anterior, se puede analizar que desde el punto de vista dado por Dworkin, los principios hacen parte de una línea orientadora a la hora de tomar una decisión, línea que ha sido dada como el resultado de unos comportamientos que pueden ser reiterados o consuetudinarios frente a la falta de existencia de un ordenamiento jurídico claramente establecido, entonces es así que su aplicación sirve como base para la toma de decisiones si este va en la dirección correcta de la problemática que se quiera dilucidar.

1.1.2. Los principios desde Robert Alexy

Según Robert Alexy (2019), en su ensayo denominado “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, existe una distinción entre las reglas y los principios que tiene implicaciones en la aplicación de las normas jurídicas, en la estructura del sistema jurídico, en el derecho, en la moral, en la dogmática jurídica y especialmente en los derechos fundamentales. Según Alexy (2019, p. 56), los principios son especialmente mandatos de optimización y se diferencian de las reglas de una manera esencial.

Menciona la tesis de la optimización que define los principios como normas que requieren que algo se realice en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas.

Indicando que los principios son mandatos de optimización que pueden ser satisfechos de diferentes grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y de las posibilidades jurídicas, y que en cambio las reglas son normas que se pueden cumplir o no, que si la regla es válida se ordenará exactamente hacer aquello que esta exige, y que las reglas están incluidas dentro del ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, siendo entonces mandatos definitivos. Se concluye así que la distinción entre reglas y principios se da de manera cualitativa y no solamente de grado (Alexy, 2019).

La segunda posición es la ley de la colisión, que indica que la distinción entre reglas y principios es más clara en las colisiones que se dan entre los principios y los conflictos entre reglas, tienen en común que se componen por dos normas que al aplicarse independientemente una de la otra tendría resultados incompatibles, sin embargo, considera que las condiciones entre principios y los conflictos entre las reglas tienen como diferencia fundamental la forma en la cual se soluciona.

Cuando el autor habla de las colisiones entre principios, menciona la decisión del Tribunal de Constitucional Federal, caso que trata sobre la incapacidad para concurrir a juicio, donde la decisión se relacionó con la admisibilidad de una audiencia de juicio contra un acusado, que como resultado de la carga de procedimiento enfrenta el riesgo de sufrir un accidente cerebrovascular y un ataque al corazón, queriendo decir que entran en colisión el derecho los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y el principio del estado de derecho en la medida en que le atribuye al Estado el deber de garantizar el funcionamiento del sistema penal (Alexy, 2019, p. 56).

El Tribunal resuelve la colisión relacionando la prevalencia entre los dos principios, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, en este orden de ideas el derecho fundamental a la vida y la integridad física prevalecerá sobre el principio del adecuado funcionamiento del sistema penal, pudiendo ser una decisión contraria en otro tipo de condiciones.

Según Robert Alexy (2019), la tercera posición denominada la ley de la ponderación, establece la teoría de los principios, ubicando un derecho dentro de la doctrina basado en el principio de la proporcionalidad, lo que significa que la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad se siguen lógicamente, y por lo tanto al objetar la teoría de los principios se tendría que objetar el de proporcionalidad.

Se indica que los principios vistos bajo mandatos de optimización exigen una máxima realización de su objeto, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas de estos en la aplicación a una decisión de un caso en particular.

Según Alexy (2019), la distinción entre las reglas y los principios no se fundan en la estructura de las normas, sino en el modo diferente de tratamiento.

En el buen entender, esto quiere decir que siempre se estudiará sobre las condiciones de cada caso, de lo contrario se trataría como una regla sin consideración a cada una de las condiciones de la situación dada, de ser tratada como un principio se aplicará observando todas las circunstancias, tanto fácticas como jurídicas de la situación presentada.

Indica Alexy (2019, citado en Gunther, 1998, p. 272) que la tesis argumenta que es posible exigir que cada norma se aplique en relación con las posibilidades fácticas y normativas de la situación.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO: EL CASO DE LA PLANEACIÓN

19

Según Robert Alexy (2012, p. 62), cuando habla de los mandatos de optimización frente al análisis de las doctrinas de Gunther (1998, p. 272), muestra que la diferencia entre reglas y principios depende de la propiedad de estos últimos, como mandatos de optimización, sin embargo, otras posiciones indican que son de optimización al ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades de ser cumplido o incumplido, y por lo tanto, tendrían la estructura de las reglas.

Hace una diferencia entre los mandatos de optimización y los mandatos por ser optimizados, los segundos corresponden a los objetos de ponderación que pueden ser denominados como “deber ser ideal”, lo que significa “aquello que debe optimizarse y que por medio de la optimización debe transformarse en un deber ser real” (Alexy, 2012 p. 62).

Finalmente, indica que los principios como objetos de ponderación no son mandatos de optimización, sino mandatos por ser optimizados, y que como tal contienen un deber de ser ideal, y cuando se habla de los principios como mandatos de optimización se refiere a aquello de lo que se trata cuando se alude a los principios.

Según Robert Alexy (2019, p. 63), frente a los mandatos de validez reiterativos se ha dado la claridad suficiente sobre la estructura de los principios, ya que se sabe que estos deben ser optimizados y que en consecuencia deben ser representados como mandatos de optimización, sin embargo, no se sabe la forma en que se debe llevar a cabo esa optimización.

Luego en el análisis indica que los mandatos de validez son aquellos que establecen que determinadas normas deben ser válidas; argumenta que un principio tiene que ser superior teniendo en cuenta que su capacidad para fundamentar una decisión debe hacer parte del propio concepto de principio, que de alguna forma este debe tener validez y eso puede expresarse simplemente a través de un enunciado normativo.

La interpretación de los principios como mandato de validez no es ajena a algunos problemas; los principios no pueden ser una norma de validez definitiva, ni normas sin ningún tipo de obligatoriedad.

Según Alexy (2012, p. 63), basado en la doctrina (como se cita en Sieckmann 1994, p. 209), establece que los principios son mandatos de validez, y de esta manera se le debería reconocer una cierta primacía a la reiteración infinita.

Al tomar los principios como reglas, puso en discusión si al definir los principios como mandatos de optimización implica que estos se conviertan en reglas, pero sostiene que en todo caso existen algunos principios que tienen el carácter de regla.

Teniendo en cuenta las fundamentaciones expuestas de Alexy, al llevarlas al proceso de investigación, podría decirse que la planeación dentro de la contratación estatal se ha venido manejando de manera reiterada aplicable a la estructuración y ejecución contractual, que se ha vuelto de alguna medida imperante tomando la característica de optimización, y que por ende frente al caso particular de la contratación estatal ha tomado fuerza obligatoria de amplia observancia en esta materia, llegando a ocupar el lugar de un principio, que incluso sea reconocido por la jurisprudencia para la toma de decisiones frente a las controversias suscitadas contractualmente con cierto aire normativo.

1.1.3. Principios según Carlos Bernal Pulido

Bernal (2007, p. 274) realiza dentro de su texto un análisis de las teorías planteadas por Robert Alexy, así como las contraposiciones a las conclusiones de este, de la siguiente manera:

Toca el tema de los derechos fundamentales como principios hablando de las teorías de España, en donde a estos se les atribuye un carácter normativo, dando varias interpretaciones, como la proposición de verlos a partir de teorías materiales de derechos fundamentales, determinándolos como imprescindible de su significado y vinculante para los poderes públicos.

Según Bernal (2007, p. 277), con la teoría de los principios en España, se estableció que las intervenciones de los derechos fundamentales deben desarrollarse mediante el principio de proporcionalidad, dándole importancia para la solución de controversias dadas entre los derechos fundamentales. Las cuales solo se resolverían a través de la ponderación.

Se observa que hay una implicación al definir los derechos fundamentales como principios y estos como mandatos de optimización, donde algunos autores han establecido que la teoría de los principios es apropiada para construir la teoría de los derechos fundamentales, sin embargo, esta teoría también ha tenido críticas opuestas, como las siguientes:

Una de las propuestas denominada como la irracionalidad de la ponderación, que aplica los derechos fundamentales por medio del principio de proporcionalidad, y la solución de los conflictos entre sí que por medio de la ponderación es irracional, indicando que no se debe a la falta de concepto, la comparabilidad e inconmensurable edad de los principios (Bernal, 2007, p. 278).

La teoría de la indeterminación conceptual indica que la ponderación es una fórmula retórica, sin criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación que es vinculante para el juez, siendo la ponderación una estructura vacía complementada con apreciaciones subjetivas y que no podría ofrecer respuesta correcta para los casos en que se aplica.

Según Bernal (2007, p. 279), otra teoría es la comparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan, que es la comparación de los principios pero que por su diferencia no serían comparables, por lo que no habría una organización jerárquica de los principios que se ponderan para determinar su importancia en cada caso, y no habría una unidad de medida que permita fundamentar las relaciones de los principios en colisión. Según lo señalado por Bernal (2007, citado en García, 2005, p. 31), se habla de la teoría de los principios como proveniente del neoconstitucionalismo en donde “la idea que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización”.

Desconociendo la poca determinación de los enunciados de los derechos fundamentales y con afectación de la discrecionalidad del juez, Bernal (2007, p. 282) indica que en la ponderación estaría la satisfacción de los principios que se encuentran en colisión, pudiendo entenderse la constitución con un sistema completo y coherente de axiomas, que sería una constitución metafísica o material, en la primera se tendría una única respuesta para cada caso posible, en la material sería la institucionalización de una moral material del derecho fundamental, cobrando importancia en la moral positiva, por lo que ya no interesaría el significado de los textos constitucionales, sino que los principios morales serían positivizados.

La teoría de los principios al ser comparada con los conceptos de jurisprudencia se compondría por principios sin una existencia empírica, sino ideal, basándose en que el juez podría conocer plenamente el contenido de los principios, quienes se oponen a esta teoría indican que estos principios morales no serían objetivos y que por lo tanto el juez no podría conocer su contenido de forma objetiva (Bernal, 2007, p. 283).

Para este autor entra en defensa la teoría de los principios, emitiendo favorabilidad a la racionalidad de la ponderación, este responde a las objeciones presentadas por otros doctrinantes frente al formalismo constitucional.

Establece que la aplicación del principio de proporcionalidad y el de ponderación no serían del todo racional, dándole un carácter formal a la ponderación y no incluiría apreciaciones subjetivas del juez, lo que indica que esto no garantiza la objetividad plena por ser una utopía sin sustento normativo.

Establece también que los principios tienen unos límites epistémicos y que se debe ampliar su definición frente a los mandatos de optimización, indicando que “los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas fácticas epistémicas existentes” (Bernal, 2007, pp. 285-289).

En este orden de ideas, si se toma la teoría de los principios estas no podrían ser establecidas formalmente, pues dan lugar a interpretaciones por parte de los jueces, de acuerdo con cada caso en concreto y a las colisiones que se presenten entre estos, de esta manera no serían objeto de una materialización, por cuanto no siempre se tendría una respuesta correcta, ya que su aplicación depende de cada caso en concreto.

1.1.4. Principios según Diego López

Según López (2012, p. 8), “las «reglas» son específicas y son ellas las que controlan en los conflictos jurídicos reales”, así mismo manifiesta:

“Los “principios” del derecho Romano son bellos y quizás imposibles de obviar en ocasiones que exijan cierto nivel de pompa y circunstancia, pero su efectividad dogmática y normativa en la construcción e interpretación de reglas es harina de otro costal” . (López, 2012, p. 8)

El texto va orientado a un análisis sobre del derecho civil y la transformación del derecho contractual desde sus bases romanas, identificando la presencia de los principios en las controversias contractuales, en la interpretación de leyes que generan un cambio en la tarea del Juez. Según López (2012, p. 16), uno de los primeros principios en aparecer sería el de la buena fe, pues el derecho contractual es un sistema en donde la confianza les da seguridad a las transacciones realizadas entre las partes.

Según López (2012, p. 21), cuando se hace uso de los principios, debe ser dentro de los parámetros de la argumentación, la tradición jurídica impuso que la introducción de los principios en el derecho romano permitiera satisfacer las pretensiones de las partes, incluso con resultados diferentes entendiéndose entonces que este sistema no sería el más natural, se daría un balance entre la estabilidad de la justicia lograda por la interrelación de principios y reglas.

El doctrinante indica que Dworkin y Alexy reclaman que sus conceptos no innovan en las formas en que los profesionales del derecho hacen uso tanto de principios y reglas en la consideración y para solucionar los casos.

Analizando el punto de vista del autor, se considera que la aparición de los principios incluso puede estar dada por la falta de interpretación o los vacíos normativos, que en determinados casos permitirán dar luces frente a las posiciones adoptadas por un juez, estos principios deben correlacionarse con las acciones dadas y con la pretensión de las partes, es allí donde estos podrán cobrar importancia, incluso en el mismo rango de la norma estricta.

1.2. Los principios según la Corte Constitucional

1.2.1. Concepto de principios

Según lo indica la sentencia número C-284/2015, emitida por la Corte Constitucional (2015), se determina que los principios generales del derecho referidos en el Artículo 230 de la Constitución, identifican problemáticas a su alrededor, como la definición de estos, la función en el ordenamiento jurídico, y su identificación, así como los límites de aplicación.

Dentro del contexto colombiano, los principios generales del derecho son las reglas que se deducen del espíritu de la legislación y son identificados así:

Partiendo siempre de alguna aplicación singular hecha por el código civil, a las reglas o principios del derecho comparado, a los principios de equidad o el derecho natural, que se hace presente en nuestros días, pero no como un código de leyes absolutas, sino más bien como un conjunto de direcciones críticas del derecho positivo, como un ideal de contenido variable que pretende una corrección y perfeccionamiento del derecho vigente. (Corte Constitucional, 2015)

Ahora bien, los principios constitucionales contienen disposiciones jurídicas generales, con una delimitación política y axiológica restringiendo su interpretación, haciendo que sean normas de aplicación inmediata, tanto del legislador como del juez constitucional (Corte Constitucional, 1992).

De acuerdo con lo anteriormente señalado, se precisa que los principios aparecen como unos auxiliares de las legislaciones cuando esta contempla algún vacío para la decisión sobre temas específicos, que si bien la jurisprudencia debe estar sometida al imperio de la ley, estos principios podrán ser auxiliares en la toma de decisiones que permitan esclarecer las controversias suscitadas.

1.2.2. Funciones de los principios

En algunos casos se establece a los principios con una función crítica en el ordenamiento, idealizando el derecho dirigido a los ordenamientos históricos, otras perspectivas señalan que actúan como normas jurídicas cumpliendo una función integradora la cual se activa a falta de una ley específica y aunque sean una fuente verdadera se quedan como de naturaleza subsidiaria, así mismo se indica que los principios darían precisión al alcance de las fuentes del derecho como una función interpretativa, por lo tanto se acudiría solamente a los principios para superar ambigüedades o aclarar las dudas que se presenten dentro de los enunciados jurídicos (Corte Constitucional, 2019).

Los principios adquieren una importancia excepcional cuando incrementan su complejidad jurídica, por la poca capacidad reguladora de sus preceptos generales, y por lo tanto predominarían los los principios y las decisiones judiciales que se han considerado como de carácter secundarios, lo que esto quiere decir es que cuando el derecho no contiene todas las soluciones posibles, necesita de unos criterios que serían los llamados principios, y que vienen a cumplir una función solucionadora que desarrolle una mejor comunicación con la sociedad (Corte Constitucional, 1992).

Entendiendo los pronunciamientos de la Corte, se puede establecer que los principios vienen a ser unos instrumentos complementarios frente a los vacíos expresados dentro de la ley, y que permitirán dar soluciones a las controversias que están en cabeza de la aplicación de un juez natural, cuyos límites también deben ser observados para que estos no estén sobre el imperio de la ley, concediéndose excepcionalmente su importancia en la decisión de controversias.

1.2.3. Eficacia de los principios

El Artículo 230 de la Constitución Política establece lo siguiente: “Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (Constitución Política, 1991).

Con base en este artículo la Corte Constitucional en algunos de sus pronunciamientos, manifiesta que su contenido no es de carácter taxativo, considerándose que los criterios en mención son válidos constitucionalmente como auxiliares ante el juez en el ejercicio de su actividad, habla que estos criterios son auxiliares, pero no dice que son los únicos auxiliares, pretendiendo garantizar un equilibrio jurídico ante el acceso a la administración de justicia, en el entendido que los jueces de un país no pueden rehusarla “pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley” (Corte Constitucional, 1995).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional, en la leyes siempre habrá un riesgo de encontrar vacíos, es allí en donde el juez debe dar aplicación a la analogía como fuente principal para cubrir estos vacíos, siendo esta la que desarrolla los principios generales del derecho, por lo que concluye que “en donde exista la misma razón, debe ser la misma regla de derecho” (Corte Constitucional, 1995), en ese orden de ideas, el juez no se sale del imperio de la ley cuando esta admite otros elementos que se pueden aplicar para la correcta administración de justicia.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

27

Según la sentencia C-083/95, se hace alusión a las fuentes formales del derecho y deja claro que la ley es la norma que se debe aplicar en primer lugar cuando el caso puede ser subsumido en ella, así mismo designa a la costumbre para su aplicación como una especie de norma jurídica supletoria, esto “a falta de la legislación positiva”, lo que se quiere denotar es que el juez no puede negar la justicia y que en aplicación a ella se debe dar la toma de decisiones con consecuencias jurídicas. Según lo señalado por la Corte Constitucional (1995), los principios generales del derecho corresponden a los principios que nutren el derecho positivo y lo fundamentan, induciéndose por reiteradas generalizaciones del propio derecho, de sus reglas particulares ya que son los que han servido al legislador como criterio para establecer el derecho (citado en Arce y Flórez, s.f.).

Es aquí en donde se podría inferir que los principios son eficientes, pues resulta ser favorable frente a la argumentación en la toma de decisión de los jueces cuando no es posible entrar a hacer una aplicación analógica de la norma, y cuando tampoco hay reglas de la costumbre que se permitan intervenir en ella, resultando importantes en la aplicación del derecho positivo, pues es un recurso auxiliar que poseen los jueces dentro de su facultad para administrar justicia sin que puedan negarse a ellos por la inexistencia de una norma que específicamente les permita ser aplicada a una situación en particular.

Se puede decir que de no existir la posibilidad de aplicación de los principios frente a los vacíos en cuanto a la inexistencia de normas ante la inobservancia de la analogía y de la costumbre, tendría el juez que verse abocado a buscar otras fuentes, como lo determina el Artículo 230, que le sirvieran de fundamento en la toma de sus decisiones, volviendo aún más compleja la administración de justicia frente a estas sobre situaciones no observadas dentro del ordenamiento jurídico.

1.3. Los principios según el Consejo de Estado

Cuando se habla de las fuentes del derecho, especialmente en Colombia, se habla del papel de las fuentes principales y auxiliares dentro de las cuales se pueden encontrar las denominadas de *civil law*, siendo la ley su fuente principal, poniendo la jurisprudencia en un segundo plano.

Es así como a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la cual se caracteriza por ser legalista, ha incorporado por medio de la jurisprudencia y doctrina elementos del *common law*, a pesar de que el Artículo 230 determina las fuentes del derecho, establece que los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, y que solo habla de jurisprudencia y no el precedente, cuyos términos son diferentes, pues cumplen un rol diferente de manera vinculante (Garay, 2018).

La evolución del Consejo de Estado frente a las fuentes del derecho administrativo retoma los conceptos emitidos por la Corte Suprema de Justicia frente a las fuentes formales del derecho.

Según la Sentencia N.º 25000-23-26-000-1995-00867-01 (17767), emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2011), hace mención a los fines de la contratación estatal establecidos en la Ley 80 de 1993, y establece que las actuaciones contractuales se deben supeditar al cumplimiento de los principios de la contratación estatal, entendiéndose que estos principios a los que se hace alusión son los que se encuentran taxativamente determinados dentro de la Ley 80, 1150, Decreto 1082 y demás documentos normativos, entendiéndose que estos principios son de aplicación obligatoria en cualquiera de los procesos de la contratación estatal.

Es así como el desconocimiento de los principios se encuentra prohibido dentro de la Ley 80, se puede ver especialmente frente a la prohibición de la aplicación del principio de transparencia, el cual se establece que:

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

29

Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, igualmente le será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los requisitos previstos en el presente estatuto. (Ley 80, art. 8, 1993)

Debe entenderse también que la aplicación de estos principios no solamente es de competencia de las entidades públicas, sino también a los oferentes o contratistas que participan dentro de cada uno de estos procesos.

El Consejo de Estado en la siguiente sentencia: Sala Contenciosa Administrativa, de enero 31 de 2011, estableció que se violan los principios de la contratación estatal cuando:

“Se celebran directamente varios contratos cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, de la suma de sus cuantías resulta ser que se debió contratar un objeto único por cuantía superior que por lo mismo debió ser materia de licitación y concurso y esto es fraccionar lo que en realidad constituye un solo contrato y eludir el cumplimiento de la ley. “

Es allí cuando como sanciones podríamos encontrar la nulidad absoluta en los términos de los Artículos 44 y 45, de la Ley 80.

Se podría indicar que el Estado se encuentra en la obligación de determinar los criterios de evaluación aplicando los principios de economía, transparencia, selección objetiva, responsabilidad, buena fe, publicidad, planeación e igualdad, entre otros, con el fin de cumplir los fines de la contratación, evitando la existencia de una nulidad absoluta de los acuerdos de voluntades suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios de validez.

Al hablar del principio de economía dentro de la actividad contractual se pretende que ésta no sea objeto de improvisación de la administración, sino que sea el resultado de un proceso de planeación que permita la satisfacción del bien común.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:
EL CASO DE LA PLANEACIÓN

30

Capítulo II. Los principios de la contratación estatal

2.1. Reseña histórica de la contratación estatal

Para abordar el tema de investigación se hace necesario hacer una breve reseña de la evolución del tema contractual en la legislación colombiana, pues este se ha vuelto con el tiempo el talón de Aquiles para las entidades estatales, ya que alrededor de esta se presenta una variedad de situaciones que siempre van intrínsecamente relacionadas a un proceso en específico, es así que para entrar a analizar los casos en particular, se hace necesario revisar los antecedentes de la contratación como tal, pues es esta la que se encarga de regular la relación entre el Estado y los particulares para satisfacer las necesidades de las entidades que llevan a la satisfacción del bien común.

2.1.1. Contratación estatal y su origen hasta los años 60

Previo a la Constitución de 1886 la contratación era más liberal y similar a los contratos que se realizaban con los particulares, destacando los contratos de concesión, de pontazgo y derechos de peaje, los negocios de compra y suministro para la nascente administración pública.

En 1873 el Código Fiscal Nacional introdujo la cláusula de caducidad, que en su momento no tuvo un mayor impacto, teniendo en cuenta el régimen federal que aplicaba para la época en donde había poca actividad contractual (Prada, 2014). Cláusula que hoy en día es importante en materia contractual, por cuanto respalda el contrato frente a los hechos de incumplimiento.

Con la Ley 104 de 1892 se estableció especialmente un régimen que permitía la intervención en contratos de operación y construcción, requiriendo que al finalizar la concesión se diera la venta forzada o prórrogas automáticas obligatorias en el evento de que el gobierno no presentará solicitud de compra, y la reversión sin indemnización contractual.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

31

Con la Ley 110 de 1912 se ligó la cláusula de caducidad a las condiciones contractuales expresadas en la ley, y que debía consagrarse en todos los contratos que se celebraran en nombre del Estado, consagró también el sometimiento del contrato a la ley nacional así haya sido suscrito con un extranjero, estableció el principio de igualdad para la selección de contratistas, así como la licitación pública.

Con la expedición del segundo código administrativo, Ley 167 de 1941, para poder resolver las controversias de los contratos administrativos se dieron en competencia a la Corte Suprema de Justicia, estableció que la cláusula debe constar por escrito sin presumir su exorbitancia de lo contrario de podría dar paso la nulidad del contrato al considerar el incumplimiento de las disposiciones legales.

En 1955 se estableció el Estatuto Nacional de Compras, apareciendo las cotizaciones, creando el comité de compras y entregando competencias para hacer divisiones de acuerdo con su cuantía, mediante el Decreto 355, para los contratos de obras públicas se creó un marco legal continuando con las controversias ante la jurisdicción ordinaria, manteniendo los elementos del derecho privado, pero esto solo se dio hasta 1960 con la creación del estatuto de los contratos interadministrativos indicando que estos se regirán por el Código Civil Colombiano, pero sus controversias serían dirimidas en la justicia contenciosa administrativa, teniendo en cuenta que estaba de por medio el interés público.

Se estableció entonces criterios para distinguir el contrato administrativo marcado por la jurisprudencia francesa encontrando el criterio subjetivo, de servicio público, legal de derecho público y el de cláusulas exorbitantes, entendiendo estas últimas como las que dan prerrogativas a una de las partes para poder declarar su incumplimiento, terminarlo o sancionar de forma unilateral, y así se determina si el contrato de la administración era administrativo o privado; estos criterios también se incorporaron al Consejo de Estado mediante su jurisprudencia en las décadas de los años 60 y 70 (Prada, 2014).

Sin embargo, la legislación sobre el tema contractual era muy escasa y se dividía de acuerdo con el tipo de contrato, pues tampoco se encontraba regular la actividad contractual de la mayoría de las entidades públicas, y ya empezaba a vislumbrarse la necesidad de requerir principios generales para las acciones contractuales y su régimen.

2.1.2. Contratación estatal de los años 70 a los 80

En los años 70 se dieron facultades al gobierno de manera extraordinaria con el fin de regular la contratación, expidiendo reglamentaciones materializadas de la contratación pública, según lo dispuesto en el documento: “Historia de la Contratación Estatal en Colombia” (s.f.), que se dio a través de la expedición de la Ley 28 de 1974, considerada el primer estatuto contractual, teniendo por objeto revestir con facultades especiales al presidente de la República, especialmente en materia administrativa, sin embargo, al hacer la revisión del contenido de esta no se evidenció un contenido profundo en materia contractual.

Así mismo, el Decreto Ley 150 de 1976, conocido como el primer estatuto de codificación del derecho contractual, que insertó los elementos del contrato así como los tipos de cláusulas, retomando los poderes exorbitantes en aplicación a todos los contratos, dejando vacíos como la falta de regulación frente a algunas tipologías contractuales, la falta de precisión en la aplicación de la exorbitancia, la incertidumbre frente a los regímenes departamental y municipal, la reglamentación frente a las formas de participación contractual y las excepciones del proceso licitatorio (Prada, 2014).

Con su expedición se dio una respuesta a la necesidad del Estado de agilizar los trámites vigentes e impulsar la eficacia que debería garantizar la prestación de los servicios públicos, se quiso unificar la norma y se estableció de una manera unificada a nivel nacional ante todas las entidades públicas, sin embargo, frente a los regímenes departamentales y municipales seguían estando vigentes los estatutos de contratación, de acuerdo con cada región, generando una

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

33

dicotomía, ya que podría decirse que se contaba con más de un estatuto de contratación (Díaz, 2007, p. 8).

Con esta norma se desarrollaron temas específicos respecto de la contratación de la obra pública, sus objetos, formas de pago, y se hizo claridad sobre los métodos de selección, estableciendo la licitación, el concurso de méritos y la contratación directa, así como el otorgamiento de facultades a la sala de consulta y el servicio civil del Consejo de Estado para examinar y autorizar los contratos revisados.

Se hace referencia a la generación de beneficios positivos para el país en procura de establecer una estructura legal en materia contractual, generando una mayor seguridad jurídica, sin embargo, esta norma sufrió de vacíos que más adelante tuvieron que ser llenados por las legislaciones sobrevinientes.

En los años 80 se emitió la Ley 19 del 82, en la que se incorporó principios y criterios de la contratación pública y que se desarrolló mediante el Decreto 222 del 83, el cual señalaba expresamente cuáles contratos tenían el carácter de administrativos, y cuáles eran los privados; se permitió que los entes territoriales tuvieran autonomía para disponer de un régimen para la adjudicación del contrato, siempre y cuando se ajustarán a las reglas del contrato administrativo.

En el ámbito de la aplicación legal del Decreto Ley 222 de 1983, se quiso mantener los lineamientos del Decreto 150 de 1976, esta aplicación frente a la Nación, a los establecimientos públicos y otras entidades aplicadas, distinguiendo entre los contratos privados y los de la administración, en donde los contratos administrativos solamente eran aquellos expresamente determinados en la ley atendiendo la finalidad, por ende los actos contrarios se podrían entender con un contrato privado de la administración (Díaz, 2007, p. 12).

Sin embargo, según Díaz (2007), este decreto tuvo debilidades, no se consideró de origen consensual, convirtió los procesos de contratación en mecanismos lentos que frustraron la actividad de la administración, surgiendo la necesidad de tener mecanismos más flexibles en materia contractual, dar mayor claridad y equidad en la materia, sin que desaparecieran las facultades adquiridas por la administración frente a esta.

Las inconsistencias y desórdenes provocados por la expedición del decreto en mención llevaron a la eliminación de la aplicación de dicha normatividad ante los procesos licitatorios.

Como se observa con la evolución de la contratación estatal de la mano de la expedición de regímenes que buscaban siempre un mejoramiento, se tuvieron aciertos y desaciertos, normativas con vacíos, complicadas, que no garantizaban el cumplimiento de los fines del Estado, estas complicaciones denotan la necesidad que se tenía frente a una mayor ampliación en materia contractual, con la que se permitiera que la contratación, al ser regulada, asegure el desarrollo eficiente de la administración del Estado, lo que ha llevado a la búsqueda de la unificación de criterios y el establecimiento de normas que realmente abarque las necesidades contractuales para cumplir con los fines del Estado.

2.1.3. Contratación estatal desde los años 90 a la actualidad

Aparece al tercer estatuto de contratación estatal que es el más común y actualmente vigente, la denominada Ley 80 de 1993, en la cual se habla ya genéricamente de lo que son las entidades estatales, denominando los contratos, enaltece el concepto del servicio público, emite principios como el equilibrio financiero, de ecuación contractual y económico establece un régimen exorbitante, generaliza el procedimiento de selección a través de la licitación o concurso público, así como la ampliación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En esta se extienden las responsabilidades acercándose más al contratista, a los asesores, y demás actores de la contratación como servidores públicos, estableció también el registro único de proponentes cuya regulación estaría en cabeza de las cámaras de comercio del país, establece también las las promesas de sociedad futura y las uniones temporales, y consanguando regímenes especiales en algunos campos industriales económicos (Prada, 2014).

Posteriormente se quiere realizar una modernización de la contratación pública expidiendo la Ley 1150 de 2007, mediante la cual se incluye la selección abreviada y el énfasis del concurso de méritos frente a la consultoría, aclarando también la figura de la contratación directa, se

introduce el sistema de subasta inversa, los instrumentos de compra por catálogo a través de los acuerdos marco de precios, la adquisición de bolsa de productos, implementan el desarrollo electrónico de la contratación pública a través de la plataforma del SECOP II, con la que se busca unificar toda la información de los procesos contractuales frente al principio de publicidad y ante todas sus actuaciones en cada una de sus etapas.

Se establecen nuevos criterios para tener en cuenta en los requisitos habilitantes y ponderables, así como la aplicación de la de selección objetiva, y la publicación de pliegos, señalando como obligatoria la audiencia pública en las licitaciones y cuándo procedería la revocabilidad de los actos de adjudicación, precisa los términos para liquidar el contrato, indica que la contratación estatal obedece a los principios de la función administrativa, aplicado a entidades estatales con un régimen contractual diferente.

Posteriormente se emiten otras normas, como son el Decreto 1510 de 2013, con el que se requería reglamentar el sistema de compras y contratación pública, pero este fue compilado en el Decreto 1082 del 2015 que actualmente se encuentra vigente con varias reglamentaciones.

Es así como a la fecha, incluso dentro del último decreto en mención, a pesar de que hace alusión a un capítulo de planeación, en ninguna parte establece la planeación como principio rector propiamente dicho.

2.2. Los principios en el marco administrativo actual

2.2.1. Los principios de la función administrativa

Como se mencionó al inicio de este capítulo, previo al establecimiento de los principios que deben regir la contratación estatal, la Constitución Política tiene establecidos los principios que rigen la actividad administrativa, los cuales también son de obligatorio cumplimiento frente a las acciones contractuales, estos principios, por supuesto, son los que van a prevalecer sobre todas las actuaciones administrativas, en este caso se puede considerar que son las fuentes de donde

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

36

nacen los principios específicos de la contratación estatal, que serán objeto de estudio más adelante y que a lo largo de la evolución en materia contractual se han venido desarrollando.

La función administrativa siempre va a estar al servicio de los intereses generales, es así como en el marco normativo se encuentran descritos estos principios, particularmente en el Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

No se puede olvidar que la Ley 489 de 1998, en su Artículo 3.º también hace referencia a los principios de la función administrativa, que se enuncian de la misma manera, incluyendo otros principios, dándoles una amplitud a su aplicación frente a casos específicos.

2.2.2. Principios de igualdad, de moralidad y eficacia

El principio de igualdad, cuya fundamentación principal se encuentra en la constitución, se ha desarrollado dentro de los principios y finalidades de la función administrativa, y de este se da la aplicación dentro de las actuaciones contractuales para la ejecución de cualquier procedimiento que se haya establecido para la adquisición de bienes y servicios.

En sí es un derecho en cabeza del particular que lo reviste para su participación frente a los procesos de selección, con el que se busca tener igualdad de oportunidades y el mismo trato entre uno o varios oferentes (Villamizar *et al.*, s.f.).

Este principio abarca toda la contratación sin importar el proceso de selección que se adelante, es decir que todos los ciudadanos gozarán del mismo derecho constitucional y todos podrán de igual manera aplicar las reglas para una futura adjudicación, sin que la administración pueda a su voluntad imponer condiciones para quienes estén interesados en participar de una manera desproporcionada.

Otro de los principios que se encuentra establecido dentro de la constitución es el de la moralidad, que se determina como un derecho colectivo amparado por las acciones populares, esta moralidad frente al tema contractual se ha visto cuestionada en diversas ocasiones frente al manejo de los recursos públicos, con prácticas corruptas en prevalencia de los intereses de particulares.

Desde el punto de vista de la moralidad y el derecho (Villamizar, 2006), ha de tomarse una tradición jurídica y la experiencia frente a la evolución del concepto de moral frente al derecho, la conexión dada entre derecho y moral parte de una discusión iusnaturalista y el positivismo.

El autor del artículo consultado aborda el tema de la moralidad administrativa, describiendo las características constitucionales de la función pública, revisándolos frente a la ética pública, viéndolo como derecho colectivo, entre los derechos humanos.

Es partir de la jurisprudencia que se pone a los jueces ante la moralidad administrativa desde la contratación estatal, en este entendido la Corte Constitucional hace referencia a la moralidad en el comportamiento del servidor público y la observancia que se debe tener de las finalidades del bloque de legalidad de aquellos parámetros que provienen de los valores, los principios y las normas del ordenamiento jurídico (Villamizar, 2006).

En síntesis, la moralidad como principio hace alusión al comportamiento que deben tener los individuos, tanto los funcionarios públicos, como los colaboradores particulares que prestan sus servicios al Estado, ante a todas las actuaciones administrativas en las que intervienen, entendiéndose que si su aplicación se diera desde su sentido intrínseco es posible que los actos de corrupción pudieran controlarse y disminuirse, pues los sujetos estarían obrando de acuerdo con los preceptos en mención.

2.2.3. Principios de celeridad, imparcialidad y publicidad

Ahora bien, frente al principio de eficacia es muy constante encontrar la confusión de este con el principio de eficiencia, este último se relaciona con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de unos objetivos frente al actuar administrativo (Grupo AZC S. A. S., 2018).

Este principio se presenta cuando las autoridades procuran que los procedimientos logren su finalidad disminuyendo los obstáculos formales, evitando dilaciones y saneando cualquier irregularidad procedimental procurando la efectividad del derecho objeto de la actuación administrativa.

En materia contractual no implica que la administración al momento de realizar la selección, al adjudicar o ejecutar el contrato estatal pueda ignorar los principios generales del derecho en materia administrativa, pues ellos deben observarse para el desarrollo de cualquier negocio jurídico en el que este involucrado el Estado (Grupo AZC S. A. S., 2018).

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

La celeridad desde el punto de vista contractual se indica a las autoridades, que se encargan del impulso de los procedimientos que se adelantan durante la gestión contractual, con el fin de eliminar todos aquellos trámites innecesarios que obstaculizan el desarrollo de los procesos para que se den de forma ágil y eficiente.

Es un principio que va de la mano con el de economía, con el fin de que los procesos se adelanten en un término de tiempo menor y con los menos recursos posibles, no solamente de carácter económico (V/lex, Información Jurídica Inteligente 2020). Si bien se tiene que dar una aplicación de procedimientos para lograr la ejecución contractual, estos deben aplicarse de manera razonable y que en ningún momento se contrapongan a la consecución de los fines que se requieren.

El principio de imparcialidad establecido dentro de la función administrativa va de la mano con el principio de igualdad y el de transparencia, pues este busca que los tratamientos a terceros se den de manera justa, implica que las autoridades administrativas y sus colaboradores deben tener un criterio independiente y ajeno a todo interés particular (Pinto, 2021).

El principio de publicidad favorece la transparencia dentro de las actuaciones contractuales, esta última también siendo un principio entiende que todas las actuaciones contractuales deberán ser públicas, salvo todas las excepciones que están consideradas dentro de la misma norma, a partir de la Ley 1150 de 2007, se estableció la contratación pública electrónica, lo que significa que todos los documentos que se generen en la actividad contractual, tienen lugar en medios electrónicos.

Ahora bien, a partir de la expedición del Decreto 4170 de 2011, se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, por medio de la cual se dio la implementación del sistema electrónico para la contratación pública mejor conocida como SECOP, que con el paso del tiempo es una herramienta transaccional y de publicidad procesal con gran importancia dentro de la contratación en cumplimiento del principio de publicidad.

A la luz del Decreto 1082 del 2015, se ha determinado también como publicidad el uso de la plataforma SECOP, en donde se obliga a la entidad estatal a publicar los documentos del proceso dentro de un término específico, y se indica cuáles son los documentos que deben ser publicados, con el fin de que de manera oportuna los interesados puedan conocerlos de primera mano, presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para cada uno de los procedimientos.

2.2.4. Otros principios desarrollados en el marco administrativo y contractual

Después de desarrollar cada uno de los conceptos anteriores, no se podría desconocer que dentro de la misma legislación y entre los puntos de vista jurisprudenciales se han desarrollado varios principios, como el de buena fe, el de legalidad, el de proporcionalidad, el de reciprocidad, el de selección objetiva y sin lugar a dudas traído del procedimiento administrativo, el principio del debido proceso en las actuaciones administrativas, sin olvidar obviamente el principio que es materia de la presente investigación, establecido como principio de planeación, que es un principio innominado pero que se aplica como tal, que se desarrolla a partir del principio de economía del cual ya se habló en este contexto.

2.2.4.1. Principio de selección objetiva

Lo que se busca con el establecimiento de este principio es que no se den circunstancias de carácter subjetivo que favorezcan intereses particulares, garantizando que el contratista escogido tenga el ofrecimiento más favorable para la entidad.

Para la jurisprudencia este principio es una regla de conducta dentro de la actividad contractual orientadora de los procesos licitatorios, que permite la escogencia de la oferta más conveniente para satisfacer los intereses colectivos objetos de la contratación (CE, Sección Tercera N.º 1997-08034, 2012d).

Determinada en el Artículo 5 de la Ley 1150 que trae algunos preceptos bajo los cuales se deben tener en cuenta los criterios con los que se van a establecer las reglas en los pliegos de condiciones, criterios que también se encuentran determinados dentro de la normatividad mencionada.

Este principio se encuentra presente en la actividad contractual desde la configuración de los pliegos de condiciones, que es de donde nace el derecho al proponente a conocer las reglas para presentar su oferta, así como los condicionamientos que ha establecido la entidad para hacer la evaluación y establecer los puntajes de cada factor de selección, si bien las entidades dentro de los pliegos de condiciones establecen los requerimientos, estos deben obedecer a la norma que rige cada procedimiento de selección, lo que le va a exigir a la administración una aplicación imparcial y transparente (Contratación en Línea, 2022).

2.2.4.2. Principio de buena fe

Para hacer el estudio del principio de la buena fe se hizo necesario acudir a los varios contextos normativos que hacen alusión a este.

El Artículo 83 de la Constitución Política (1991) indica que: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas” .

Así mismo, dentro del Artículo 769 del código civil se indica que esta buena fe se presume, lo que implica que las actuaciones administrativas y de los particulares se revista de este principio, y que en caso contrario la mala fe tendrá que ser debidamente comprobada, lo que significa que la verdad será admitida sin pruebas.

El Artículo 863 del Código de Comercio (1971) también hace alusión a este principio dentro de la etapa precontractual, e indica: “ las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO: EL CASO DE LA PLANEACIÓN

42

Dentro de este contexto, es tarea del juez definir sus efectos jurídicos, debiendo verificar los estándares del contratista y verificar que este obra con lealtad y honestidad (Función Pública, 1996).

Constitucionalmente cuando en la vida nacional se cumplan actuaciones de los particulares o de las autoridades públicas, todas estas personas deben ceñirse a “los postulados de la buena fe”. (Consejo de Estado, 1996, p. 1).

Lo anterior significa que quienes así actúen deben acogerse a proposiciones “cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesario para servir de base en ulteriores razonamientos” (Consejo de Estado, 1996, p. 1).

2.2.4.3. Principio de legalidad

Este principio se entiende como la garantía y tutela de la seguridad jurídica, sobre él se encuentra sustentado el derecho administrativo y por ende es aplicable a la administración pública. Implica que todos los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos al imperio de la ley.

En la circular conjunta externa de la Procuraduría General de la Nación se establece que los servidores públicos y particulares que ejecutan funciones públicas, que intervienen en el ejercicio contractual no pueden ejercer funciones y competencias diferentes a las que les han sido asignadas, dentro del marco normativo.

En las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación, sus funciones o actividades pueden estar determinadas en sus normas de creación, pudiéndose acoger a la legislación civil y comercial (Procuraduría General de la Nación, 2022).

En materia contractual este principio se aplica en el entendido que se deben conocer y aplicar las regulaciones legales, siempre dentro del marco de los principios constitucionales, por lo tanto, los procesos de selección deben ser desarrollados con observancia de las normas indicadas para ello sin que las entidades las ajusten a su acomodo.

En síntesis, el principio de legalidad indica que toda autoridad del Estado solo debe ejercer las funciones que le han sido designadas por la constitución y por la ley; en materia contractual la sala precisa que son sinalagmáticos, es decir, que son bilaterales generadores de obligaciones recíprocas; y conmutativos, es decir, que son onerosos con intercambio de prestaciones, en donde las partes deben cumplir sus obligaciones dentro de sus competencias y así dar cumplimiento a los fines requeridos.

Este principio se encuentra fundamentado en el Artículo 6, 121 y 122 de la Constitución Política.

2.2.5. Los principios de la Ley 80 de 1993

Se hace necesario continuar con el análisis de los principios contractuales que muestra el Estatuto General de Contratación que se encuentra vigente, estos principios son de obligatorio cumplimiento en materia contractual, sin embargo, ello no significa que se aparten de los principios de carácter constitucional, al contrario, tienen una relación intrínseca, lo que les da el carácter de obligatoria aplicación.

2.2.5.1. El principio de transparencia

Este principio hace alusión a la oportunidad que tienen los interesados de conocer y controvertir todos los documentos relacionados con el proceso de contratación, así como las decisiones que sobre él se tomen. Las actuaciones serán públicas, abiertas al público, impone la audiencia de adjudicación en la licitación pública, expedición de copias de las actuaciones y de las propuestas con el respeto de la reserva, así como los requisitos objetivos para participar en cada uno de los procesos de selección.

Según la Sentencia N.º 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715), emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2007), dice que el principio de transparencia es garantía en la formación del contrato, con publicidad de las bases del proceso de selección, cuya actuación debe ser imparcial, garantizando otros principios como los de imparcialidad e igualdad, moralidad y selección objetiva en la contratación, aplicando los procedimientos de selección cuyas actuaciones deben ser motivadas, públicas y controvertibles por los interesados.

Bajo este principio se deben definir reglas objetivas, claras y completas que permitan la presentación de un ofrecimiento en las mismas condiciones, no se deben incluir condiciones ni exigencias de imposible cumplimiento, ni que induzcan a error a los proponentes y tampoco que impidan la formulación de ofrecimientos, deben quedar claramente establecidas las reglas para la adjudicación del contrato.

Así mismo se observa que todos los actos administrativos se motivan de forma detallada, excepto los que sean de solo trámite, así como debe ser detallado en los informes de evaluación los actos de adjudicación y las declaratorias de desierto cuando a ello hay lugar, las autoridades no pueden actuar con desviación o abuso de poder, solamente lo harán dentro de los parámetros legales y en los avisos o documentos no se podrá incluir referencia alguna o nombre de los servidores públicos a cargo (L. 80 art. 24, 1993).

2.2.5.2. Principio de economía

Ante este principio la generalidad corresponde a la observancia que se ha de tener frente a las normas de selección establecidas dentro de los pliegos, con la que se pretende hacer escogencia del contratista, así como las etapas y los procedimientos que han de seguirse para el desarrollo del proceso, comúnmente también se señalan los términos preclusivos y perentorios que se deben observar dentro de las diferentes etapas procesales (Veeduría Distrital, 2018, p. 8).

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

45

Según la Sentencia N.º 25000-23-26-000-1995-0 0787-01, emitida por la Sala de Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2014), no hay que olvidar que en toda selección para la celebración de un contrato público, son esenciales los términos bajo los cuales se desarrollará el mismo.

Así mismo, los procedimientos contractuales deben interpretarse de tal manera que no den lugar a trámites diferentes a los que se han previsto dentro del pliego, las reglas y procedimientos se consideran un mecanismo de la actividad contractual para conseguir los fines del Estado (Consejo de Estado, 1995).

Este principio establecido en el Artículo 25 de la Ley 80 también establece claramente la oportunidad de los trámites que se desarrollan dentro del proceso, y que deben tener observancia de la austeridad del tiempo, de los medios, gastos y que se deben impedir las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

Como punto importante se considera la existencia de la disponibilidad presupuestal, como primer elemento a disposición de la entidad para la apertura de cualquier tipo de proceso, actualmente en la Ley 1882 se permite la publicación del proceso contractual sin la publicación del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), solamente hasta el término de apertura del proceso.

Es así como previo a la apertura del proceso de selección deberán haber desarrollado los estudios, los diseños y proyectos que se requieran y los pliegos de condiciones, este principio se encuentra presente tanto en las etapas del proceso de selección como en la ejecución del contrato y su respectiva liquidación.

Con el precepto anterior se puede identificar que desde allí parte el desarrollo del principio de planeación, que es objeto de esta investigación.

Ahora viene también otro punto muy importante, y es que la declaración desierta de las licitaciones solamente va a proceder por motivos o causas que puedan impedir que se escoja objetivamente un oferente, y se debe señalar en el acto administrativo que así lo decreta, de forma expresa y detallada mencionando las razones por las cuales se ha entrado a realizar la declaratoria de desierto (Veeduría Distrital, 2018, p. 9-11).

2.2.5.3. Principio de responsabilidad

Como menciona la Ley 80 de 1993 en su Artículo 26, se avala específicamente cómo los servidores públicos tienen la obligación de dar cumplimiento a los fines de la contratación, también se estableció este principio como el que tienen las autoridades y sus agentes de asumir las consecuencias de sus decisiones, omisiones o extralimitaciones de funciones, de conformidad con la constitución, las leyes y la normatividad vigente (Veeduría Distrital, 2018).

Bajo este principio se entiende que se deberá responder cuando se haga la apertura de licitaciones sin que previamente se hayan realizado los respectivos estudios previos, sin que se haya hecho una elaboración juiciosa de los pliegos de condiciones, que se crean necesarias o que se hayan elaborado en forma incompleta, que sean confusos o que conduzcan a interpretaciones o decisiones subjetivas.

Para el caso de esta investigación se observa que aquí hace parte el principio hoy innominado de planeación, porque cada una de las actividades descritas requiere que previamente se hayan planeado cada una de las acciones que se requiere realizar para el cumplimiento del objeto contractual, y que este pueda desarrollarse de la manera más eficientemente posible.

Esta responsabilidad también existe frente a los contratistas, quienes responden cuando realizan la formulación de propuestas con precios artificialmente bajos, cuyo fin inicial es solamente obtener la adjudicación del contrato, estos también deben responder por ocultar las prohibiciones, inhabilidades, e incompatibilidades que presenten en el momento de la adjudicación o por entregar información falsa, es así como los contratistas responden y la entidad debe velar por el cumplimiento del objeto contratado (Veeduría Distrital, 2018).

Capítulo III. Del principio de planeación y su aplicación

Para el abordaje de este capítulo se revisará en primer plano el principio de planeación, su concepto y alcance en materia contractual, haciéndose necesario realizar una revisión inicialmente sobre lo que significa el término planeación; y en segundo lugar, su acogimiento como principio ante las actuaciones de carácter contractual.

3.1. ¿Qué es el principio de planeación?

Es un principio innominado, es decir, que no se encuentra explícitamente determinado por la normatividad contractual, sino que ha sido desarrollado particularmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado alcanzando un aspecto vinculante, por ello se ha vuelto una imposición a cumplir con independencia del régimen jurídico que tengan las entidades estatales en materia respecto de su contratación.

A partir de los conceptos de la Corte Constitucional, se entiende que el principio de planeación en la contratación pública es una exigencia en cabeza de la entidad pública que garantice una realización y estructuración amplia de los estudios técnicos adecuados que deben realizarse previamente, con el fin de posibilitar que la entidad tenga certeza sobre el objeto y naturaleza del contrato, las obligaciones que se generen, sus riesgos y el valor, asegurando de alguna manera a quienes pretendan ser parte del proceso contractual. Indiscutiblemente este principio también irá de la mano con la realización de otros principios como el de publicidad y el debido proceso (Corte Constitucional, 2012).

A pesar de determinarse como un principio innominado, se pueden encontrar aspectos normativos que llevan al establecimiento de este, por ejemplo, se ha indicado que el principio de planeación deriva directamente del principio de economía, es aquí en donde se puede decir que tiene su fundamento constitucional, pues dentro del Artículo 209 de la Constitución Política, se

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

encuentran establecidos los principios de la función administrativa, dentro de los cuales también se encuentra determinado el principio de economía.

De acuerdo con Restrepo y Betancourt (2019), el principio de planeación esta vinculado a las proyecciones presupuestales, económicas y financieras, lo que indica que la entidad previamente debe contar con las apropiaciones presupuestales correspondientes, estableciendo también los pagos de las obligaciones que se deriven del contrato, lo que se ha establecido entre el estatuto orgánico del presupuesto y las normas que sean concordantes.

También encontrando una vinculación directa a partir del Artículo 87 de la Ley 1474 del 2011, que indica: “previo a la apertura del proceso de licitación o la firma del contrato en caso de que la modalidad de selección sea contratación directa deberán elaborarse los estudios diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones según corresponda”.

Según Matallana (2009), al analizar la relación dada entre los diferentes principios de la contratación estatal en Colombia y el principio de planeación, su ausencia genera la vulneración del principio de igualdad, pues la información suministrada no tendría certeza y por lo tanto no atrae una población de posibles oferentes, pues estos con una información incierta, no se animarían a participar en la convocatoria.

Estos principios no actúan de manera independiente, sino que se vuelven un conjunto que le apunta al buen desarrollo de la actividad contractual, el artículo menciona que la falta de aplicación de la planeación “afecta la eficacia, la eficiencia, la igualdad e incluso al objeto del proceso, generando una afectación al interés público que se persigue con ocasión del contrato” (Matallana, 2009, pp. 348-349).

También hace mención a los pronunciamientos dados por el Consejo de Estado en el siguiente sentido, la eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial. Los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva (Consejo de Estado, 2012, p. 9).

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

49

Estos principios también deben ser observados por los contratistas, desde el inicio del desarrollo del proceso y hasta la terminación de la ejecución contractual.

El artículo relaciona la planeación estatal dentro del contexto de la normatividad aplicable en Colombia:

Se indica en el artículo que posterior al concepto y alcance de la planeación en la contratación estatal, se debe abordar las normas aplicables al principio en mención, pues sobre ellas se sustenta y hace exigible jurídicamente. (Amaya, 2016, pp. 115-119)

De otra parte, concluye que la normatividad aplicable al principio de planeación se “desarrolla a partir de la normatividad que sustenta y reviste de carácter jurídico de los demás principios aplicables a los procesos de contratación pública en Colombia” (Amaya, 2016, p. 112). Por lo anterior, advierte el consejero de estado, Jaime Orlando Santofimio, en su sentencia del 28 de marzo de 2012, afirmando que:

A pesar que la planeación no se encuentra tipificada directamente en la Ley 80 de 1993, es inevitable que se presente como uno de los principios rectores del contrato.

Indica que el principio en mención se infiere de los Artículos 209, 339 y 341 constitucionales; así como de la ley 80 de 1993 en los numerales 6, 7 y 11 a 14 del Artículo 25, del numeral 3 del Artículo 26, de los numerales 1 y 2 del Artículo 30, así como el Artículo 2.º del Decreto 01 de 1984.

Es así que se determina que, para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, debe haber un orden que permita adoptar decisiones que se materialicen a favor de los intereses comunales. (Consejo de Estado, 2012a, p. 7)

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

La planeación, aunque sea vista como un principio innominado tiene uno de los papeles más importantes dentro de la contratación estatal, sin embargo, desde la expedición de la Ley 80 de 1993 solo se desarrollaron tres principios (Correa *et al.*, 2020). En el Artículo 25 se determina el principio de economía, de este se deriva el principio de planeación que ha sido desarrollado por las altas cortes, en especial el Consejo de Estado, al no estar expresamente determinado en la ley, y que han dado claridad a lo relacionado con el principio de planeación.

Según Correa *et al.* (2020), al no haber un concepto claro del principio de planeación como requisito en la contratación de las entidades públicas, se da paso a la interpretación subjetiva y que esto puede ser perjudicial en el manejo de los recursos públicos, haciendo mención a los varios pronunciamientos del Consejo de Estado frente a dicha materia en el siguiente sentido:

La obligatoriedad de la planeación como manifestación del principio de economía, tiene por fin asegurar que todo proyecto tenga unos estudios de carácter técnico, financiero y jurídico que permiten determinar su viabilidad y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar.

De ello se analiza si resulta factible o no celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, y en lo necesario, se deben tener los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

Así mismo determinará las modalidades contractuales a usar y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características del bien o servicio objeto de licitación; y los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. (Consejo de Estado, 2012, p. 1).

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

3.1.1. Alcance del principio de planeación

El Consejo de Estado ha establecido dentro de sus pronunciamientos que aunque no fuera el trámite de un proceso de selección formal como lo es la licitación pública, esto no significa que la escogencia del contratista pueda hacerse de manera caprichosa, por ejemplo cuando se aplica la contratación directa; es así como la entidad pública deberá informar no solo el objeto del contrato, sino su forma de evaluación y adjudicación, con el fin de que los oferentes tengan conocimiento de los factores de calificación y que determinan la decisión final, que en caso de no aplicarse se puede tipificar una deficiencia en el proceso de selección, afectando la validez del acto de adjudicación (Consejo de Estado, 2012c).

Tabla 1. ¿Cómo se refleja la aplicación del principio de planeación contractual?

<p>Es el marco jurídico de la actividad contractual.</p>	<p>Los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual.</p>
<p>Fija parámetros que deben tenerse en cuenta con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.</p>	<p>Entre ellos parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercados, jurídicos, de elaboración de pliegos.</p>
<p>La planeación y el principio de legalidad.</p>	<p>La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es en este periodo donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más</p>

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

	<p>intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.</p>
<p>El parámetro de oportunidad.</p>	<p>Este parámetro tiene relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato, pues las más elementales consideraciones sobre la prestación de servicios públicos y la protección de los recursos del Estado indica que debe procederse a su celebración cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos etc. sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que el objeto contractual se llevará a feliz término y se entregará en óptimas condiciones.</p>
<p>El principio de planeación permite establecer la duración del objeto contractual.</p>	<p>El parámetro de oportunidad persigue establecer la duración del objeto contractual, pues se puede precisar el precio real de las cosas o servicios que serán objeto del contrato, y así se podrá evaluar mejor las propuestas en el proceso de selección. Aquí se evaluará: la fluctuación de precios para que la administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual (contrato conmutativo).</p>
<p>El principio de planeación hace efectivo el principio de economía.</p>	<p>Dando cumplimiento al principio de planeación, la administración podrá aprovechar eficientemente los recursos públicos y podrá cumplir el principio de selección objetiva escogiendo la propuesta más favorable.</p>

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

<p>El principio de planeación abarca también a los contratistas del Estado.</p>	<p>Ley 80/93. Art. 3. Inc. 2. El contratista tiene el deber de poner de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas y deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que evidencien fallas de planeación. En caso de no atender lo anterior, los contratistas NO podrán pretender el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos o recibirlos con fundamento en un negocio jurídico que ostenta un vicio de ilegalidad por violar el principio de planeación.</p>
---	--

Fuente: Contratación en Línea (2022).

3.1.2. Influencia del principio de planeación en el desarrollo de los procesos contractuales

Dada la importancia que ha adquirido el principio de planeación, indiscutiblemente debe ser previsto desde el mismo momento en que se desarrolla por parte de la entidad y el planteamiento del plan anual de adquisiciones.

Una vez planteada esta necesidad se deben realizar las acciones pertinentes para la configuración o estructuración de los procesos contractuales, que como ya es sabido tienen componentes técnicos, presupuestales, económicos, financieros y jurídicos que conforman el conjunto de condiciones que a futuro, durante la ejecución del contrato, llevarán a conseguir la satisfacción de las necesidades plasmadas.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

54

Bajo estos parámetros es necesario entrar a revisar los distintos aspectos que componen la estructuración. Desde la parte técnica se reconocen tres elementos esenciales: los estudios previos, el objeto por contratar y los alcances físicos.

Según lo señalado por Escobar (s.f.):

Para establecer las especificaciones de las obras se requiere que desde el punto de vista técnico se realicen los estudios necesarios de los servicios o bienes que demanda la entidad y así poder dar cumplimiento a sus fines constitucionales.

Así se podrá asegurar que la inversión del Estado sea racional y eficiente, y que su finalidad no se desvíe de la atención óptima de las necesidades públicas. (Citado en Suárez y Vélez, 2016, p. 21)

Esta fase técnica implica dejar en claro todos aquellos aspectos particulares que deben estar estipulados en los estudios previos, como son las características claras de los bienes o servicios que se requiere contratar, partiendo de un conocimiento sobre dichas condiciones y sobre todos aquellos aspectos que los influyen, como es el caso de los permisos o licencias, dentro de otros requisitos que deben tenerse claramente establecidos en la estructuración.

Desde el punto de vista presupuestal, económico o financiero, las entidades dentro de su mismo plan anual de adquisidores deben tener claro la designación del presupuesto con el que se va a desarrollar el proceso, así mismo en la estructuración, en el desarrollo de los estudios del sector se pretende dar claridad al mercado que maneja el bien o servicio, y se debe plasmar su impacto económico y la evaluación, es así como se acude válidamente a los instrumentos que nos ofrece en este caso Colombia Compra Eficiente, entidad que tiene implementada la “Guía para la Elaboración de Estudios de Sector G-EES-02”.

Desde el punto de vista legal y en relación con la parte técnica presupuestal y financiera, se debe dar observancia a aquellos ordenamientos jurídicos que se encuentren relacionados con el bien o servicio por contratar, frente a licencias o permisos, y al cumplimiento de los

procedimientos que para cada tipología de proceso se requiera, es así como se encuentra relacionado el principio de planeación con el de legalidad, pues como ya se sabe toda actuación administrativa tiene que estar en cumplimiento de la normatividad vigente.

La no observancia de estos parámetros puede llevar a que no se pueda conseguir el fin de la contratación en particular, lo que podría traer algunas consecuencias que se revisarán más adelante, afectando el interés general.

3.1.3. Fuerza vinculante del principio de planeación

Ha de entenderse de acuerdo con lo ya escrito que el principio de planeación tiene una fuerza vinculante dentro de los contratos estatales, pues su ausencia iría en contra del interés general, trayendo consecuencias como el no cumplimiento del objeto pactado y el detrimento al patrimonio público, lo que hace parte de la legalidad del contrato, pero no siempre la inobservancia del principio de planeación va en contradicción de la jurisprudencia, ni genera nulidad.

La violación del principio de planeación generaría nulidad absoluta y sus causales deben estar expresamente definidas en la ley (Guecha, 2019), y cuando se presenten circunstancias como la inviabilidad del objeto contractual, cuando su ejecución depende de terceros, cuando se evidencia que los tiempos de ejecución requeridos no podrán cumplirse ocasionando un detrimento patrimonial.

De acuerdo con la doctrina es importante que en la fase precontractual se deba poner toda la atención en los estudios y análisis previos para poder determinar con mayor certeza el qué, el cómo, y el con quién del proceso contractual que se quiere desarrollar.

Dentro de estas actividades se puede encontrar la aplicación del principio de selección objetiva, la constitución de los compromisos presupuestales, la conveniencia del objeto, la realización del análisis del sector, la obtención previa de autorizaciones, permisos y licencias que se requieren para la ejecución, dejar claros los términos de la minuta, definir la supervisión o interventoría del contrato, la elaboración de la matriz de riesgos previsible, la suficiencia de las

garantías y la publicación oportuna en las plataformas, de las actuaciones en el desarrollo del proceso (Restrepo y Betancourt, 2019).

3.1.4. Consecuencias de la inobservancia del principio de planeación o inaplicación de este

Una vez se han visto y analizado los principios contractuales, en especial el principio de planeación, se hace necesario que se entren a revisar y analizar cómo se presenta su inobservancia y cuáles son sus fundamentos y consecuencias.

Es así que se dio inicio al análisis en principio de los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a esta inobservancia, estudiando la problemática de que no era posible entrar a declarar la nulidad de un contrato por desconocimiento del principio de planeación, por cuanto este llevaba a que por su inobservancia se presentara un objeto ilícito.

Según la Sentencia N.º 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809), emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2014a), en el fallo se indicó que la inobservancia del principio de planeación no siempre va a generar la nulidad contractual, y hace la salvedad que no toda deficiencia en la planeación genera una nulidad.

En la misma sentencia se indica que en el fallo del 8 de julio de 2014, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se refirió al principio de planeación y a su incumplimiento indicando al respecto:

Contrario *sensu*, el incumplimiento de este deber se traducirá en una errática ejecución contractual, que se enfrentará a diversos obstáculos e inconvenientes, los cuales a su vez se pueden traducir en demoras y sobrecostos en la obtención del objeto contractual en cuestión.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

57

Todo lo cual, obviamente, atenta contra el mencionado principio de economía que debe regir en la contratación estatal. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 2014b)

De la sentencia se evidencia que el principio de planeación no es un principio perentorio, y que podría generar una nulidad absoluta del contrato por su falta de aplicación, teniendo el juez que justificar su control de legalidad dentro de la normativa existente y entrar a evaluar si la falta de planeación en la aplicación de un proceso contractual generaría un objeto ilícito por falta de actividades previas, necesarias para el desarrollo del objeto contractual principal (Consejo de Estado, 2015).

Dentro de esta sentencia también se determina que, aunque el principio de planeación no se encuentre descrito en la Ley 80, indudablemente es un principio rector dentro de la contratación estatal, que se infiere de los Artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política y no puede ser desconocido por los operadores del derecho contractual, lo que significa que la “planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del estado” (Consejo de Estado, 2015).

El desconocimiento del principio de planeación puede generar que haya una violación a la normatividad que lo ha impuesto, precisamente por el efecto vinculante que se le ha reconocido, lo que podría desencadenar en que se constituya un objeto ilícito con el que se causa un perjuicio ante ese fin que es conseguir la satisfacción del interés general.

La inobservancia del principio de planeación por parte de los contratistas como colaboradores del Estado, también va a acarrear consecuencias frente a su comportamiento, con el cual se vea afectada la satisfacción de la necesidad requerida.

Como lo mencionan Medina y Hurtado (2020, citados en Jaime, 2013), las faltas de los contratistas generan una vulneración al principio de responsabilidad cuando producen sobrecostos que rompen el equilibrio económico del contrato, siendo el supervisor “un medio legal para cumplir los derechos y deberes asignados a las entidades contratadas dirigidas en principio al cumplimiento del objeto contractual que pretende la concreción de los fines del estado” (p. 166).

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

58

Según Contratación en Línea (s.f.), como consecuencia de estas faltas vendrán las investigaciones por las posibles conductas penales, fiscales y disciplinarias en que incurran tanto los funcionarios como los contratistas que se encuentran en cabeza de la ejecución contractual.

Ahora bien, también hay que adentrarse a analizar las imputaciones válidas que se pueden presentar como consecuencia de la falta de aplicación del principio de planeación, cuando se habla de los cargos disciplinarios estos deben contener una imputación clara, precisa, específica, integral, propia y típica.

Dando aplicación al principio de responsabilidad que se encuentra incluido dentro de la ley 734 del 2002, que en su numeral 31 del Artículo 48, se denominó la participación en la etapa precontractual desconociendo los principios rectores de la contratación Estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Como se observa, en ningún momento hace exclusión alguna de actividades o deberes por cumplirse ante la apertura al proceso contractual, y que frente a lo que ha indicado reiteradamente la jurisprudencia es una etapa que comprende todas las reglas que desarrollan los principios de economía y de planeación, involucrando el deber ser de la realización de los estudios previos.

La imputación de esta conducta podría llevar a la declaración de una responsabilidad disciplinaria al sujeto e imponer una sanción principal, como puede ser la destitución o una inhabilidad general por el término que considere el juez.

Es así que la planeación implica que se debe tener un panorama claro de cómo hacer la ejecución del objeto contractual, tener en cuenta los costos, los tiempos, los riesgos y demás factores que intervengan en su desarrollo.

Se da a conocer por medio de algunos ejemplos que algunas obras incluso con el cumplimiento de los requisitos mínimos de planeación precontractual no permitieron que se llegara a un feliz término, o que en su realización no se tuvieron en cuenta todos los requerimientos necesarios para su sostenibilidad (Aponte, 2014, pp. 177-207).

Según Aponte (2014), el documento concluye que la inobservancia de la planeación permite un uso inadecuado de los recursos públicos, que para su correcto uso se deben tener en cuenta todas las dimensiones sobre la obra pública, para un buen desarrollo en su ejecución.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Es así que su incumplimiento tiene unas consecuencias adversas que pueden ir desde la declaratoria de nulidad del contrato, hasta reconocimientos por indemnizaciones de perjuicios a favor de los contratistas (García, 2018).

Frente a las posturas del Consejo de Estado, se encuentra la nulidad del contrato estatal, cuya inobservancia es un vicio producto de la violación de normas que protegen el interés general, y que insta a la administración a actuar bajo su observancia, caso contrario lleva a una nulidad contractual por objeto ilícito.

Como una segunda postura del Consejo de Estado se determina que las fallas en la aplicación del principio de planeación no siempre llevan la nulidad del contrato, ya que las causales son taxativas, por lo que la suscripción del contrato con inobservancia del principio posibilita al contratista la solicitud de indemnizaciones frente a los perjuicios como consecuencia de dichas fallas, como un incumplimiento en cabeza de la entidad y en concurrencia de elementos de responsabilidad (García, 2018).

Según Medina y Hurtado (2020), la inobservancia por parte del contratista también vulnera el principio de responsabilidad, indicando el Consejo de Estado los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, no pueden escudarse por los desbalances efecto de la ecuación financiera del negocio, ya que las circunstancias debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como el competente desarrollador de las artes o actividades que ofrece a la entidad estatal (citados en la Sentencia 2003-01742/34454).

En algunas investigaciones también se pudo identificar que, en la actividad contractual realizada en algunas entidades territoriales, se presentaron errores en la etapa de planeación por desconocimiento o falta de capacidad de los prestadores de servicios, generando una indebida ejecución del contrato, afectando las necesidades de la comunidad (Soto y Pinilla, 2021).

La inobservancia también transgrede otros principios de carácter constitucional que se aplican a la contratación estatal, que limita la libre competencia de quienes participan, que vulneran en muchas ocasiones la protección del derecho al trabajo, como cuando se vulnera el principio de igualdad o el principio de imparcialidad.

Como lo mencionan Soto y Pinilla (2021), se encuentran atribuciones de la responsabilidad frente a la inobservancia del principio por objeto ilícito y desviación de poder, desencadenando declaraciones de nulidades del acto del contrato o alguna de sus cláusulas, perdiendo el nivel jurídico, lo que lleva a que haya una retrotracción al estado anterior a la celebración del contrato, afectando la eficacia y eficiencia de la administración pública, produciendo un desgaste administrativo que pudo haber sido previamente evitado (Consejo de Estado, 2012).

Así mismo, la inobservancia se da de diferentes maneras frente al incumplimiento de varios factores necesarios para la ejecución de los objetos contractuales, generando el deber de restitución y nulidad de todos los actos que sean accesorios a él, y que vayan a generar una transgresión y afectación al patrimonio público y a los intereses de la comunidad.

Una vez revisados cada uno de los elementos que hacen parte de la investigación y analizadas las diferentes posturas, se analiza que desde los diferentes puntos de vista se reconoce la importancia de la aplicación del principio de planeación y, por ende, su inobservancia genera circunstancias que causan graves transgresiones a la actividad administrativa.

De todo el recorrido que se ha hecho en este aparte de la investigación, se destaca que la planeación no solamente debe ser de aplicación de la entidad estatal, sino también de aplicación del contratista en la estructuración de su oferta.

Y aunque el principio no se encuentre nominado, la inobservancia genera consecuencias que recaen directamente sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos y contratistas como colaboradores del Estado que impiden que los procesos sean legítimos en su desarrollo, es por ello que no se podría decir que aunque no sea un principio nominado, no sería sancionable de ninguna manera, al contrario, su reconocimiento ha llevado a que la importancia de su aplicación genere consecuencias graves y de impacto en la función administrativa.

3.2. Posiciones jurisprudenciales sobre el principio de planeación

La planeación ha cobrado tanta importancia dentro de la contratación que sería un total desacierto su falta de aplicación.

Es por ello que se hace necesario analizar la jurisprudencia que habla sobre la materia, toda vez que es a través de esta fuente que dicho principio ha cobrado gran valor, especialmente los pronunciamientos del Consejo de Estado, reconocido como el órgano que se encarga de dirimir los conflictos que se presenten en las relaciones contractuales dadas entre el Estado y sus contratistas o particulares, alrededor de las cuales se han construido varias líneas jurisprudenciales respecto de la contratación (Jauregui *et al.*, 2018, p. 9).

3.2.1. Posición jurisprudencial de la Corte Suprema y la Corte Constitucional ante el principio de planeación

Dentro de las estipulaciones encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema, se indica que por medio de este se hace la exigencia de contar con estudios o análisis de conveniencia que justifiquen la necesidad del contrato (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Es allí donde le da una máxima importancia a la planeación, indicando que debe ser tenida en cuenta en todos los procesos contractuales, refiriéndose a las obligaciones que tienen las entidades frente a la realización previa de estudios, diseños y la estructuración de los pliegos de condiciones antes de la firma de un contrato.

Como lo afirma la sentencia SP17159-2016, emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2016a), el tener el análisis de una conveniencia de oportunidad es un requisito esencial en el trámite contractual que debe ser aplicable a todos los procesos de selección, y que con ellos se da un desarrollo del principio de economía, en el que se encuentra inmersa la planeación en todo caso al celebrar un contrato, como el de prestación de servicios, sin que se hayan realizado los respectivos análisis o estudios previos, se estaría incumpliendo un requisito esencial dentro de su trámite, llevando a la constitución de un tipo penal que sería la celebración de contratos sin el lleno de requisitos.

En el caso particular que analizó la Corte, se indica que aun la modalidad de contratación directa requiere del cumplimiento de los requisitos ya indicados, y que aunque la norma no cuenta

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

62

con un término legal para indicar la antelación con la cual se deben realizar estos estudios, ello no puede ser irrelevante para la entidad estatal, que debe dar el término teniendo en cuenta las características del contrato.

Según lo indica la sentencia C-300/12, emitida por la Corte Constitucional, el principio de planeación también recae sobre las modificaciones que se surtan en la ejecución de los contratos, como circunstancias excepcionales que no afecten la planeación y la seguridad jurídica del contrato sobre hechos que sean superpuestos entre las circunstancias de ejecución contractual, obedeciendo a causas reales autorizadas por la ley y a la satisfacción de los fines del Estado que se comprometen con la contratación.

También se indica la relación de la planeación con otros principios, como el de la economía, que se ha mencionado constantemente, el de eficacia y la libre concurrencia, los dos primeros se encuentran establecidos en el ordenamiento superior en su Artículo 209, y el último en el Artículo 334 superior, indicando que los estudios previos no solamente son para procurar una adecuada ejecución del contrato, sino también para evitar que haya mayores costos dentro de la ejecución por modificaciones sobrevinientes que sean imputables a la entidad .

Al relacionarlo con el principio de libre concurrencia, lo establece como una manifestación de la libre competencia e igualdad que permitirá que cualquier persona tenga la posibilidad de participar en los procesos de selección, de lo contrario podría llevar a los oferentes a que se abstengan de presentar propuestas perjudicando su libre competencia.

Esta sentencia deja en claro que el principio de planeación se encuentra recogido dentro de la Ley 80 y la 1474, lo que ha llevado a analizar que aunque el principio no se encuentre nominado dentro de estas normatividades, las definiciones que se le han dado se encuentran allí determinadas así:

“Previo a la apertura de un proceso de selección e incluso de una a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones según corresponda. Se podría indicar que en el inciso primero se establece que la entidad contratante deberá contar con los estudios y

diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental, esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño” (L. 80 numeral 12, art. 25, 1993).

Como lo afirma la sentencia STC 7133, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2020), en todas las etapas contractuales debe estar presente el principio de planeación, con el fin de evitar improvisaciones durante su ejecución, lo que llevaría a que los funcionarios en cabeza del desarrollo de estos procesos deban tener en cuenta todas las circunstancias que pudieran llegar a impedir el cumplimiento del objeto contractual, obligando a precizarlo desde los estudios pertinentes, evitando ocasionar daños o perjuicios.

De este pronunciamiento también se pudo analizar que dependiendo del grado de inobservancia de la aplicación de la planeación, también se entra a establecer las responsabilidades por asumir de los funcionarios que omitieron o pasaron por alto la aplicación de dicho principio en el desarrollo de los procesos contractuales.

La responsabilidad recae sobre un ordenador del gasto que desarrolló un proceso contractual, sin que se hayan tenido en cuenta todos los aspectos requeridos para su ejecución, y a pesar de que no haya sido desarrollada directamente por él no lo exime de las responsabilidades frente al cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales que rigen la contratación estatal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce la planeación como un principio contractual, e indica que hace parte integral de los principios de economía y responsabilidad, y guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y legalidad en esta se indica que todas las etapas que se den tanto en la estructuración del proceso como en la ejecución contractual no pueden ser objeto de improvisación alguna (Corte Suprema de Justicia, 2017).

En la revisión del caso dado por la Corte, aduce que se realizaron acciones como la adición contractual frente a un contrato que no tenía la suficiente ejecución que lo justificara, así como que su tiempo de ejecución final con las adiciones y prórrogas realizadas fueron en más del doble de lo inicialmente establecido, faltando al principio de planeación en la estructuración de las

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

actividades requeridas, siendo elementos suficientes para sancionar aquellas conductas que van en contra de los principios legales superiores y el estatuto general de la contratación.

De manera muy interesante y dentro de las sentencias emitidas por la Corte Suprema se identificó aquel caso en donde por dar cumplimiento al principio de planeación, se tomaron atribuciones que no corresponden, para el caso revisado se evidenció que un solo actor habría realizado acciones de planeación no solamente sobre la estructuración, sino también sobre la esencia de la ejecución contractual, que se supone debe corresponder solamente a aquel a quien se le ha adjudicado el desarrollo de una obra o labor por su respectiva idoneidad (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Se encontró también la relación de la planeación en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la administración, que permite previamente establecer todos los recursos frente a los que la administración en ese ejercicio de la autonomía establece las necesidades que requiere, bajo una tipología contractual observando los procesos y procedimientos administrativos.

Sin embargo, se analiza que a pesar de aplicar toda la planeación en la etapa precontractual, esta autonomía de la voluntad no podría estar presente en el ciclo de selección y adjudicación, ya que la autonomía se materializaría en el qué y en el cómo de la contratación, pero no en el quién (CC-C-119/20, 2019a).

Señala la Corte que la planeación hace parte de la autonomía de las entidades territoriales como el primer ejercicio contractual ejecutado por medio de contratos, pero que de ninguna manera excluye a las entidades territoriales de los preceptos constitucionales, lo que indica que la actividad debe regirse por los principios de la función administrativa y en materia contractual, aplicando el principio de planeación y a toda la normatividad contractual sin desconocer el carácter unitario del Estado.

Según lo indica la sentencia C-119/20, por la Corte Constitucional (2020), con la elaboración de los pliegos de condiciones no se exigieron condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Es así entonces que la elaboración de los pliegos de condiciones con aplicación del principio de planeación es la manifestación más clara de la autonomía de la voluntad, aun para las entidades territoriales, sujeto a un ordenamiento jurídico limitado por el legislador.

La Corte Constitucional también habla del principio de planeación cuando estudia la celebración de los contratos sin el lleno de los requisitos, lo hace desde la perspectiva de la imposición de las penas frente a la comisión de un ilícito para el caso expuesto por la Corte.

Dentro del análisis se pudo establecer que la Corte define el principio de economía, y define la planeación desde los Artículos 25 y 26 de la Ley 80, indicando en lo que este consiste, el deber de elaborar los estudios y diseños previos, los pliegos dentro de un término previo a la selección de un contratista y el contrato, requisitos que deben cumplir los oferentes con anterioridad a la adjudicación del proceso licitatorio (Corte Constitucional, 2021).

Es así como del caso de la sentencia se pudo observar que para la imputación de un delito, como es la celebración de contrato sin el lleno de requisitos, se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por la Fiscalía, mediante las cuales se demostraron que desde la parte precontractual se presentaron diversas violaciones a los principios de la contratación administrativa.

Lo anterior se dio por la omisión o inexistencia de estudios y documentos previos, y que al no cumplirse se estableció sin una mayor consideración las necesidades del suministro requerido.

También se determinó que no hubo disponibilidad de los recursos para su ejecución, evidenciando que los contratos se iniciaron sin estos, y que se realizaron otras modificaciones sin las autorizaciones presupuestales correspondientes, desencadenando otro tipo de ilegalidades frente al tipo de los recursos que se tomaron para la ejecución.

La ausencia en la determinación del valor y la existencia de recursos, adicional a la falta de estudios previos, recae bajo la responsabilidad de un ordenador del gasto sobre el cual se observa una flagrante violación al principio de planeación con las consecuencias penales respectivas.

Sin duda alguna tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, hacen un reconocimiento de la planeación como principio, partiendo siempre desde los fundamentos

constitucionales frente a la función administrativa, convirtiéndola en una aplicación obligatoria ante las entidades estatales frente al desarrollo de los procesos contractuales, así mismo dejan ver cómo la planeación tiene relación con otros principios y otras figuras trabajadas en materia de contratación estatal, por lo que no deja al libre arbitrio de las entidades la aplicación del principio de planeación.

3.2.2. Posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado ante el principio de planeación

En este punto de la investigación ya se tiene claridad que a pesar de que el principio de planeación sea un principio innominado, no es una limitante para que sea de obligatorio cumplimiento para ello, y su aplicación ha sido desarrollada por los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado, que le ha dado la importancia al principio objeto de la investigación. A continuación se hará referencia respecto de dichos pronunciamientos.

Se identifica dentro de los fallos emitidos por el Consejo de Estado dos líneas jurisprudenciales que distan la una de la otra, y que podrían generar que no haya una seguridad jurídica frente a la toma de decisiones en los conflictos contractuales.

Se indica que el principio de planeación se completa con las actuaciones previas, es decir, precontractuales de la administración y del particular que participa en la contratación. aceptando una corresponsabilidad entre las autoridades públicas y los particulares (Jauregui *et al.*, 2018, p. 10).

Los autores en mención sostienen que, según el Consejo de Estado, la acción de nulidad por violación del principio de planeación procede por su la incidencia de un objeto ilícito, pero también hace alusión a una contraposición en la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en donde argumentan que el principio en mención únicamente recae en la administración pública, indicando que el particular no se obliga a verificar las acciones precontractuales de la administración.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

67

Según la sentencia 19730, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la ausencia de planeación atacaría esencialmente el interés general, trayendo consecuencias gravosas no solo para el patrimonio público, lo que se quiere es que la administración pública tenga una racionalización y organización de sus acciones para lograr los fines propuestos.

Así mismo, indica que aunque el legislador no haya tipificado la planeación dentro del Estatuto General de Contratación, su presencia como principio rector se puede inferir de los Artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política, lo que indica que se debe dar un orden estricto para adoptar decisiones que se materialicen a favor de los intereses comunes.

El Consejo de Estado también ha indicado que la obligación de reparar un perjuicio con fundamento en el contrato no siempre surge DE la violación del principio de planeación, y no pueden ser enunciadas de manera general y abstracta, debe realizarse la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales para acreditar los perjuicios generados al contratista.

Que si bien es cierto la elaboración de diseños adecuados es una obligación de la entidad contratante, si una vez se ha advertido su falta de eficiencia, la entidad toma medidas, ajusta diseños y se le introducen al contrato para mantener el equilibrio de la ecuación financiera, no podría seguirse hablando de la violación del principio de planeación como una fuente de perjuicios (Consejo de Estado, 2020).

Según Silva (2018), desde el punto de vista de lo contencioso administrativo, de acuerdo con los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la planeación es un parámetro de obligatorio cumplimiento en cabeza de las entidades públicas que busquen la satisfacción de las necesidades e intereses dados en el ejercicio de la actividad contractual.

Se entiende así que los principios con los que se ubica la planeación se convierten en herramientas hermenéuticas, dándole significado a las reglas jurídicas, constituyendo una fuente formal para resolver situaciones en concreto ante la falta o ausencia de reglas jurídicas.

Se estudia también al principio de planeación visto con una doble dimensión por parte del juez contencioso administrativo, bajo este concepto se entiende que, si bien la planeación se ha

vuelto un pilar fundamental en la configuración del contrato estatal y con eso poder cumplir los fines estatales, tiene más implicaciones de las que se ven a simple vista.

Se hace alusión a que durante los últimos tiempos a través de la jurisprudencia también se ha reconocido que su implicación no es solamente frente a las entidades del Estado, sino también recae sobre los proponentes y contratistas, indicando que su inobservancia va en las cargas de diligencia, rigor y seriedad en la estructuración de la oferta, que conducen a una deficiente estructuración económica de la propuesta que le impiden tener las utilidades que esperaban con el resultado de la ejecución contractual (Consejo de Estado, 2019).

Es así como se analiza que la planeación también genera responsabilidad ante los contratistas, reconocidos como colaboradores de la administración y que tienen la obligación de actuar bajo su observancia, haciendo alusión al inciso segundo del Artículo 3.º de la Ley 80 de 1993, que estableció: “Los particulares tendrán en cuenta al celebrar, ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumple una función social que como tal implica obligaciones”.

Se analiza que los contratistas también entran dentro de los litigios contractuales, en el evento en que estos cuando evidencian circunstancias puedan afectar la ejecución, y es un proceso que deben advertir a la entidad pública de dicho error, y no podrán pretender estructurar sus ofertas, aun sabiendo de la existencia de dichas falencias, lo que estaría contraviniendo el principio de buena fe, de lo contrario, no podrá alegar algún tipo de perjuicio o desequilibrio económico.

Según la Sentencia N.º 07001-23-21-000-1999-00546-01 (21489), emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2012b), se indica claramente que el principio de planeación es una manifestación del principio de economía, que quiere asegurar que todo proceso esté precedido por los respectivos actos previos y demás documentos que permitan dar claridad a la necesidad y sus requerimientos.

Con la misma importancia que se requiere tener los estudios, nace la necesidad de que las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales con ello hace referencia el Consejo de Estado a lo establecido en el numeral 2 del Artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

De acuerdo con el caso observado en la sentencia, ni siquiera en las contrataciones directas se pueden obviar los requisitos en mención, pues en consideración de los estudios realizados en esta investigación, también se requiere de la estructuración previa que permitan avalar un objeto contractual para su posterior desarrollo, pues cada tipo de proceso contractual dista de la estructuración de estudios y diseños previos para su desarrollo.

El caso en la sentencia expuso la celebración de contrataciones directas en la etapa final de un periodo administrativo de un mandatario local, contrataciones que no se observaron con la aplicación de los principios, como tal el de planeación, pues en ninguno se encontraron soportes sobre los estudios que indican la realización de estas y la adjudicación de dichos procesos al mismo contratista, según la Sentencia N.º 07001 -23- 21-000- 1999-00546-01 (21489), emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2012).

Esta indicó que no se puede desconocer la celebración de varios contratos con un mismo contratista, siempre y cuando se reúnan todos los requisitos y se cumplan todas las reglas determinadas en el proceso de selección, ni tampoco es impedimento realizar contratos a la terminación de los periodos administrativos de los mandatarios elegidos por elección popular, siempre que se encuentren debidamente justificadas y con el cumplimiento legal pertinente, y que sean necesarias para los fines públicos que se pretenden desarrollar con las contrataciones realizadas.

En otros pronunciamientos del Consejo de Estado se establece el principio de planeación como un principio bifronte, lo que significa que hay una carga tanto para la entidad como para el contratista frente a los aspectos que debe reunir cada parte, y que son íntegros en la formación del contrato (Consejo de Estado, 2013).

En la sentencia analizada se aprecia que la falla en la aplicación de la planeación puede generar incumplimientos contractuales, como la insuficiencia de recursos para la atención de pagos, que causa un desequilibrio económico, pero estos son independientes de una debida planeación, ya que son hechos imprevistos que rompen la ecuación económica definida en su celebración.

Esta última parte lleva a entender que no siempre el desequilibrio económico presentado en un contrato obedece a la falta de aplicación del principio de planeación, pues pueden obedecer a circunstancias imprevistas que no hayan podido ser predecibles desde la estructuración misma del negocio contractual.

Destaca la sentencia la obligación que tiene el contratista en cumplimiento del principio de planeación de obrar de forma diligente al momento de la conformación de su oferta, en orden de conseguir sus utilidades esperadas.

Reitera la jurisprudencia que en el Artículo 25 de la Ley 80 se hace referencia a las actividades de la planeación como una expresión del principio de economía, así mismo hace referencia a que con la expedición de la Ley 1150 se fortaleció el principio de planeación al momento en que se estableció la exigencia del análisis y distribución de riesgos del contrato.

Se relaciona entonces lo estudiado en esta sentencia frente a lo establecido en capítulos anteriores, ante la responsabilidad que tiene el contratista de dar aplicación al principio de planeación con la elaboración de los respectivos análisis de precios, frente a los costos en la conformación de su oferta cuando se proponen adiciones y modificaciones al contrato, para así poder establecer un orden sobre los requerimientos con los que se construyen las obligaciones contractuales.

3.2.3. Carácter vinculante de la jurisprudencia

En esta etapa de la investigación ya se ha podido identificar que el principio de planeación tiene su fuente fundamental y su fuerza obligatoria de acuerdo con las posiciones jurisprudenciales emitidas por las altas cortes, en especial las del Consejo de Estado.

En este entendido se entrará a analizar cuál es el carácter vinculante de la jurisprudencia, ese carácter que permite que el desarrollo de este principio a través de esta sea tan importante y tan de obligatorio cumplimiento, como lo hemos venido observando.

En el ámbito jurídico colombiano la jurisprudencia de la Corte Constitucional es considerada una fuente formal y material del derecho originando su fuerza vinculante en las decisiones de las autoridades, sin embargo, se considera en principio que el Consejo de Estado dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tendría la misma fuerza vinculante indicada de la Corte Constitucional (Vargas, 2017).

Al respecto se ha de precisar que dentro de la Constitución Política (1993), en su Artículo 237, numeral 1, se habla de las atribuciones del Consejo de Estado, indicando que es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, como la máxima autoridad en materia contenciosa administrativa, con funciones jurisdiccionales y consultivas.

Según Vargas (2017), los conceptos originarios en lo contencioso administrativo no han sido mayormente desarrollados en la doctrina, sino que se ha dado más un desarrollo a través de la jurisprudencia constitucional, y que a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, se adoptó una doctrina anglosajona de carácter administrativo que permitirá el establecimiento precedente en esta materia.

Indica el autor que la extensión de la jurisprudencia de unificación está dada en los Artículos 10-102 269 y 270 del CPACA, en donde se contienen dos tipos normativos, una parte que regula los procedimientos administrativos por seguir por parte de las autoridades, y la otra referida a los procedimientos jurisdiccionales que deben cumplir los jueces y magistrados de lo contencioso administrativo.

Explícitamente ha de observarse la aplicación del Artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, que habla sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado e indica que frente los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial las autoridades deberán extenderán sus efectos cuando se haya reconocido un derecho, a quienes acrediten los supuestos fácticos y jurídicos similares a los de los pronunciamientos.

Con el ingreso de esta figura se quiere dar un reconocimiento a la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe reconocerse en materia contencioso administrativo por medio de las sentencias de unificación, lo que no significa que los jueces se dediquen a reproducir lo dicho por otros jueces, haciendo de las decisiones una forma mecánica (Vargas,

2017), al contrario, entiéndase que debe haber un análisis por cada caso particular que permite llegar a la toma de decisiones sobre los presupuestos unificados posibles.

Bajo el contexto del Artículo 230 de la Constitución Política, las sentencias se constituyen como un criterio auxiliar para los jueces que están sometidos al imperio de la ley, sin embargo, esta no dice nada sin el sentido de orientación que le den sus operadores, donde se pretende dar significados sobre las expresiones dadas por el legislador, entendiéndose que las leyes no son solo las palabras del legislador, sino que son las palabras del legislador más la interpretación que los jueces hacen de ellas (Blanco, 2015, p. 113).

De allí se debe dar importancia a los precedentes, que significa que son las interpretaciones que los jueces hacen sobre las normas, constituyéndose en precedentes judiciales; estos tendrán su aplicación o importancia dependiendo de la jerarquía de los jueces que los están emitiendo.

Según Blanco (2015), las altas cortes crean sus precedentes por medio de la jurisprudencia, que es la que resuelve los problemas sometidos a su competencia y se incorporan al ordenamiento jurídico, adquiriendo importancia al interpretar el alcance de los derechos y las leyes, así como su obligatoriedad asegurando el derecho a la igualdad y promoviendo la seguridad jurídica y confianza legítima en el sistema.

Se encuentra nuevamente la figura del precedente, que según Salazar (2020, p. 12), la Corte Constitucional insistió que su teoría trascendía los fallos emanados de las altas Cortes, lo que es coherente con nuestro texto constitucional, donde se establece que los actos de toda autoridad pública suponen el acatamiento al principio de legalidad, fundamentando la obligación constitucional y responsabilidad que tiene la administración de garantizar los demás principios para consolidar a su vez el principio de seguridad jurídica.

Se observó con gran importancia la mención de la sentencia T- 578/2011 del 27 de julio de 2011, en la cual se indica el reconocimiento que hace la Corte Constitucional frente al valor de la jurisprudencia.

A partir del principio de igualdad reconocido en la Constitución, así como en el bloque de constitucionalidad permite que los ciudadanos hagan exigible la extensión de la jurisprudencia para resolver sus casos. (Consejo de Estado, 2013).

Finalmente, con el material consultado se puede identificar que el desarrollo de la jurisprudencia ha tomado mayor fuerza con el tiempo frente a la interpretación de las normas ante la toma de decisiones por los sujetos administrativos o los jueces, con la aplicación siempre del concepto de precedente que lleva a casos iguales y decisiones iguales.

Para el objeto de la investigación, desde el Consejo de Estado como ha quedado demostrado en el presente documento, se tienen variados pronunciamientos respecto de la aplicación de principios, y en especial del principio de planeación que han sido reiterados en la resolución de casos particulares, generando precedentes que llevan a darle el carácter de vinculante de la jurisprudencia, al momento de dar aplicación al principio de planeación como innominado frente aquellos casos en que contractualmente no se hayan tenido en cuenta los preceptos expuestos para la celebración de los contratos.

3.3. El principio de planeación en el derecho comparado

Una vez se han analizado todos los aspectos de la planeación aplicados al ámbito nacional, se hace necesario entrar a investigar y analizar ante el régimen contractual de otros países, si existe o no la aplicación del principio que nos ocupa en el presente documento, por lo que se hicieron algunas consultas de otras legislaciones en las que encontramos parámetros importantes por conocer.

3.3.1. Principio de planeación visto desde del régimen alemán y español

Se encontró que en ordenamientos jurídicos como el alemán existen distintas clases de planes entendidos como los presupuestos del Estado y de las actividades territoriales, los planes globales o sectoriales de ordenación del territorio, los planes de necesidad y los planes en el ámbito del medio ambiente, lo que genera una dificultad para definir el término plan. Se considera el plan como una denominación general que abarca varios fenómenos descritos, se hace una

diferenciación entre este y el término planificación o planeación, definiendo la planificación como “la actividad que tiene por finalidad la adopción de un plano; el plan es producto de esta actividad” (Benavidez, 2020, p. 23).

Así mismo, se analizó que en España se ha convertido en una obligación la programación adecuada de un contrato con acciones como la publicación de un anuncio e información en las plataformas electrónicas, en donde se reflejen como mínimo los contratos que tengan una regulación armonizada a realizar en el año de vigencia y los proyectados plurianuales, sin embargo, se indica en el texto que esta obligación se viene incumpliendo por la mayoría de entidades y que los tribunales de recursos contractuales no le han dado trascendencia jurídica.

Según Benavidez (2020), dentro de la reglamentación española debe ser extremo el cuidado en la etapa inicial del del contrato como una solución con la que se pretende que el número de contratos anulados por falencias en su preparación se reduzca, ya sea por ausencia de crédito, por no tener a disposición los terrenos o presentar inconsistencias en la estructuración del pliego de condiciones o sobrecostos de los contratos públicos por lo que el cuidado en su preparación deber ser riguroso y debe promover la integridad.

Se indica también que estos preceptos han tenido una poca implementación y que por el momento solo se obliga a los órganos gestores a suscribir memorias del contrato muy completas, antes de la licitación, y hace alusión a que el Artículo 116 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), obliga parte a la motivación de la necesidad del contrato.

“La falta de observancia de estos aspectos es el motivo principal en aquellos casos de corrupción en la contratación española, se indica que en las memorias mencionadas se debe justificar el la razón del procedimiento de adjudicación, de los recursos de solvencia tanto económica como técnica los criterios de selección para quienes quieran licitar, los criterios a tener en cuenta para la adjudicación y las condiciones de ejecución”.

También se debe incluir de manera detallada los costes directos e indirectos, su beneficio de tipo industrial que ofrece, y obligándose a que si el contrato no está dividido en lotes se motive de forma adecuada”. (Benavidez, 2020, p. 51).

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

75

Se habla de las consultas preliminares del mercado como una herramienta de apoyo de los expertos o del mismo mercado, definiendo adecuadamente los pliegos de condiciones y de esta forma recolectar información que ayude a estructurar correctamente una licitación a la pluralidad de oferentes y otras problemáticas.

Se indica que para establecer los aspectos formales en la contratación se requiere de por lo menos dos documentos, uno que rige la consulta preliminar y un documento de necesidades, el primero así:

Como recomendación, indicando el objeto de la consulta, los participantes en ella y la forma de hacerlo, el anuncio de la obligación del poder adjudicador de no difundir las concretas soluciones de los participantes.

Se realizará la mención de que la participación de las empresas en la consulta o de otros agentes implicará la necesidad de difundir la información pertinente, el plazo para participar en la consulta y demás información que se requiera (Benavidez, 2020, p. 53)

El documento de necesidades es un documento de categoría técnica que recoge el mayor detalle posible de las problemáticas de la entidad, el objeto que se persigue, el futuro contrato y las dificultades para no poder prepararlo.

Su contenido se inspira en la norma determinada “Guía para autoridades públicas sobre la contratación pública de innovación”, está corresponde a una normatividad que ha sido dictada por la Comisión Europea en la que se caracterizan distintas fases del proceso respecto de las conductas preliminares.

Al referirse al fraccionamiento de los contratos, según Benavidez (2020), dentro de la normativa española se enfatiza en que el objeto del contrato debe ser concreto y lo más completo posible, es la valoración de aquellos elementos que son inseparables que tienen una misma finalidad, y que son imprescindibles para la ejecución de los servicios, la obra o el suministro, es decir, deben tener un mismo vínculo operativo.

Al hablar de los riesgos de la modificación del contrato se establece que rara vez en España los contratos eran modificados posteriormente, ya que los defectos dados en la planeación de los mismos llevaban a que en su ejecución este se adaptara a la realidad y así solventar los problemas que se originaron por una preparación defectuosa, se consideraban las modificaciones como el medio por el cual se recuperaban las excesivas bajas económicas que en ocasiones realizaban las empresas en la presentación de sus ofertas.

En el texto investigado también se indica que España dio un vuelco total y que se ha convertido en la más restrictiva en Europa en cuanto a la aplicación de las restricciones indicadas.

Se habla del origen del mandato de *Vergabereife*, denominado como la maduración de los contratos, entendida como la obligación de la entidad contratante para determinar de manera clara y exhaustiva la necesidad y que sea entendible por todas las empresas, generando que las ofertas puedan ser comparadas (Benavidez, 2020, p. 63). Implica también “la obligación de comenzar un procedimiento contractual solo cuando estén listos los documentos contractuales prima en interés de la misma autoridad contractual”, lo que indicaría que un proceso contractual solo se desarrolla cuando se cumplan los requisitos jurídicos reales, y se protejan los licitantes a participar en un proceso.

En el derecho español los contratos administrativos parten de la normatividad denominada “Contratos de las administraciones públicas”, que se encuentra establecido en el Real Decreto Legislativo 2 de 2002, reglamentado por el Decreto 1098 de 2001, por medio del cual se aprobó el reglamento general de la ley de contratos de las administraciones públicas (Vega, 2005).

La regulación de los contratos administrativos en España también se compone de directivas, jurisprudencia y demás actos expedidos por los organismos de la comunidad europea, en atención a los tratados internacionales en donde se compromete a la corona española para incorporar en su derecho interno y primar sobre sus disposiciones estas reglamentaciones.

Con estos tratados internacionales, según Vega (2005), lo que se procura es que se dé una uniformidad jurídica para garantizar la vigencia y el respeto de los principios de transparencia, concurrencia e igualdad, esta aplicación origina un aumento en la adjudicación de contratos

administrativos a empresas no españolas, dando una mayor participación de empresas europeas con cuya concurrencia se pretende obtener beneficios económicos para España.

Se indica que a pesar de la naturaleza de los distintos entes que constituyen el estado español, de manera primordial se debe observar las prescripciones emitidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), respecto de la aplicación de los principios de transparencia y a la capacidad del contratista, siempre que el capital público corresponda a más del 50 %.

Aun cuando se trate de contratos con empresas públicas industriales y comerciales se impone el respeto a los principios de concurrencia, publicidad e igualdad, sin embargo, según Vega (2005), su naturaleza no determina que se excluyan de la regulación de la LCAP.

Observado el material del autor se evidencia que, dentro de su perspectiva analizada a pesar de hacer reconocimiento de algunos principios frente al manejo de la contratación estatal, no se hace alusión a la planeación como principio, ni aquellos actos preparatorios previos para el establecimiento de un contrato, lo que inicialmente podría dejar ver que no hay un reconocimiento específico sobre la importancia de la planeación como principio en la legislación española.

Se encontraron también doctrinas por medio de las cuales se hacen estudios sobre otros principios específicos, como la transparencia en la contratación pública, basada en la publicidad contractual, para ello hace referencia a las plataformas o portales de contratación propios utilizados en España, que en comparación con Colombia no es una sola plataforma, sino que cada una de sus provincias tiene la total disposición de manejar su propia plataforma publicitaria, que permite revisar los perfiles de sus contratantes y que permite el acceso a toda la información contractual realizada en dichos territorios (Beltrán y Martínez, 2019, p. 4).

Se evidenció la existencia de un plan estatal que impulsara la contratación pública socialmente responsable, que según Souza *et al.* (2021), se incorporó en el boletín oficial del estado de la orden PCI/566/2019/ del 2021 de mayo, en el marco de la ley de los contratos del sector público, Ley 9 de 2017.

Dentro de ese plan estableció la creación de un grupo de trabajo y una comisión interministerial, con que permitiera incorporar criterios sociales dentro de la contratación pública,

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

78

queriendo influir en el mercado para incentivar que las entidades desarrollen una gestión socialmente responsable mediante sus bienes o servicios (Puerta, 2021, p. 116).

La intención del derecho de la unión dentro de la concepción contractual, según Puerta (2021), va más allá de conseguir servicios, obras y suministros para los fines de la administración en condiciones económicamente ventajosas, incentivando la creación de políticas que promuevan y protejan valores fundamentales.

Lo que se puede identificar de estos establecimientos es que en efecto para las ejecuciones contractuales se deben tener en cuenta los criterios sociales y ambientales, que hacen parte del origen de estas contrataciones que tendrían que ser incorporados dentro de los aspectos previos para el buen desarrollo de los contratos, ejecutando políticas sociales que no se apartan de poder establecer los criterios bajo los cuales se deben establecer reglas para favorecer incluso a las mipymes que quieran hacer parte de la contratación, y que para el régimen colombiano hace parte de la etapa de preparación o de planeación contractual.

Es así como realizado el análisis del material consultado, se pudo identificar que en los regímenes estudiados se da importancia a los aspectos previos a la celebración de los contratos, es decir, también se identifica que la planeación es una parte primordial para el desarrollo de los diversos procesos contractuales, imponiendo incluso algunos aspectos como de carácter obligatorio para la aplicación en cualquier tipo de procedimiento contractual; se podría indicar que este principio de planeación, aunque tampoco se encuentre determinado o denominado explícitamente, se manifiesta a través de distintas acciones o teorías frente al desarrollo de la contratación administrativa, por ende su aplicación en los regímenes de otros países cobra tanta importancia, como la tiene en este momento para el Estado colombiano.

3.3.2. Principio de planeación visto desde el régimen de contratación pública del Ecuador

Se realizó el estudio sobre el régimen de contratación pública en el país del Ecuador, y de allí se identificó que se contemplan diferentes fases: preparatoria, precontractual y contractual.

Cuando se habla de la fase preparatoria se indica que por parte de la entidad contratante se debe dar la elaboración y modificación del plan anual de contrataciones, dentro de esta fase encontramos el desarrollo de los estudios de mercado, el establecimiento de las especificaciones técnicas, los términos de referencia y todas las actividades preliminares a la publicación de los procedimientos en los portales electrónicos, y es una fase en la cual no intervienen los posibles proveedores (Atxalandabaso, 2019).

En este régimen se dan unos lineamientos sobre las oportunidades del mercado y las oportunidades de las empresas españolas frente a la contratación pública del Ecuador que pretende reforzar las relaciones entre la Unión Europea y los países de la región andina, como Colombia, Perú y Ecuador; es a través de este acuerdo que se identifican las condiciones para que haya una competencia justa y abierta, y que los proveedores puedan participar en igualdad de condiciones que debe ser observada en la fase previa de cualquier proceso.

Así mismo, al consultar y analizar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, se observó en su Artículo 4 la identificación de los principios que se han de tener en cuenta para la aplicación de la ley en mención, y para los contratos que se deriven de esta, como son el de “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional”.

Como se evidencia dentro de los principios, no se encuentra el de planeación, sin embargo, a partir del título tercero denominado: “De los procedimientos”, en su Artículo 22 y subsiguientes se pueden observar establecimientos como el plan anual de contratación, que es la formulación que deben hacer las entidades contratantes de los objetivos y necesidades institucionales con indicación del presupuesto, de conformidad con la planificación plurianual que se hace al plan nacional de desarrollo y a los presupuestos del Estado ecuatoriano.

El Artículo 23, habla de los estudios e indica que antes del inicio de un procedimiento contractual la entidad ha de tener estudios y diseños definitivos, así como planos, cálculos, y las especificaciones técnicas, los cuales deben estar vinculados al plan anual de contratación, incluyendo obligatoriamente de manera previa, una desagregación tecnológica o de compra, que proyecte la proporción de participación conforme a la metodología y los parámetros que sean determinados por el denominado servicio nacional de contratación pública, que en este caso es la entidad que rige en materia contractual en el país de Ecuador.

También en su Artículo 24 habla que las entidades previas a las convocatorias deben certificar las disponibilidades presupuestarias y la existencia de los recursos suficientes ya sean presentes o futuros para cumplir las obligaciones que se deriven de la contratación.

Es así como se puede visualizar que a pesar que dentro de los principios establecidos no se encuentre denominado el de planeación, sí están estipuladas otras circunstancias que hacen parte previa de los procesos contractuales, y que se deben tener en cuenta al momento de la programación de cada uno de ellos, que están incluidos dentro de un plan anual de adquisiciones y que son de obligatoria aplicación a cualquier ejecución procesal, pudiendo decir entonces que se aplica el principio de planeación de una manera tácita.

La contratación pública en el Ecuador tiene un papel importante en su economía, pues hace parte de la representación del PIB en los contratos públicos y se muestra como una herramienta de ahorro, y se realiza mediante la estandarización y simplificación de los trámites en las herramientas de las comunicaciones (Reyna y Benítez, 2019).

De acuerdo con la importancia mencionada, en Ecuador se realizó la creación del “Plan Anual de Contrataciones «PAC»”, como consecuencia de haberse identificado que en el manejo de los recursos públicos se venía presentando improvisaciones en su uso.

Según Reyna y Benítez (2019), en la contratación se presentaban arbitrariedades por no tener una debida planificación anual sobre las contrataciones, evidenciando la falta de estudios previos o mal elaborados, con diferencias en las solicitudes de compra y con procesos contractuales extendidos que generaban que el plazo fuera más allá de lo indicado inicialmente.

Se indica que dentro de la contratación ecuatoriana se busca que exista una reducción de precios en la presentación de ofertas, que permita beneficios en el manejo del presupuesto público, buscando metodologías que eviten las desviaciones que generan costos, las que deben ser previamente identificadas para ser aplicadas dentro de los procesos y los contratos suscritos.

En la contratación ecuatoriana también se tienen disposiciones aplicables a los procedimientos de selección, dentro de esas disposiciones está la inclusión del plan anual de contratación, que se debe incluir en todas las contrataciones, sin embargo, se hace la salvedad que aquellas que se requieran para emergencia o ínfima cuantía, no tendrán la obligatoriedad de estar incluidas dentro del plan mencionado.

Se denota también los estudios y diseños que, según Cisneros (2013), se deben tener previos al desarrollo de un procedimiento precontractual, y teniendo en cuenta la naturaleza de la contratación deben estar actualizados con planos, cálculos y especificaciones técnicas, y deben estar debidamente aprobados por las instancias dentro de la entidad contratante.

Se indica que recae responsabilidad de tipo civil, penal y administrativa sobre aquellas personas encargadas de la realización de estos estudios, en el evento en que se encuentren perjuicios frente al Estado.

Se expuso también la existencia de los pliegos, definidos como documentos precontractuales, que deben ser estructurados y aprobados para cada procedimiento que se sujetan a los modelos del Instituto Nacional de Contratación Pública (Cisneros, 2013, p. 41), que debe contener, toda la información que tiene la entidad respecto de los servicios esperados y sus los productos, así como la determinación el plazo, el desarrollo de su ejecución, el personal requerido y las formas de pago.

También se menciona la figura de la comisión técnica, que se entiende como los profesionales que supervisan y evalúan la creación del proceso de contratación dentro de la etapa precontractual que, según Cisneros (2013), la obligatoriedad de su conformación se da de acuerdo con el monto de la contratación y el tipo de procedimiento, teniendo en cuenta si son obras bienes o servicios.

Se denomina la primera fase o fase precontractual a aquella en la que se le da inicio desde la creación de la necesidad hasta el momento de la firma del contrato adjudicado, según lo señalado por Cisneros (2013, citado en Pérez, 2018, p. 716), esta etapa de precontrato se caracteriza por el contacto que la entidad establece con los proveedores y potenciales interesados en participar en el proceso de contratación.

Al respecto se debe entender que es como la creación de un vínculo con los posibles oferentes, sin que se dé la existencia de una obligación contractual, pero con la adquisición de compromisos mutuos que en caso de que estos decidan su participación se comprometen a cumplir con todos los precios, so pena de aplicar las acciones de ley correspondientes, estos compromisos no se entienden como un contrato firmado, pero en la ley ecuatoriana se fija como una obligación del oferente por cumplir con lo ofrecido para llegar a la fase contractual.

Llama especialmente la atención este vínculo previo al desarrollo del proceso contractual, pues este podría verse desde dos puntos de vista, en consideración del investigador y en comparación con la legislación colombiana, como un favorecimiento o un direccionamiento de la contratación hacia un oferente específico, o como una forma de tener la claridad sobre el campo en el cual se desarrolla la obra, el bien o servicio, sobre las condiciones de los oferentes y el esclarecimiento de las necesidades de la entidad, con el fin de que las partes tengan la suficiente claridad tanto de la entidad en el establecimiento de su necesidad, como del oferente en la conformación de sus ofertas, de acuerdo con los compromisos pactados previamente.

Una actividad que a todas luces dentro del régimen colombiano podría generar una amplia expectativa frente a los temas de corrupción que se vienen presentando en el desarrollo de la contratación pública.

3.3.3. Principio de planeación visto desde el régimen de contratación pública de Chile

El régimen de contratación chileno se basa en la Ley 19886, denominada como la ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (Puentes, 2016, p. 26);

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

siendo una ley que rige para todas las instituciones de esta ley se creó con el fin de velar por la eficiencia de compras y la transparencia preservando la igualdad en las competencias y considerando el debido proceso (Chile Compra, 2004).

Así como en nuestro país se cuenta con “Colombia Compra Eficiente”, en Chile se constituyeron órganos nuevos, como la Dirección de Compras y Contratación Pública, denominada “Chile Compra”, que tiene la función primordialmente de administrar el sistema público de compras de Chile y contribuir “al desarrollo de políticas públicas al promover la inclusión y sustentabilidad en la cultura de compras y ventas del Estado” (Chile Compra, 2004, p. 1).

Se realizó la revisión y análisis de la legislación contractual chilena, y se observó que en su Artículo 6 se indica que “las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio puede adquirir y todos sus costos asociados presentes y futuros” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2022, párr. 3).

Así mismo, se observó que dentro del Artículo 10 se indica que la adjudicación se debe realizar teniendo en atención a los requisitos establecidos en las bases respectivas bajo los criterios de evaluación señalados en el reglamento, sin que se haga alusión a los principios sobre los cuales se rige la contratación en el país objeto de estudio.

Sin embargo, teniendo en cuenta el contenido de dicha normatividad, se encontró el Decreto 250 del 24 de septiembre del 2004, por medio del cual se establece la reglamentación de las bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en este decreto en su Artículo 56, se establecen los principios rectores, en donde solamente se indica que:

Se deberán utilizar medios tecnológicos en los sistemas de información para garantizar la neutralidad, consistencia, seguridad y confidencialidad debiendo basarse en estándares públicos e inoperables permitiendo el respaldo de su información, su superación continua y el registro de operaciones en su origen, salvo caso fortuito o fuerza mayor. (Decreto 250, Artículo 56, 2004).

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Lo que se permite analizar en este punto de la investigación es que el principio de planeación tampoco se encuentra nominado dentro del régimen contractual chileno, sin embargo, esto no impide que se tengan algunos establecimientos vistos de la manera descrita continuación:

Se identificó en el numeral 3 del Artículo 2 un título denominado “Bases”, que corresponde a los documentos que aprueba la autoridad, que contienen los requisitos, condiciones y especificaciones emitidas por la entidad, describiendo los servicios y los bienes por contratar que regulan los procesos de compras y que incluye las bases administrativas y técnicas, en el punto siguiente se denominan como bases administrativas los documentos que ha sido aprobados por la autoridad, que contienen las etapas, consultas, plazos, criterios de evaluación, aclaraciones, formas de adjudicación, las cláusulas del contrato y otros aspectos propios del proceso de compras administrativas.

También define las bases técnicas como los mismos documentos en donde están las especificaciones, requisitos, descripciones y demás características del bien, obra o servicio por contratar.

En todo el texto siempre se hace alusión a que los procesos y procedimientos establecidos por las entidades deben ir de acuerdo con las bases que se determinen para ello, lo que bien puede significar que son todos aquellos documentos previos a la realización de la futura contratación, lo que implicaría que son actividades que permiten planear a las entidades sus adquisiciones de bienes o servicios, en este orden de ideas, lo que se encuentra denominado como base sería equiparable con nuestro principio de planeación.

En el régimen chileno el fomento de la transparencia y de otros objetivos frente a las políticas contractuales requieren que haya una amplia difusión de las contrataciones que se proyectan, e implican que dentro del Estado haya una notificación de los datos que agrupan las categorías de los bienes obras o servicios, y según Meyer y Fath (s.f.), es necesario que las entidades chilenas tengan unos planes de compra anuales, ya que no existen, o de existir no han sido divulgados entre los proveedores potenciales. Se indica que tampoco está la existencia de una oficina política central que realice la recopilación y la difusión de los datos sobre las categorías de bienes obras o servicios, por lo que no se consideran una realidad práctica.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

En Chile se considera que con la existencia de ciertos métodos para la contratación se tienen las herramientas necesarias para que un proceso sea abierto, y desde allí se determine el método de contratación, existiendo el riesgo de que cuando se desea usar un método de convocatoria que no corresponde, se disminuye el grado de transparencia, incrementando la exclusión de proveedores de una manera discriminatoria, esto se da cuando se aplican las licitaciones privadas y los procedimientos de tres cotizaciones (Meyer y Fath, s.f.).

Es importante recalcar sobre lo investigado respecto a la contratación por medio de tres cotizaciones, esta solo se hace con la consulta de la información de aquellos oferentes que se encuentran inscritos dentro de la entidad, que es una información muy básica, lo que no permitiría conocer de fondo las calidades y capacidades de quienes ofertan los servicios para una correcta ejecución, lo que deja ver a todas luces que estaría en contra del principio de transparencia y procedimiento frente al cual no hay aplicación alguna de la planeación, ya sea como concepto o como principio.

Según Meyer y Fath (s.f.), estas prácticas no son exclusivamente de Chile, indican los doctrinantes que en Estados Unidos con el fin de promover pequeños negocios hay reservas en ciertos montos de contratos gubernamentales que se escogen como beneficiarios, sin embargo, la diferencia con el régimen chileno es que esta práctica se encuentra regulada en la legislación estadounidense, mientras que en Chile la ley no autoriza la inclusión o exclusión de la clase de proveedores.

En los demás tipos contractuales impera la aplicación del principio de transparencia, trato equitativo y prácticas leales, que consisten en entregar a los proveedores toda la información necesaria para participar en una contratación y que puedan preparar su oferta, indicándose que las entidades contratantes tienen requisitos de calificación y criterios de adjudicación dentro de todos los documentos que hacen parte de las licitaciones, incluyendo factores que se relacionan o no con el precio y con la asignación de puntajes relativos a diversos factores.

Indudablemente estos establecimientos a la luz de la presente investigación indirectamente estarían generando una inclusión de la planeación dentro de los procedimientos contractuales chilenos, esto en el entendido que para su desarrollo se deben tener en cuenta los aspectos

mencionados, que permitirán la correcta escogencia de un proveedor y cumplir en este caso con los fines del Estado.

Sin duda alguna la contratación pública en Chile también se basa en principios, es así como el que más se reconoce es el de igualdad, con el que se pretende evitar discriminaciones a los oferentes que quieran participar en dichos procesos de contratación, de ello deviene que no es lícito que la entidad entre a realizar prácticas en donde se abuse de su posición dominante frente a un control sobre el proceso licitatorio (Lara, 2011, p. 59).

Después de analizados los doctrinantes se ha identificado que dentro de las acciones contractuales de Chile bien pudieran haberse presentado acciones irregulares, en donde según Lara (2011), se ejerce un abuso de la facultad del diseño y conducción del proceso licitatorio, cayendo en prácticas irregulares, como por ejemplo, el establecimiento de requisitos que solo pueden ser cumplidos por uno de los oferentes y la imposibilidad de impugnar la licitación pública en cualquiera de sus etapas, o también la imposición de inhabilidades o incompatibilidades sin un soporte legislativo.

Estos comportamientos o acciones han producido temeridad a los oferentes frente a la presentación de ofertas en un escenario de posible denuncia por las faltas, pues les genera temeridad de no ser tenidos en cuenta para futuros procesos contractuales, lo que ha tratado de modificarse a partir del establecimiento del Tribunal de Contratación.

Según Lara (2011), este tribunal vino a conocer los actos arbitrarios o ilegales producidos entre la aprobación de las bases y la adjudicación.

Se puede observar de esta manera que, en materia contractual en Chile, a pesar de hablar de los principios que la rigen, que provienen de su propia Constitución, no se hace una identificación plena de la planeación como principio, sin embargo, se evidencia que los entes de control se están encargando de revisar las bases de los procesos hasta su adjudicación, con el fin de evitar hechos irregulares.

Para esta investigación, lo anterior significa que esas bases, de acuerdo con lo que se ha venido estableciendo, hacen parte de la planeación del proceso, es decir, los procesos en Chile deberían tener en su fase preliminar una debida planeación.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Pues bien, ahora se revisa el papel del Tribunal de Contratación dentro de las acciones contractuales. Este fue creado mediante la Ley 19-886 del 2003, que según Merino (2020), los temas que se someten a este tribunal corresponden a aquellos actos u omisiones arbitrarios, que ocurren dentro de los procedimientos de contratación de los organismos públicos regidos por la misma ley.

Indica que esta norma tiene una competencia precontractual sobre los procedimientos administrativos de la contratación, pues se refiere al proceso por el cual se determinan los requisitos que deben cumplir los oferentes que se contratarán por parte de la administración, es así como lo menciona la Ley 19.886 de 2003, en el 1.1.2. inciso 2.º del Artículo 24: “La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”.

En este punto se hace alusión a que una vez revisada la jurisprudencia emitida por este tribunal, se han encontrado particularidades, como por ejemplo el declararse incompetente frente a casos que si bien son contractuales no corresponden a las facultades otorgadas por la ley, es así como se plasmó el caso de la impugnación de un acto administrativo, por medio del cual se dio la terminación de un contrato en ejecución, frente a esta acción el tribunal argumenta no ser competente para conocerla, toda vez que por las facultades otorgadas por la ley solo puede conocer de los casos que se presenten desde la aprobación de las bases, hasta la adjudicación del contrato.

Analizado el tema se podría entrar a decir, en comparación a todo lo que hemos mencionado dentro de esta investigación, que las bases contractuales son todas aquellas que deben estar planeadas para el desarrollo del contrato, y que en última este tribunal solamente conocería sobre aquellas fallas dentro de las bases, que en la legislación colombiana se podría tomar como parte fundamental de la planeación para la ejecución contractual, lo que lleva a concluir que el tribunal solo afectaría aquella fase de planeación inicial de los contratos administrativos en Chile.

En la construcción del material para esta parte de la investigación, se evidencia que no hay una profundización de jurisprudencia chilena frente al tema de principios contractuales, mucho menos al de la planeación, y así mismo queda evidenciado en los pronunciamientos de los doctrinantes que se tienen grandes vacíos respecto de los controles contractuales, y que aún le hace

falta más desarrollo en comparación a la legislación colombiana, que a través del tiempo se ha ido complementando para tener un mejor control y regulación sobre todas las fases en que incurre la planeación, desde las actuaciones previas hasta su finalización.

3.3.4. Principio de planeación ante la OCDE

Dentro de las consultas que se realizaron respecto de los regímenes contractuales de otros países, se encontró y analizó un documento estructurado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), en el que se dan algunas recomendaciones generales sobre la contratación pública, y así brindar asistencia a los países miembros y no miembros de la organización.

De acuerdo con la OCDE (s.f.), las recomendaciones se dan para fortalecer y formar la capacidad de diseñar, implementar y evaluar políticas institucionales y servicios públicos adaptables, que sean innovadores, y que se centren en los ciudadanos y con capacidad de anticipación.

Si bien dentro del documento analizado no se imparten o no se determinan principios específicos, sí se hacen una recomendaciones muy válidas para la aplicación en la contratación pública, dentro de esas recomendaciones se encuentra una específica denominada como: “Utilizar para las licitaciones una documentación clara e integrada, normalizada en lo posible y adecuada a las necesidades que se pretende cubrir”.

Esta recomendación tiene el fin de fomentar la participación de los competidores, los nuevos participantes, pequeñas y medianas empresas; con orientaciones claras y expresas que permitan que los compradores se mantenga debidamente informados, incluyendo todas las especificaciones y condiciones de tipo contractual, criterios de evaluación y adjudicación; se debe tener en cuenta el alcance de la información, la exigencia, la documentación, el periodo de los proveedores para responder, los cuales deben ser proporcionados a la complejidad del contrato, teniendo en cuenta circunstancias apremiantes, como las situaciones de emergencia.

Frente a la recomendación planteada por la OCDE, se considera que las entidades para la realización de cualquier licitación pública deben tener claras y completamente establecidas las condiciones y circunstancias sobre las cuales se debe desarrollar el proceso de contratación.

Se analiza de esta manera que las entidades deben establecer unas condiciones claras y específicas que deben ser planeadas de acuerdo con cada complejidad, lo que lleva a un acercamiento al principio de planeación, que tendrían que mantener todas las entidades públicas ante el establecimiento de estos requisitos, con el fin de que la contratación cumpla los fines estatales.

4. Trabajo de campo

Se realizaron exploraciones que se basan en conceptualizaciones y posibles experiencias particulares, teniendo en cuenta el contexto social de cada grupo, en el cual se desarrolló la actividad, lo que incluye el grado de preparación y experiencia de aquellos que intervienen en el proceso de contratación, y así poder evaluar los diferentes puntos de vista frente al tema de la planeación como principio innominado.

4.1. Encuestas estudiantes Universidad La Gran Colombia (UGC)

Para dar inicio a esta fase de la investigación, en primer lugar se dio la aplicación de la encuesta a 17 alumnos de la Especialización de Contratación Estatal de la Universidad La Gran Colombia, con la que se buscaba ver bajo qué criterios se observa el principio de planeación, teniendo en cuenta el aprendizaje profesional y las clases recibidas. La encuesta contenía las siguientes preguntas:

1. De los principios de contratación estatal, ¿cuál es el que usted considera más importante y por qué?

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

2. ¿Es el principio de planeación un principio determinado explícitamente dentro de la normatividad legal en materia contractual?
3. A su consideración, ¿qué hechos se pueden dar dentro de un proceso contractual que vayan en contra del principio de planeación?
4. ¿La planeación es un principio innominado? En caso de que su respuesta sea sí, indique cuáles son las fuentes principales para que esta deba ser observada dentro de la contratación estatal.
5. Siendo la planeación reconocida como un principio, ¿cuáles serían las sanciones que se pueden aplicar por su inobservancia?
6. Si el principio de planeación no se encuentra debidamente nominada, ¿cabría imponer sanción alguna frente a su incumplimiento? Justifique su respuesta.

De las encuestas aplicadas se realizan los siguientes análisis plasmados de manera cuantitativa:

Respecto a la pregunta “1. De los principios de contratación estatal, ¿cuál es el que usted considera más importante y por qué?”.

Se pudo evidenciar que el 41 % de los encuestados identifica la planeación como el principio más importante de la contratación estatal, ubicándolo desde la estructuración de los procesos contractuales y como la base para así dar cumplimiento a los fines del Estado con el desarrollo de estos.

También identificaron que la planeación se ubica desde la parte técnica, presupuestal y jurídica y considerada como un punto importante con mayor oportunidad de éxito en la ejecución contractual.

Curiosamente y en una misma proporcionalidad, es decir, otro 41 % de los encuestados identificaron con mayor importancia para la contratación el principio de transparencia, dentro de todas las actuaciones precontractuales, contractuales y poscontractuales, que se debe aplicar a las acciones de los servidores públicos, y que genera una imparcialidad para la escogencia de los contratistas.

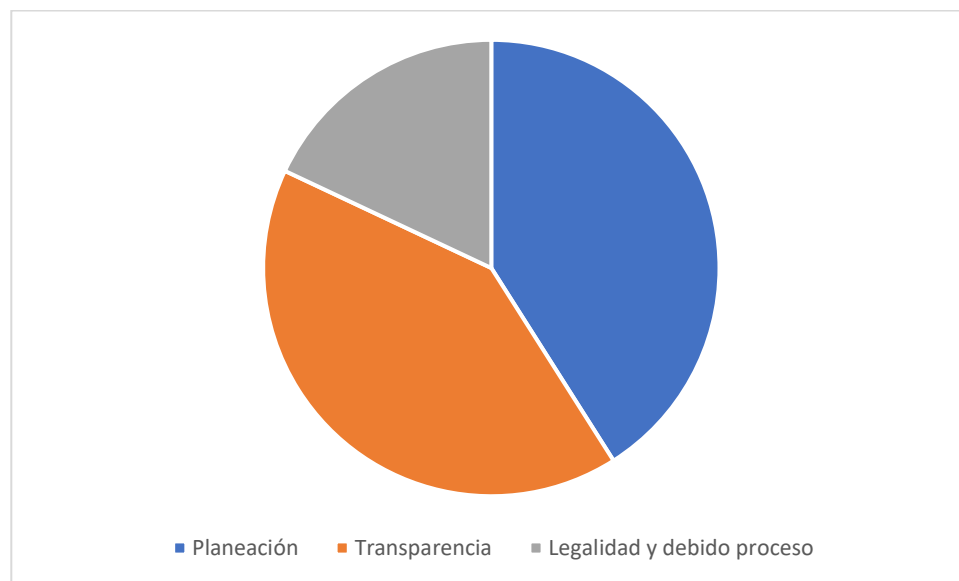
EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Se evidencia que hay quien expresa que sin este principio la contratación no sería accesible y legal dentro del ámbito administrativo, y que con este se promueve la participación ciudadana frente al control social.

También se encontró que implica el acatamiento de otros principios y disposiciones legales, que se deben tener en cuenta en los procesos contractuales para conseguir el fin requerido por el Estado.

El otro 18 % de los encuestados aluden a principios como el de la legalidad y el debido proceso, indicando que para el desarrollo de los procesos contractuales se debe tener en cuenta cada una de las instancias legales, procesos y procedimientos que deben reunir las acciones para el buen desarrollo de la contratación estatal.

Figura 1. Principios importantes



Fuente: elaboración propia

En cuanto al segundo cuestionamiento: “2. ¿Es el principio de planeación un principio determinado explícitamente dentro de la normatividad legal en materia contractual?”.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO: EL CASO DE LA PLANEACIÓN

92

Se pudo establecer que el 64 % de los encuestados identifica que el principio de planeación no está explícitamente determinado dentro de la normatividad contractual, es decir que lo identifican como un principio innominado.

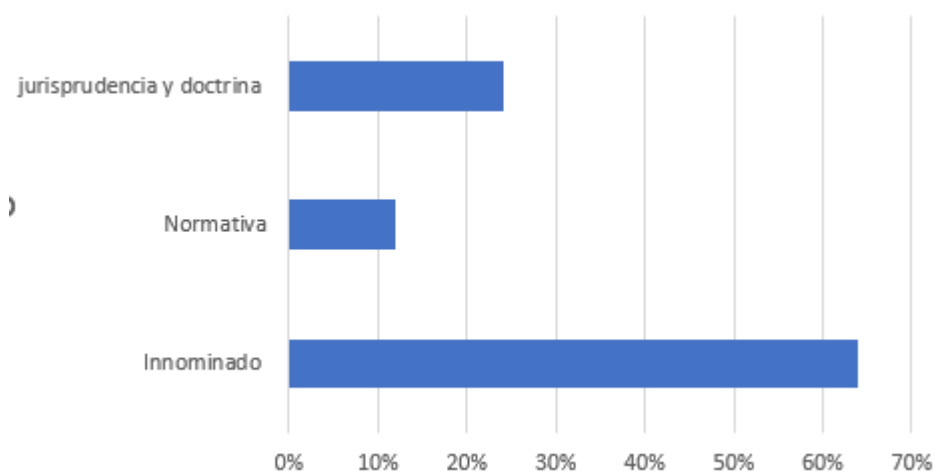
Hay quienes lo ubican dentro de la normatividad y dentro de la Constitución, sin tener la certeza de su articulado, pero no tienen una identificación específica de este, así mismo, solamente el 12 % de los encuestados lo identifican dentro de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2002.

Un solo de los encuestados lo ubica dentro del principio de economía, que se encuentra establecido en el Artículo 25, de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, el 24 % de los encuestados determina o identifica el principio de la planeación dentro de la jurisprudencia como fuente auxiliar de nuestro ordenamiento jurídico, y también indican que este ha sido desarrollado por la doctrina.

Llama la atención que en alguna de las encuestas al determinar que la planeación es innominada, la ubica como uno de los principios más importantes para la contratación, sin embargo, al relacionarlo con la primera pregunta le da el puesto principal al principio de legalidad, generando una ambigüedad en las respuestas dadas.

Figura 2. Determinación del principio de planeación



Fuente: elaboración propia

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Respecto a la pregunta “3. A su consideración, ¿qué hechos se pueden dar dentro de un proceso contractual que vayan en contra del principio de planeación?”.

Se identificaron variabilidad de respuestas, que al agruparlas evidencian que el 58 % de los encuestados hace alusión a que los hechos que se pueden dar vayan en contra del principio de planeación, lo que se ve reflejado cuando no hay una elaboración detallada de los pliegos, el no tener estudios previos claros y la falta de diseños; resaltan también, en gran medida, que no haya una determinación de costos y presupuestos para el desarrollo contractual.

El 11 % de los encuestados identificaron que la falta de idoneidad de conocimiento y experticia afecta la planeación, generando que los pliegos de condiciones no sean aceptados y que se dé una vulneración a los derechos de la comunidad.

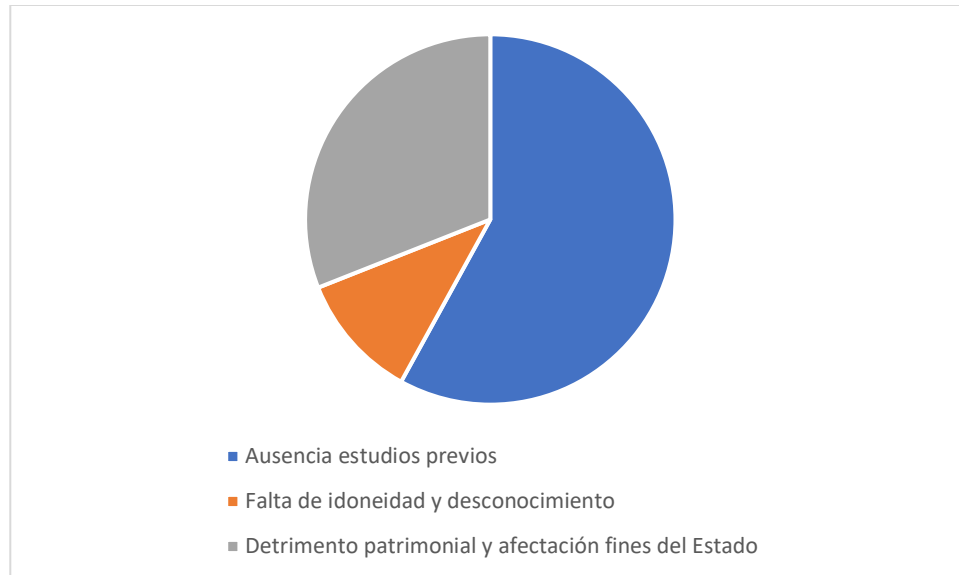
El restante 31 % aduce que se pueden presentar también detrimentos patrimoniales, el incumplimiento de los fines del Estado, que no se haga una advertencia de los riesgos y la designación de estos, que se realicen acciones que vayan en contra de la ley, que afecten a particulares y al orden público.

Así mismo, se resalta que en una pequeña proporción se habla de la realización de contrataciones directas con la afectación de la pluralidad de oferentes.

Figura 3. Hechos contra el principio de planeación

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

94



Fuente: elaboración propia

Frente al cuestionamiento “4. ¿La planeación es un principio innominado? En caso de que su respuesta sea sí, indique cuáles son las fuentes principales para que este deba ser observado dentro de la contratación estatal”.

Se observó que el 58 % de los encuestados determinan que su fuente principal es la jurisprudencia, de la mano también se menciona la doctrina, reconocidas estas dos como fuentes del derecho, dentro de las cuales se da la importancia al principio de planeación.

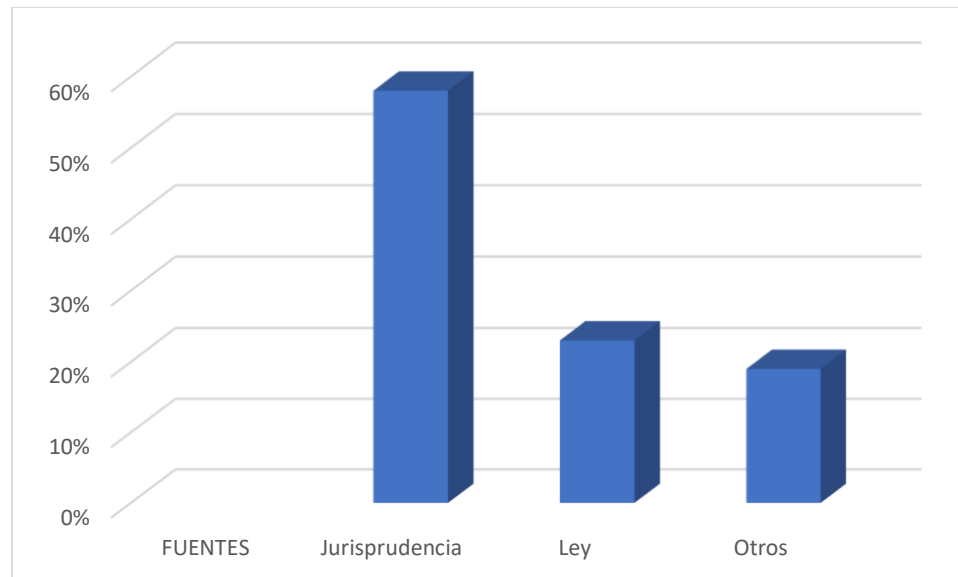
El 23 % hace alusión a que el principio se encuentra establecido dentro de la Ley 80 de 1993, y la Ley 1150, en el principio de economía y en observancia del Artículo 209 de la Constitución Política, sin que haya una claridad eficiente en la respuesta.

El resto de la proporcionalidad no tiene ubicada la aplicación de este principio, simplemente hablan de este dentro del principio del debido proceso y de la transparencia, que se ubica dentro de un marco jurídico bajo una fijación de parámetros, pero no identifican una fuente para su aplicación.

Figura 4. ¿Es un principio innominado?

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

95



Fuente: elaboración propia

Respecto de la pregunta “5. Siendo la planeación reconocida como un principio, ¿cuáles serían las sanciones que se pueden aplicar por su inobservancia?”.

En una proporcionalidad del 41 % se identifican como sanciones las de tipo disciplinario, las sanciones penales y se determinan las sanciones fiscales, dependiendo de la existencia del detrimento patrimonial.

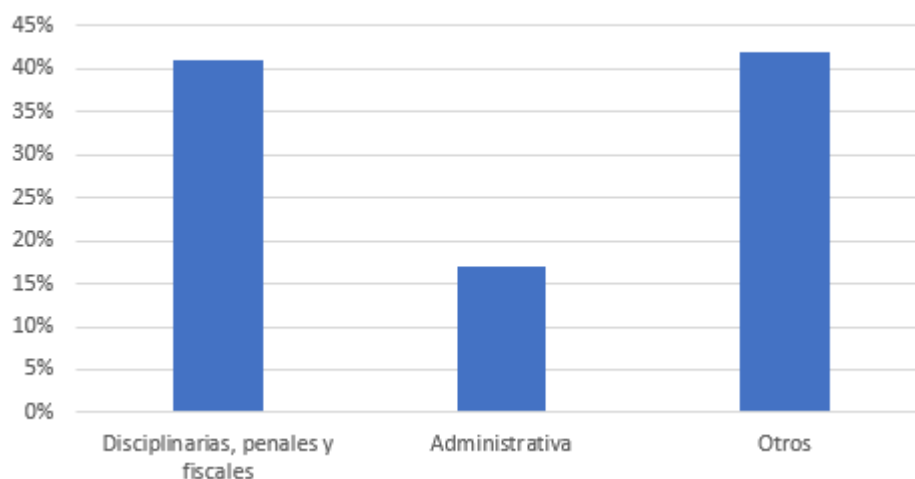
A grandes rasgos también hablan de imponer sanciones de tipo administrativas, en una proporcionalidad del 17,6 %, y se evidencia como una sanción la nulidad contractual, siendo esta una acción contractual.

Hay quienes argumentaron también que las sanciones no serían directamente por el principio de planeación, sino por los aspectos y relaciones de los derechos que conllevan a su inoperancia, también se habla de la inhabilidad que se podría generar para contratar de manera general.

Figura 4. Sanciones por inobservancia

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

96



Fuente: elaboración propia

Respecto al cuestionamiento “6. Si el principio de planeación no se encuentra debidamente nominado, ¿cabría imponer sanción alguna frente a su incumplimiento? Justifique su respuesta”.

Se evidencia dentro de las respuestas que se justifica la imposición de sanciones teniendo en cuenta la jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, se crea el interrogante dentro de una misma respuesta en donde indica, ¿“cuál sería el sentido del principio de legalidad teniendo en cuenta que el principio no se encuentra previamente determinado en la ley?”.

Otras opiniones indican que sí aplica imponer sanciones, pues conlleva a que se dé la vulneración de otros principios que se encuentran taxativamente determinados, así como muy acertadamente hay quien indica que es por vulneración al principio de economía, indicando así que los principios se han vuelto un conjunto rector de la contratación estatal.

Una minoría de los encuestados hacen diversas indicaciones sobre la importancia de nuevamente aplicar la planeación en la estructuración para no generar vicios en el procedimiento, hablan de sanciones de tipo disciplinario y la importancia de aplicarlo minuciosamente desde el inicio para que no se genere detrimento patrimonial alguno.

4.1.1. Conclusiones de la encuesta a los estudiantes de la Universidad La Gran Colombia (UGC)

Las conclusiones de esta encuesta se hacen tomando en cuenta, en primer lugar, las características de las personas que realizaron su diligenciamiento, las actividades que desarrollan y el nivel de preparación para su respuesta.

Se puede concluir que se ha identificado que en la contratación estatal se da la aplicación de una variedad de principios, dando una mayor importancia al principio de planeación, sin dejar aparte los otros principios que también deben tener una rigurosa aplicación, sin embargo, no hay unificación frente a la importancia del principio y obligatoriedad de este.

También se identificó que no hay claridad respecto del origen y la fuente del principio de planeación, se analiza que se crea una suspicacia frente a quienes conociendo los procesos y procedimientos contractuales, no tengan una identificación plena del principio.

Acertadamente los más estudiosos identifican su ubicación dentro de la jurisprudencia y reconocen a su vez esta última como una fuente del derecho, emitida por el Consejo de Estado y que ha creado unos precedentes que llevan a la aplicación frente a temas específicos cuando hay vacíos dentro de la norma, en este caso lo innominado del principio de planeación.

Así mismo se concluye que a pesar de que haya una conciencia que la no aplicación del principio de planeación genera unas sanciones, no hay tampoco una puntualidad frente a cuáles serían las tipologías sancionatorias específicas por aplicar en caso de incumplimiento, lo anterior se considera que proviene de no haber una nominación específica al principio de planeación.

La identificación más plena que se da en conjunto con lo plasmado en la investigación, en efecto, son aquellas acciones de nulidad que se presentan frente a contratos en donde no se ha dado el total cumplimiento de la planeación en el desarrollo procesal.

Sin embargo, se denota una identificación sobre lo que sería un detrimento patrimonial ante una sanción fiscal por la falta de aplicación del principio, por lo demás solo son generalidades que no aportan ni tocan puntualmente claridad sobre las sanciones que se aplicarían ante el incumplimiento, y que denotan que hay una ausencia de conocimiento al respecto, o que tal vez

pueden llevar a pensar en la necesidad de establecer unas sanciones explícitas frente a la inobservancia de este.

Se puede concluir que hay una identificación de la ausencia del principio de planeación cuando no hay una estructuración plena del proceso, lo que genera que el proceso nazca viciado, y en ocasiones llegue así a su finalización, y que posiblemente desencadene en no dar pleno cumplimiento a los fines del Estado, circunstancias estas que también coinciden con los hallazgos dados en la presente investigación.

Al centrarse en la parte sancionatoria se denota que no hay una claridad de cuáles pueden ser las tipologías sancionatorias correctas por aplicar en caso de identificar el incumplimiento del principio de planeación, simplemente se habla de tipologías, sin tener presente por ejemplo figuras como la celebración indebida de contratos, celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales, que no solamente se dan por la inaplicabilidad de la planeación, sino también por otros tipos de circunstancias ajenos al proceso.

De la misma forma cuando se habla de la nulidad del contrato, si bien uno de sus orígenes puede ser la falta de aplicación del principio de planeación, obedece más a una acción contractual, que conlleva consecuencias dependiendo de las circunstancias dadas.

En este punto se hace importante recalcar que aun cuando el concepto de planeación debe ser primordial en el derecho contractual, su inaplicación se encuentra carente de tipologías sancionadas directas, lo cual lleva a pensar que en atención al principio de legalidad sí haría falta que dicho principio sea nominado dentro de la ley y, en consecuencia, desarrollar de manera más efectiva tipologías sancionatorias frente a su incumplimiento, sin tener que acudir al principio rector como es el de la economía, y dar unas amplias explicaciones desde los puntos de vista de la jurisprudencia.

4.2. Encuesta a profesionales desarrolladores de los procesos contractuales y análisis de resultados

Con el fin de revisar varios puntos de vista, se hizo la selección de 10 profesionales, entre abogados, ingenieros, administradores de empresa y contadores, que en el ejercicio de sus actividades desarrollan procesos de contratación, con el fin de que se pronunciaran en relación con el tema de investigación y poder analizar la conceptualización de .

Los cuestionamientos fueron los siguientes:

1. ¿Considera usted que la planeación es un principio rector de la contratación estatal? Conteste sí o no y explique la respuesta.
2. ¿Cuál es la fuente formal en donde se ubica el principio de planeación en la contratación estatal?
3. ¿En su consideración en qué etapas del proceso contractual se debe aplicar el principio de planeación y mediante qué acciones se ve reflejado?
4. ¿Qué sujetos serían los responsables de aplicar el principio de planeación en los procesos contractuales?
5. ¿Cuáles pueden ser las posibles consecuencias jurídicas de no dar aplicación al principio de planeación dentro de los procesos contractuales?
6. ¿Conoce usted algún caso de un proceso contractual en el que no se haya observado el principio de planeación o donde haya sido deficiente su aplicación? En caso de ser afirmativa su respuesta por favor haga una breve exposición y al finalizar plasme una percepción personal del caso.

En este contexto se analizan las respuestas de la siguiente manera:

Respecto al cuestionamiento "1. ¿Considera usted que la planeación es un principio rector de la contratación estatal? Conteste sí o no y explique la respuesta". Se encontró lo siguiente:

Se evidencia que la totalidad de los participantes establecen que la planeación es considerada como un principio rector de la contratación estatal, destacando en algunos conceptos que lo que se pretende es evitar que haya una improvisación en el desarrollo contractual y que se

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

100

tenga una claridad frente a cada una de las condiciones, ya sea técnicas o económicas que se requieran.

Se destaca de manera importante aquella respuesta en la cual se incluye que las entidades estatales desarrollan este proceso a través de su plan anual de adquisiciones, también que en la aplicación del principio se han de tener en cuenta las distintas modalidades por desarrollar en cada uno de los procesos requeridos, y que de su aplicación depende la determinación de las características técnicas, presupuestales, plazos de ejecución y objetos, entre otros requerimientos para la determinación procesal.

También se evidencia la conceptualización reiterada de la importancia de la realización juiciosa de unos estudios en donde se identifiquen las necesidades, los medios de satisfacción, el conocimiento del mercado y los participantes que podrían satisfacer estas necesidades.

Se denota entonces que las respuestas se encaminan a dar cumplimiento a unos preceptos de tipo contractual para evitar posibles vicios o nulidades, y que se permita cumplir con los fines del Estado, siempre con un exitoso resultado en el desarrollo de los procesos, dentro del cual también pueden estar las limitantes a los participantes y la protección a los bienes públicos.

La segunda pregunta que corresponde a “2. ¿Cuál es la fuente formal en donde se ubica el principio de planeación en la contratación estatal?”.

El análisis a las respuestas dadas a este cuestionamiento se realizaron teniendo en cuenta que no todos los encuestados son abogados, sino también profesionales que han intervenido desde la parte técnica y económica, y que de forma generalizada ubicaron el principio dentro de los preceptos constitucionales, a partir del Artículo 209 de la Constitución, otro tanto indica su ubicación tácita dentro de la Ley 80 de 1993; algunos no tienen claridad sobre la fuente del principio, se considera que ello obedece a que no son profesionales del derecho.

Llama la atención que solamente uno de los encuestados reconoce que el desarrollo de la planeación se da a través de la jurisprudencia y de la doctrina, así como se encontraron profesionales del derecho que no sabían cuál podría ser la fuente de la planeación, se encontró otro profesional que sin ejercer el derecho se remite a los principios de la constitución.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

En la tercera pregunta “3. ¿En su consideración en qué etapas del proceso contractual se debe aplicar el principio de planeación y mediante qué acciones se ve reflejado?”. Se analizó que de manera casi unánime se determina que el principio de planeación se aplica dentro de la fase precontractual del proceso, sin embargo, también se agrega en algunas de las respuestas que este debe ser aplicado en todas las etapas, ya que en cada una se requiere del cumplimiento de unas condiciones específicas.

También llama la atención que se identifica como acciones aquella que se ve reflejada en la planeación, la determinación del plan anual de adquisiciones, así como la elaboración de estudios previos y sus anexos.

De manera llamativa se identificó en una de las respuestas que, al observar el principio de planeación dentro de las etapas procesales, permitirá que los riesgos o acciones que se generen en el desarrollo puedan ser atendidos con mayor eficiencia, tanto en la parte de selección del contratista como en la ejecución contractual.

A lo que se le quiere dar importancia, es que aun cuando se dé la aplicación del principio de planeación en las etapas contractuales, no se libra en su totalidad de que se presenten situaciones adversas dentro de la ejecución contractual, que deben ser atendidas desde la naturaleza de la necesidad.

Respecto al cuarto cuestionamiento “4. ¿Qué sujetos serían los responsables de aplicar el principio de planeación en los procesos contractuales?”.

Se identificaron varios sujetos responsables de la aplicación del principio de planeación, teniendo en cuenta que los profesionales ejecutan actividades en diferentes entidades públicas, sin embargo, la generalidad está en cabeza de la administración y de aquellos servidores públicos encargados de desarrollar las diferentes etapas.

Se hace mención a la responsabilidad de los ordenadores de gasto, los directores de contratación, los gerentes del proyecto, las oficinas de planeación y, por supuesto, a los estructuradores que se entiende han de conocer los procesos.

Se menciona la responsabilidad, no solo de la entidad estatal sino también la del oferente que structure su oferta en los términos requeridos, y en observancia de los riesgos que la entidad haya identificado para el desarrollo del proceso.

Respecto de la quinta pregunta “5. ¿Cuáles pueden ser las posibles consecuencias jurídicas de no dar aplicación al principio de planeación dentro de los procesos contractuales?”, se encontró que hay una variabilidad de opiniones en las respuestas, sin que tampoco disten las unas de las otras.

Se observó con importancia que se conceptualizó que la no aplicación del principio podría generar la declaratoria de desierto de un proceso, así como también que su inaplicación podría conllevar a la presentación de dificultades en la ejecución del contrato.

Por ejemplo, el no tener el respaldo presupuestal para la realización de la contratación, el no tener claridad sobre las condiciones que puede afectar no solamente a la entidad, sino al oferente en su estructuración de oferta, cuya carencia puede llevar a que en la ejecución no se puedan cumplir los fines del Estado.

Llama la atención que dentro de estas respuestas hubo pocas en las que se indiquen los tipos de responsabilidades administrativas, penales, fiscales o civiles que se pueden generar por la inaplicación de este principio, es así como solamente en una de estas respuestas se hace alusión específica a lo establecido por las leyes disciplinarias, relacionadas con las faltas a la contratación pública o las de ámbitos legales establecidas en el código penal, como el contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Frente al sexto y último cuestionamiento “6. ¿Conoce usted algún caso de un proceso contractual en el que no se haya observado el principio de planeación o donde haya sido deficiente su aplicación? En caso de ser afirmativa su respuesta por favor haga una breve exposición de esta y al finalizar plasme una percepción personal del caso.

Lo que se quiso buscar en la respuesta es, si todas las identificaciones que se han venido haciendo a lo largo en la encuesta se han visto proyectadas en casos reales sobre procesos que hayan conocido los profesionales.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Solamente una pequeña parte de los encuestados plasmaron algún caso particular en el que ellos consideran que se ha dado una falta de aplicación al principio de planeación, mencionando casos como de servicios de mantenimiento, en donde no se realizó una identificación necesaria del presupuesto con la cantidad de bienes que allí lo requerían.

Se hace mención de un caso específico en la construcción del puente de Chirajara, en donde se expuso que hubo problemas de planeación desde la parte estructural del proceso de obra, pues se identificaron deficiencias en los diseños que no fueron identificadas por las demás partes intervinientes, lo que conllevó al desplome de la estructura, con graves pérdidas por el fallecimiento de personas, en donde el encuestado indica que si desde la etapa preliminar se hubiera realizado una adecuada planeación y se hubieran identificado las falencias de los de los diseños por alguna de las partes intervinientes, se hubieran podido tomar las medidas correctivas para realizar ajustes o correcciones, pudiendo evitar una grave tragedia.

Se expuso también un caso en donde se planteaba la edificación de puestos de trabajo en un término de ejecución específico que no era suficiente, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas requeridas, lo que a futuro conllevó a que esta falta de planeación precisa y acertada desencadenara en el incumplimiento de los términos de ejecución inicialmente establecidos.

Uno de los casos expuestos también se identificó dentro de las modalidades contractuales cuando dentro de una subasta inversa se identificaron elementos que se encontraban plenamente establecidos dentro de los acuerdos marcos de Colombia Compra Eficiente, llevando a una inadecuada utilización de la tipología del proceso.

Aunque no sea un caso específico, sí se quiso resaltar desde el punto de vista del profesional que no hay un debido seguimiento al plan anual de adquisiciones de las entidades, ya que lo considera como una herramienta que facilita la aplicación del principio de planeación, así mismo, se indica que el principio de planeación es muy vulnerable y que no es tenido en cuenta a tiempo en las entidades, lo que se evidencia en la ejecución en los últimos meses del año de aquellos recursos asignados que no han sido comprometidos, situación que no debería ser así, si se tiene una buena planeación de los recursos que se quiere ejecutar dentro de la vigencia fiscal.

4.3 Entrevista jefes de área y ordenadores del gasto

En este punto de la investigación lo que se quiere es dejar plasmadas las diferentes conceptualizaciones que se tienen por aquellos agentes que han estado en cabeza de los procesos contractuales dentro de cargos de mayor rango, frente a la visualización y conceptualización del principio de planeación y su aplicación, buscando encontrar información que permita reforzar la investigación, así como posibles nuevos parámetros que pudieran ser tenidos en cuenta para futuras investigaciones, e incluso que puedan llevar también a establecer correctamente las conclusiones de la investigación.

Entrevista jefe de área, doctora Ofir Mercedes Duque

Se realizó una primera entrevista a la doctora Ofir Duque, cuya profesión es ser abogada, actualmente trabaja con una agencia del Estado denominada “Agencia de Renovación del Territorio”, en su amplia experiencia ha tenido que ver con la contratación estatal, ya sea como supervisora, planeadora de la contratación o como jefe jurídica, adelantando los procesos de contratación.

De acuerdo con los perfiles desarrollados por ella, indica que el principio en mención es uno de los más básicos para el desarrollo de la contratación, y que se refleja en una efectiva ejecución, haciendo alusión a la importancia de su aplicación desde los estudios previos, de mercado y del sector para la identificación de la necesidad de lo que se va a contratar.

Llama la atención que la profesional pronuncia la siguiente frase: “Si planeamos bien, vamos a ejecutar bien”.

Manifestó que los principios se pueden observar dentro del Decreto 1082 de 2015, en su compilatorio, y que Colombia Compra Eficiente dentro de sus guías orienta respecto de la aplicación de los temas de contratación, además de las directivas presidenciales en las cuales también se orienta respecto de la atención que se debe tener frente a los procesos de planeación, para evitar una mala ejecución y tener una buena austeridad del gasto.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

En su concepto establece que la planeación está presente dentro de todas las etapas del proceso contractual, y que dentro de las modificaciones contractuales se deben tener en cuenta aquellas características que se determinaron desde los estudios de mercado o desde el establecimiento del presupuesto, para que sean estos los que se encuentran dentro de los parámetros de lo inicialmente contratado, para no tener problemas con la aplicación de la modificación.

Se resalta la indicación dada por la entrevistada, de que no siempre todos los supervisores están pendientes de todos los documentos, ya sea por el desconocimiento en el tema de planeación, y se indica que cuando se tiene una amplia experiencia frente al manejo de los temas contractuales se tiene más cuidado para el manejo de cada una de las actividades que ello implique.

Frente al papel de la planeación ante el contratista, se indica que cuando la entidad tiene la claridad de lo que se quiere contratar, va a ser mucho más fácil para que el oferente vea posible su ejecución y alcance de una manera más clara el desarrollo del contrato, con lo que se apoyaría aún más a la transparencia dentro de la contratación con una ejecución sencilla.

Considera que la acción más importante para la ejecución de los procesos es el establecimiento de la necesidad, aunque se encuentren problemas de coordinación en los tiempos para su ejecución lo que afecta el tema de la planeación, también considera importante dentro de estas acciones la importancia del plan anual de adquisiciones, pero de forma diferente a como se tiene establecido actualmente, pues los tiempos plasmados no siempre se pueden cumplir y genera un cambio constante en su proyección.

Desde el punto de vista jurídico, al hablar sobre el reconocimiento de los tipos de acciones que se podrían imponer frente a la inobservancia del principio de planeación, se indica que un funcionario público que llegue a una entidad sin que sepa planear debería ser disciplinado, pues con ello se puede afectar los dineros públicos y la efectividad de la entidad estatal.

Hace alusión a que se puede dar aplicación al Código Único Disciplinario, pero que más que una sanción se debería dar una preparación a los gerentes públicos frente a los temas de contratación y recursos públicos, sin embargo, recalca que así en ocasiones se den este tipo de capacitaciones, se puede evidenciar, por ejemplo frente a los supervisores, que en el desarrollo de

su actividad no se tienen presente en algunas ocasiones las orientaciones dadas frente a sus actuaciones.

Como caso particular hace alusión a las reservas presupuestales que son objeto de investigación por parte de la Contraloría, por el paso de los contratos de una vigencia a otra y que para ello debería tenerse la disposición de vigencias futuras que permitan dar una mayor aplicación de la planeación de la contratación a largo plazo, ya que para el ente de control están identificadas como malas prácticas.

Entrevista subdirector administrativo, doctor Henry David Ortiz

Se realizó la entrevista al doctor Henry Ortiz, quien se identifica con un título de abogado, con especialización en derecho contractual y maestría en gobierno y políticas públicas, con una experiencia profesional dentro del sector público con manejo de temas diversos de la administración pública, control administrativo, control fiscal, planeación, manejo de personal y en cargos de nivel directivo a nivel nacional y distrital con el manejo de proyectos de las entidades en las que se ha desempeñado.

Frente a la importancia del principio de planeación dentro de la contratación estatal, manifiesto que después del principio de legalidad, el de planeación es el más importante en la actividad administrativa y contractual, ya que el mismo permite tener procesos tranquilos y eficientes y lograr por medio de la adquisición de bienes y servicios los objetivos del Estado.

Recalca de manera muy similar a la primera entrevista que el tener una buena planeación genera procesos exitosos.

De las acciones que pueden realizar las entidades para plasmar la contratación, el subdirector considera que lo más importante es la provisión de recursos, que son primordiales para cualquier proceso que se requiera materializar en la administración, que se da dentro del PAA y del anteproyecto del presupuesto, que se tengan diseñados los objetivos del área para poder proveer los recursos, que van ligados a los proyectos cuatrienales de las entidades territoriales y las entidades nacionales descentralizados a nivel ejecutivo.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

107

Considera que una de las cosas más complejas es que los únicos que tienen la posibilidad de tener un presupuesto bianual son los que provienen de las regalías, destaca que de manera general cada vez se hace más complicado el uso de las vigencias futuras y reservas presupuestales como mecanismos excepcionales para la ejecución multianual de recursos.

Indica que como gerentes públicos lo mejor sería poder tener la tranquilidad de hacerlo en multiplicidad de vigencias con resultados más inmediatos, sin la existencia de un corte o interrupción de los proyectos, y que ante el establecimiento de los presupuestos pudiera tratarse de manera bianual, lo que generaría que los proyectos a largo plazo pudieran ser más efectivos en todos los sectores.

Indica, así mismo, que la rigidez del estatuto orgánico del presupuesto en el tema de la designación del presupuesto y el establecimiento de los proyectos bianuales hace que la ejecución de un proyecto sea más complicado, pues antes de que estos se estén terminando llegan los cambios de vigencia, y que aunque la jurisprudencia establezca mecanismos que sean excepcionales para su aplicación, se considera que estos no deberían ser excepcionales.

Llama la atención del investigador que el entrevistado sin querer apartar el punto de vista político establece que la ley de garantías hace de cierta manera que se presente una interrupción del desarrollo de los procesos, que en ocasiones son esenciales para lograr los objetivos de la entidad.

Frente a la manifestación de la planeación en todas las etapas contractuales, el entrevistado considera que el proceso debe estar totalmente impregnado por este principio, incluso hasta la parte de la liquidación.

Frente a la innominación del principio y su obligación de cumplimiento, aun cuando este no se encuentra taxativamente determinado en la ley, indica que de acuerdo con su formación tiene una visión holística de la administración, sin embargo, frente a los profesionales del derecho la generalidad en ocasiones se determina que por no estar enmarcado en una norma es inaplicable, pero también se indica que hay otros instrumentos y análisis integrales de normas que dan cuenta que el principio no tendría que estar taxativamente determinado para poder hacerlo efectivo o sancionable, que ha de revisarse en la manifestación de la falta de aplicación del principio.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Por lo tanto, establece que si no se tiene en cuenta el principio de planeación, por ejemplo, que para la prestación de un servicio no se tienen los recursos suficientes, difícilmente estos podrían prestarse.

Frente a la posición de que el principio de planeación se ha desarrollado mediante la jurisprudencia, la opinión sobre su fuerza vinculante, que lo transporta a sus primeras enseñanzas del derecho, lo llevan a indicar que se está dentro de un modelo consuetudinario, sin embargo, cree que para el diario vivir se da un peso más ostensible en los temas de contratación estatal que son dinámicos y que tiene cada vez más fuerza en materia de precedente, cuando la jurisprudencia es reiterativa frente a las manifestaciones judiciales se vuelve vinculante para los operadores jurídicos frente a quienes se desarrollan día a día en la parte contractual.

Ante la obligatoriedad la aplicación de este principio frente a los contratistas, se considera que estos como colaboradores del Estado y en el ejercicio de roles como operadores, es claro que no podrían obviar la aplicación del principio ya que acarrearía a futuro sanciones por malas ejecuciones y eventualmente la imposición de sanciones penales.

Le da importancia a la elaboración de las matrices de riesgos, que si como Estado no se establecen de manera eficiente las responsabilidades del particular, esta se va a ver atenuada, penetrando así este principio todo el radio contractual desde la configuración de los pliegos para que los interesados hagan sus manifestaciones, pudiendo determinar si están de acuerdo con las condiciones, lo que permite que no salvan su responsabilidad frente a las diversas situaciones que llegasen a presentarse.

Frente a la necesidad jurídica de establecer una norma más directa o taxativa frente a la planeación y las tipologías sancionatorias para aplicar a contratistas o servidores públicos, el entrevistado indica que, dentro de su contexto, no habría necesidad, pero que para mayor seguridad jurídica para el operador jurídico sería más sencillo que estuviera taxativamente determinado.

Manifiesta que ha tenido la oportunidad de conocer algunos proyectos de modificación de la Ley 80, en donde se han visto algunas manifestaciones taxativas de esta, sin embargo, su aprobación no se ha dado, porque no es una tarea sencilla y con la indicación de que se puede hacer

efectivo sin necesidad de tenerlo taxativo. Concluye que para mayor seguridad sí debería existir su definición en la norma.

Frente al caso particular conocido, se presentó el hecho de la Secretaría Distrital de Integración Social, en el evento la administración distrital dejó poco recursos a la entidad para priorizar otros sectores, lo que hizo que muchos de los proyectos que dependen de la base presupuestal no se hayan podido desarrollar, teniendo que hacer una ardua actividad administrativa para mantener los servicios esenciales vigentes, es decir, para el caso vivido para la designación del presupuesto del 2022, se puede observar como un caso en general de falta de planeación que ha impactado la ejecución de la entidad, que ha llevado a realizar varios movimientos presupuestales para poder garantizar la prestación adecuada de los servicios.

Entrevista jefe de contratación, doctor Diego Roberto Naranjo

Se realizó la entrevista al doctor Diego Naranjo, quien se presenta como abogado, con especialización en derecho administrativo, con una experiencia de quince años en el manejo de la contratación.

Ubica este la importancia del principio de planeación alineado con todos los pasos de la contratación estatal, partiendo del Artículo 209 de la Constitución para satisfacer los intereses generales, los cuales incorpora a la contratación y se va nutriendo de la normativa contractual, que actualmente lo determina como hiperregulado frente a otros procesos de la función administrativa.

Indica que la planeación se encuentra establecida en la Ley 80 de 1993, y a través de otros principios como es el de la economía, hace una breve descripción de este último hablando de la importancia de establecer la necesidad de la contratación, de la necesidad de elaboración de documentos como son los estudios previos y del sector, diseños y pasos previos para poder perfeccionar un contrato.

Ubica como fuentes del principio la Ley 80, Ley 1437 y el Decreto 1080, y que él mismo se ha desarrollado por medio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, citando al doctor Jaime

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

Alberto Santofimio, frente a sus fallos sobre la nulidad absoluta cuando se afecte el objeto ilícito en una contratación, reconoce también la doctrina y reitera la normativa.

Dentro de las acciones que realizan las entidades públicas para la ejecución del principio, se indica que la planeación conlleva a estudiar la necesidad a cubrir con una contratación y, posterior a ello, la realización del estudio del sector, no solo por el establecimiento del valor, sino para la verificación del bien o servicio, desde los puntos de vista técnico y financiero del sector, y con esta información entender si es o no conveniente la realización de la contratación.

Al indagar sobre el papel del PAA en la entidad pública, resalta que esta es la manera en como se ve reflejada la planeación de la contratación, que es el primer paso para la construcción del estudio del sector, que está llamado a realizarse desde el año anterior bajo los lineamientos de Colombia Compra Eficiente, y proyectar lo que se quiera contratar, sin que su cumplimiento sea estricto, ya que pueden darse cambios en dicho plan por diversas situaciones.

Así mismo, considera que la planeación se encuentra ubicada dentro de cada una de las etapas contractuales, y considera que su aplicación es contraria a la improvisación que llevaría a la entidad a tener un objeto y necesidad para contratar, sin saber cómo hacerlo o sin tener las herramientas necesarias para ello, por lo que la entidad entonces debe darse a la tarea de construir las herramientas para una correcta ejecución y desarrollo.

Establece frente a la aplicación del principio de planeación por parte de los contratistas del Estado, que esta es una herramienta útil, que no es solamente para las entidades, sino para que los proveedores de la entidad y sus funcionarios observen durante las etapas de los procesos el cumplimiento no solo del principio, sino todo el rigor que la contratación implica, adicional que así como la veeduría, el proveedor también debe hacer vigilancia de que la entidad haya dado cumplimiento a la aplicación del principio.

Determina lo que pasaría en el caso de que no se realice observancia o se inaplique el principio de planeación, tanto en hechos como en tipología sancionatorios, determinando que pueden darse varios tipos de consecuencia, siendo la peor las de tipo penal, así como hay disciplinarias, fiscales y civiles, y para la entidad lo peor sería la generación de la nulidad del

contrato por un objeto ilícito, y que se dé un desequilibrio contractual que genere investigaciones en cualquier disciplina.

Da importancia a que las entidades cuenten con personal que tenga la idoneidad de gestionar los procesos, cuya consecuencia genera una mala contratación, viéndose como una mala práctica, sin embargo, los diferentes comités se ven como cuerpos colegiados que generan un buen producto para el desarrollo del proceso contractual.

Considera frente al reforzamiento de la norma ante al principio de planeación y tipologías sancionatorias, que el sector contractual como se refirió en un inicio, se encuentra bastante reglamentado, lo que permite el desarrollo de procedimientos y que actualmente se requiere es mayor formación y experiencia en cada uno de los sujetos contractuales,

Frente a la referencia de casos particulares conocidos ante la inaplicación del principio, no se tiene en mente al momento un proceso en el que se haya afectado el principio, pero que en la mayoría de casos frente a los procesos de contratación directa, por ser ágiles, se vuelven operativos y no se tiene el suficiente cuidado para seleccionar el oferente con idoneidad suficiente para ejecutar el objeto social que se requiere.

4.3.1. Conclusiones de las entrevistas

Se evidencia así que la aplicación del principio de planeación se encuentra presente dentro de los contextos de los entrevistados, sin embargo, se observa que no hay una total claridad respecto de la nominación del principio, por lo menos no como se ha analizado a lo largo de la investigación.

Se puede concluir de manera importante que no solamente hay una importancia en la aplicación normativa, sino que también es muy importante contar con personal capacitado en el desarrollo de procesos, con claridad sobre cada uno de los conceptos, y que ello implica para reforzar el desarrollo de los procesos contractuales.

También se considera como un aspecto importante que si debería estudiarse a fondo las posibilidades de que la ejecución presupuestal pueda ir más allá de la terminación de la vigencia, que aunque existe para ser desarrollada por medio de vigencias futuras, esta últimas no son tan ágiles como se requiere, y son un poco complicadas para el desarrollo de los objetivos, lo que lleva a observar que el principio de anualidad debería también ser revisado desde su ámbito de eficiencia, ya que se denota que hay una gran falencia en las entidades por no poder dar una continuidad eficiente en el desarrollo de sus proyectos.

4.3.2. Análisis de resultados del trabajo de campo

Con el desarrollo del trabajo de campo se pudo identificar que, para los sujetos intervenidos, si bien no hay desconocimiento de la planeación como principio, sí hay un vacío en su mayoría; en primer lugar, si es nominado o innominado; y en segundo lugar, quienes lo reconocen como un principio nominado claramente no lo ubican normativamente dentro del régimen contractual o normativo; en tercer lugar, y no siendo el parámetro más común, los más estudiosos identifican el desarrollo de la planeación como principio a partir del desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que lleva a que este sea de obligatorio cumplimiento por el carácter vinculante que se le ha dado a sus pronunciamientos, sin embargo, en los perfiles observados de manera relevante se denota que quienes han estado involucrados en el desarrollo de los procesos contractuales no tienen estas identificaciones plenas frente a la fuente de su obligatoriedad.

Se ve la imperiosa necesidad de hacer una preparación constante y efectiva frente a la aplicación de la planeación como principio, esto desde el momento mismo de la creación de la necesidad en la entidad pública, la cual debe recaer sobre todos aquellos que intervienen en la ejecución contractual, no siendo este un tema solamente para profesionales del derecho, es un tema amplio que por conllevar diferentes disciplinas también identifica diferentes ramas profesionales dentro del desarrollo de la contratación.

Así mismo, se logró identificar que si bien hay un panorama sancionatorio que se aplica frente a las conductas que afectan la correcta ejecución contractual, no hay una identificación plena sobre aquellas tipologías que se puedan aplicar directamente sobre la inobservancia, incumplimiento o deficiente aplicación del principio de planeación, esto último es porque realmente no existen, no se encuentran debidamente enmarcadas dentro de la ley las conductas que lleven al establecimiento de estas por incumplimiento del principio de planeación de manera específica. Por último, se denota que siendo la contratación estatal tan amplia, tan variable, que incluso frente a las indagaciones sobre casos que podrían ser flagrantemente violatorios del principio de planeación, no se tiene una identificación plena de su existencia, lo cual podría llegar a establecer el siguiente interrogante: ¿Hace falta acaso un mayor interés y observancia de acuerdo con las lecciones aprendidas ante casos que evidentemente pueden ser causados por la inobservancia de la planeación visto este como un principio?

5. Análisis y discusión de los resultados de la investigación

Es así como a lo largo de la investigación se realizó la identificación de la importancia de los principios y la incidencia que estos pueden tener al momento de la aplicación de la norma, lo que ha llevado a entender el por qué dentro de la materia contractual se da tanta relevancia a estos.

De esta misma manera se ha identificado que realmente el hecho de que el principio de planeación no se encuentre nominado, no implica que se le resta importancia, pues este ha sido reconocido como una parte fundamental dentro de la aplicación contractual, sin embargo, se encuentra que no hay tampoco un posicionamiento claro de este frente a las aplicaciones sancionatorias por su incumplimiento.

Lo que se analizó es que se ha hablado mucho en materia contractual del principio de la planeación, y si este tiene un precedente suficiente dentro del desarrollo de la jurisprudencia que ha sido emitida por el Consejo de Estado, sin embargo, no se encontró en ninguno de los textos

consultados y otras investigaciones que este principio haya sido visto a la luz de la materia sancionatoria contractual.

Si bien en materia penal se tiene la identificación de aquellos tipos en que se pueden incurrir por la violación de los lineamientos contractuales, ninguno de ellos desarrolla taxativamente el término de la planeación, lo que lleva a pensar que bajo el principio de legalidad todo tipo sancionatorio obedece al incumplimiento de la norma, pudiendo decir que no hay ningún tipo sancionatorio que está directamente relacionado con el incumplimiento del principio de la planeación.

También se pudo observar cuando se realizó el análisis en el derecho comparado con legislaciones de otros países, que tampoco se ha dado un desarrollo en pleno de la aplicación de la planeación, sin embargo, se identificó que se desarrollan ámbitos dentro de las normativas contractuales para que desde el nacimiento de los procesos se tengan en claro los lineamientos que deben ser aplicados para una correcta ejecución.

Por ejemplo, sorprende mucho que en la legislación chilena al haber realizado las consultas y haber indagado sobre la aplicación y el desarrollo jurisprudencial frente al tema de investigación, no se haya encontrado un conocimiento palpable, o por lo menos un concepto aprehensible para el entendimiento de la planeación, siendo Chile una de las legislaciones que más ha influenciado en el desarrollo de la legislación colombiana.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia por medio de la cual se le ha dado relevancia al principio de la planeación ha ocasionado que se busque dentro del ordenamiento jurídico aquellos principios o normas con los que se pueda relacionar directamente la planeación para obtener su efectivo cumplimiento.

En este orden de ideas, no se puede desligar de ninguna manera la aplicación del principio de planeación de la mano de la ejecución del principio de la economía, pues como ya se dejó en claro, a partir de este principio se realizó su desarrollo.

No solamente el Consejo de Estado, sino que también las altas cortes, como la Constitucional y la Corte Suprema, han dado sus pronunciamientos desde el punto de vista

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

constitucional sobre la aplicación de la planeación, y la ponen dentro de los primeros lugares en la ejecución contractual.

Es aquí en donde incluso pudiera plantearse que el principio de planeación no se encuentra directamente relacionado con las tipologías sancionatorias penales descritas dentro de los delitos contra la administración pública, sino que se han ido acomodando a partir de las acciones indebidas que se cometen a consecuencia de no tener en cuenta este principio, pero que siempre van ligados con alguno de los principios debidamente nominados, lo que incluso podría ser también tema para una nueva investigación.

Sí bien se ha podido determinar la importancia de la planeación como principio en materia contractual y su influencia de todas las etapas contractuales, volviéndose principal y fundamental al momento de su desarrollo y ejecución, siempre existirá ese vacío frente a su nominación y las aplicaciones sancionatorias, que se puede decir que no existen, ni son específicas al momento de establecer su incumplimiento.

Si fuéramos totalmente coherentes y razonables frente al principio de legalidad no habría lugar para sustentar que la falta de inobservancia del principio de planeación nos genere ciertos tipos de acciones civiles, administrativas o penales con graves consecuencias para aquel que no ha dado su aplicación de manera estricta en el desarrollo contractual. Ahora bien, tampoco se puede caer en el desconocimiento de que por no ser un principio nominado puede ser inobservado, pues como se identificó, los aspectos más importantes de un proceso, como es el establecimiento de una necesidad, plasmarla en un estudio previo, en unos pliegos de condiciones, realizar la proyección de presupuestos frente estos y demás acciones pertinentes, hacen parte de las acciones de planeación que deben ejercer las entidades públicas para su desarrollo.

Se puede decir entonces que en cada uno de los documentos en mención se encuentra tácitamente descrito el principio de planeación, y que por ende ha de cumplirse a cabalidad, sin excepción alguna, de lo contrario se estaría contraviniendo aquella normatividad contractual que establece la obligatoriedad de cada uno de estos requisitos en el desarrollo de los procesos contractuales.

6. Conclusiones y recomendaciones

Como resultado de la investigación se puede concluir que el principio de planeación, aun siendo innominado por no encontrarse definido como tal dentro de la normatividad contractual vigente, no está limitado para que sea plenamente aplicable a los procedimientos contractuales.

Es un principio que se ha venido desarrollando con una evolución progresiva de la contratación estatal, y que a causa de los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, han llevado a que se determine su importancia, entrando a hacer parte de aquellos principios que se deben aplicar de manera primordial en el desarrollo de los procesos contractuales.

Por lo que se puede decir que es un principio que se encuentra vigente, cuya fuente principal es la jurisprudencia y su fuerza vinculante, pues si bien se ha identificado o se ha querido desarrollar por medio del principio de economía, el cual sí se encuentra debidamente descrito dentro del Estatuto General de Contratación, este tampoco le da una definición nominada.

De acuerdo con los soportes de investigación y a los casos aprendidos por experiencia propia, se puede establecer también que de su aplicación depende en gran parte el éxito de la contratación, toda vez que su implementación permite abonar de manera beneficiosa las condiciones para el establecimiento claro de las necesidades de las entidades estatales en el cumplimiento de sus fines.

Su aplicación se da por medio de la estructuración de todos aquellos documentos previos que permiten una plena identificación de los objetos, enmarcándolos dentro de la licitud, generando de cierta manera una garantía y respaldo, evitando un actuar improvisado de la administración.

Ello permite de alguna manera que sea un medio de control en la ejecución del recurso público, pues debe ser aplicado de manera eficiente y austera, para llevar al cumplimiento de las necesidades de la comunidad, que son el fin de las entidades del Estado en su relación con los particulares.

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

También se concluye que, aunque su más importante aplicación se da en la etapa previa de los procesos, no implica que el principio de planeación se desconozca en las demás etapas contractuales, por lo que al aplicar este principio en todas sus etapas, de la mano de las acciones de los operadores o contratistas y de todos los agentes que intervienen en la contratación, traen como consecuencia que en un alto porcentaje el objeto de la contratación se desarrolle de manera eficiente.

Sin embargo, se determina la vaguedad respecto de la obligación de los operadores, proveedores o contratistas del Estado, de dar una aplicación ajustada del principio de planeación dentro de su actuar, lo que proyecta un vacío dentro del ámbito normativo.

Pues si bien se identificó que los oferentes también deben dar aplicación al principio de planeación, no se identifican unos lineamientos claros para ellos en este aspecto, como por ejemplo, no se identifica la importancia de que los particulares que puedan intervenir en las contrataciones faciliten la realización de los estudios de costos o de mercado al momento en que las entidades realizan el levantamiento de las cotizaciones.

Claramente los estudios en mención son una parte esencial al momento de la planeación de los procesos en materia presupuestal, y que de acuerdo con las lecciones aprendidas en particular por el investigador, es uno de los grandes inconvenientes que actualmente se tiene para poder iniciar los procesos contractuales.

Es así que, en la aplicación del principio de legalidad a estos preceptos investigados, se considera la importancia de que la planeación fuera explícitamente establecida en la norma, lo que daría lugar a desarrollar el tema de manera más amplia,

Así mismo se tendría la posibilidad de estudiar, y por qué no, crear tipologías más claras para sancionar su inobservancia, inaplicación, deficiencia, o quizás para ofrecer alternativas de preparación para su aplicación, sin tener que acudir a las interpretaciones de otros principios determinados, ni a la jurisprudencia solamente para dar una mejor aplicación hermenéutica sobre la normatividad contractual.

Bajo estos aspectos también se concluye que no se puede dejar de lado que el reconocimiento de este principio de planeación por parte de los sujetos que intervienen en la

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

contratación es muy importante, razón por la cual se considera que se debería tener una mayor formación en la materia frente a la aplicación de los principios, de manera especial en el principio de planeación, pues si bien la experiencia también brinda conocimiento, esta podrá fortalecerse aún más con la contextualización normativa, ya que no todos los actores están fortalecidos frente a la planeación de un proyecto desde todas sus disciplinas jurídicas, económicas o técnicas.

Esta formación no solamente debe ser sobre aquellos funcionarios de las entidades estatales para el desarrollo de los procesos, sino que de manera vinculante deberían darse mayores orientaciones al respecto del cumplimiento del principio de planeación para su aplicación y responsabilidad, sobre los proveedores o contratistas que por mucho que hagan parte de un sector económico privado, no pueden ser indiferentes al cumplimiento de los fines del Estado cuando se han prestado para ello.

Finalmente, queda establecido que el principio de planeación, a partir de los principios constitucionales y del Estatuto General de Contratación, se encuentra vigente y va en desarrollo constante, que debe ser observado de manera primordial en el desarrollo de los procesos contractuales en todas sus etapas, y que ha cobrado carácter obligatorio en el procedimiento contractual, que debe estar en cabeza de todos los actores, pues su desarrollo parte desde los establecimientos constitucionales que rigen la función administrativa, hasta la particularización legal de la norma contractual establecida en el Estatuto General de la Contratación y las demás normas relacionadas.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:
EL CASO DE LA PLANEACIÓN

119

Referencias

- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre las teorías de los principios y el juicio de proporcionalidad* (1.^a edición). Palestra Editores.
- Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Vía Iuris*.
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (11). Universidad Externado de Colombia.
- Atxalandabaso, I. (2019). *Contratación pública en Ecuador*. ICEX España Exportación e Inversiones.
- Beltrán, O. y Martínez, P. (2019). *Publicidades activa y pasiva en contratación pública. Una panorámica autonómica española*. El Profesional de la Información.
- Benavidez, J. (2020). *Fallos referentes en contratación estatal*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, P. C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2003). *Ley 19886-2003*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=213004&buscar=19886>
- Blanco, D. (2015). *Sobre el precedente judicial y su obligatoriedad, una revisión de la jurisprudencia reciente*. Misión Jurídica.
- Chile Compra. (2004). *Normativa*. <https://www.chilecompra.cl/normativa/>
- Cisneros, C. (2013). *La contratación pública en situaciones de emergencia en el Ecuador*.
- Código de Comercio. (1971). *Diario Oficial*. M. P.: B. M. Pastrana. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Guía para la elaboración de estudios de sector G-EES-02*.
- Concepto Sala de Consulta. (1996). *C. E. 811 de 1996, sala de consulta y servicio civil. Radicado: CS08111996. Buena fe - Departamento Administrativo de la Función Pública*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=4438

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

120

- Consejo de Estado. (3 de diciembre de 2007). *Sala de lo Contencioso Administrativo. M. P.: R. Correa Palacio. N.º 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715).*
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/17/S3/11001-03-26-000-2003-00014-01\(24715\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/17/S3/11001-03-26-000-2003-00014-01(24715).pdf)
- Consejo de Estado. (28 de marzo de 2012a). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M. P.: J. Santofimio Gamboa. N.º 1300123310002010055201.*
<https://vlex.com.co/vid/657786245>
- Consejo de Estado. (28 de mayo de 2012b). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera M. P.: R. Correa Palacio. N.º 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).*
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01\(21489\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S3/07001-23-31-000-1999-00546-01(21489).pdf)
- Consejo de Estado. (15 de febrero de 2012c). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M. P.: J. Santofimio Gamboa. N.º 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19.730).*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=47584>
- Consejo de Estado. (8 de febrero de 2012d). *Sección Tercera, M. P.: R. Correa Palacio N.º 17001-23-3-000-1997-08034-01 (20688).*
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/97/S3/17001-23-31-000-1997-08034-01\(20688\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/97/S3/17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).pdf)
- Consejo de Estado. (20 de octubre de 2014a). *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M. P.: J. Santofimio Gamboa. N.º 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809).* [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S3/66001-23-31-000-1999-00435-01\(24809\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/S3/66001-23-31-000-1999-00435-01(24809).pdf)
- Consejo de Estado. (8 de julio de 2014b). *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P.: D. Betancourt. N.º 11001-03-15-000-2011-01127-00.*
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-15-000-2011-01127-00\(CA\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-15-000-2011-01127-00(CA).htm)

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

121

- Consejo de Estado. (26 de noviembre de 2015). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M. P.: J. Santofimio Gamboa. N.º 41001-23-31-000-2007-00355-01 (51.362).*
<https://consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/>
- Consejo de Estado. (8 de mayo de 2019). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M. P.: M. Velásquez Rico. N.º 25000-23-36-000-2013-02029-01 (59.309).*
<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/219/25000-23-36-000-2013-02029-01.pdf>
- Consejo de Estado. (5 de mayo de 2020). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M. P.: M. Bermúdez Muñoz. N.º 19001-23-31-000-2002-00755-01 (45.816).*
https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_ed3c3a4e81df4328989990d0bae50232/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-2002-00755-45816-de-mayo-5-de-2020
- Constitución Política. (1991). *Secretario General: Pérez E. J.* Asamblea Nacional Constituyente. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Contratación en Línea. (2022). *La selección objetiva como principio rector de la contratación estatal.*
<https://contratacionenlinea.co/index.php?module=newsmodule&action=view&id=790&src=@random50ff48e1e3fd3>
- Corte Constitucional. (15 de abril de 2020). *Sala Plena, M. P.: A. Linares. N.º C-119/20.*
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-119-20.htm>
- Corte Constitucional. (25 de abril de 2012). *Sala Plena, M. P.: J. Pretelt. N.º C-300/2012.*
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (23 de noviembre de 2016). *Sala de Casación Penal, M. P.: P. Salazar. N.º 46037 SP171592016.* <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2016/SP17159-2016.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia. (28 de febrero de 2014b). *Sala de Casación Civil, M. P.: A. Salazar. N.º STC2393-2014.* <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-874017185>

- Correa, L. Holguín, M. y Libreros, L. (2020). *Incidencia de la planeación como “principio innominado” en la contratación estatal en Colombia a partir de la Ley 80 de 1993*- Universidad Cooperativa de Colombia.
- Díaz, E. L. (2007). *Panorama de la contratación estatal en Colombia*. Universidad de los Andes.
- Función Pública. (1996). *Concepto Sala de Consulta C. E. 811 de 1996*. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4438>
- Garay, H. K. (2018). *El precedente del Consejo de Estado en las fuentes del derecho administrativo*.
- García, L. (2018). *Responsabilidad estatal por fallas en el principio de planeación*. Asuntos Legales.
- Grupo AZC S. A. S. (2018). *El principio de eficacia en la contratación estatal*.
- Guecha, L. (2019). *La nulidad absoluta del contrato estatal por falta de planeación*.
- Jauregui, N., Camacho, N. y Peñaranda, A. (2018). *Evolución de la posición del consejo de estado frente a la aplicación del principio de planeación en la contratación estatal en Colombia*. Universidad Libre.
- Lara, J. (2011). *La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: el caso de las licitaciones en materia de contrato de suministro de prestación de servicios bajo la Ley N.º 19.886*.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (14 de octubre de 2013). *Registro Oficial Suplemento 100*. Ecuador. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncp_actualizada1702.pdf
- Ley 19886. (2003). *Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicio*. Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=213004&buscar=19886>
- Ley 80. (1993). *Por la cual se pide el estatuto general de contratación de la administración pública*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

- López, M. D. (2012). *Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho, examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística*. Universidad de los Andes.
- Matallana, E. (2009). *Manual de la contratación de la Administración Pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Medina, S. y Hurtado, J. (2020). *La perspectiva jurisprudencial de la planeación en la contratación estatal*. Universidad Libre.
- Meyer, A. y Fath, J. (s.f.). *Evaluación de las contrataciones públicas en Chile, Reforma del Estado VII*.
- Merino, M. L. (2020). *¿Cuál es la competencia del tribunal de contratación pública?* Santiago de Chile.
- OCDE. (s.f.). *Recomendación del consejo sobre contratación pública, comité de gobernanza pública de la OCDE*.
- Pinto, S. J. (2021). *Principios aplicables en la contratación pública*.
- Prada, M. I. (2014). *Historia de la contratación estatal*.
- Procuraduría General de la Nación. (28 de octubre de 2011). *Circular Conjunta N.º 034*.
https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/209_PGN%20Circular_Conjunta%20034-11.pdf
- Puentes, D. (2016). *La etapa precontractual de los procesos de contratación pública: una revisión desde el caso Chile*. Universidad Santo Tomás.
- Puerta, S. F. (2021) *El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*.
- Restrepo, T. J. y Betancourt, H. G. (2019). *Del principio de planeación en la contratación estatal: un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano*.
- Reyna, E. y Benítez, J. (2019). *La contratación pública como mecanismo de ahorro en el Ecuador*.
- Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Revista Derecho y Realidad*.

VIGENCIA, OBSERVANCIA Y OBLIGATORIEDAD DE UN PRINCIPIO INNOMINADO:

EL CASO DE LA PLANEACIÓN

124

Salazar, J. (2020). *La jurisprudencia como fuente del derecho administrativo en Colombia*. Universidad Santiago de Cali.

Sentencia T-406. (17 de junio de 1992). *M. P.: J. Hernández*. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm#:~:text=T%2D406%2D92%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20juez%2C%20en%20el%20Estado,visi%C3%B3n%20institucional%20del%20inter%C3%A9s%20general>

Sentencia C-083. (1 de marzo de 1995). *M. P.: D. Gaviria D.* Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm#:~:text=C%2D083%2D95%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20analog%C3%ADa%20es%20la%20aplicaci%C3%B3n,de%20ser%20de%20la%20norma>

Sentencia T-578. (27 de julio de 2011). *M. P.: M. C. Calle*. Corte Constitucional, Sala Primera. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-578-11.htm#:~:text=T%2D578%2D11%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20objeto%20principal%20de%20protecci%C3%B3n,estatutos'\(primer%20inciso\)](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-578-11.htm#:~:text=T%2D578%2D11%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20objeto%20principal%20de%20protecci%C3%B3n,estatutos'(primer%20inciso))

Sentencia C-300. (25 de abril de 2012). *M. P.: J. CH. Pretelt*. Corte Constitucional <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>

Sentencia 46213. (4 de abril de 2013). *M. P.: E. Gil*. Consejo de Estado. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/130/S3/11001-03-26-000-2013-00019-00\(46213\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/130/S3/11001-03-26-000-2013-00019-00(46213).pdf)

Sentencia 2393. (28 de febrero de 2014). *Acción de tutela. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M. P.: A, Salazar. STC2393-2014.* <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-874017185>

Sentencia C-284. (13 de mayo de 2015). *Relatoría. M. P.: G. Ortiz*. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-284-15.htm>

- Sentencia 45013. (29 de abril de 2021). *M.P.: B. Ardila*. Corte Constitucional. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/05/SEP00044-2021-2.pdf>
- Silva, T. (2018). *El principio de planeación a la luz de la jurisdicción contenciosa administrativa*. Universidad Católica de Colombia.
- Soto, Y. y Pinilla, A. (2021). *Trabajo de investigación, principio de planeación*. Instituto de Posgrados de Derecho.
- Souza, B., Moreno, J. y Da Silva, R. (2021). *Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible*.
- Vargas, S. (2017). *La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Bogotá*. Universidad Santo Tomás.
- Vega, H. (2005). *Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y Colombia*. Universidad Militar Nueva Granada.
- V/lex. Información jurídica inteligente (2020). *La celeridad como fundamento de la actuación contractual del estado*. Información Jurídica, Tributaria y Empresarial.
- Veeduría Distrital. (2018). *Los principios de la contratación estatal*.
- Villamizar, S. E. (2006). *El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal*. Universidad del Rosario.
- Villamizar, G., Delgado, J. y Bayona, C. (s.f.). Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la contratación estatal. *Revista IUX Praxis*. Universidad Libre.

Anexos

1. Encuestas diligenciadas por los alumnos de la Universidad La Gran Colombia.
2. Cuestionarios diligenciados por los varios profesionales intervinientes en el proceso de contratación.
3. Audios de las entrevistas realizadas.